

GUILHERME PEREIRA DOLABELLA BICALHO

**A CONSTRUÇÃO DO ESTADO SOCIAL BRASILEIRO NA TRANSIÇÃO DA
MODERNIDADE: A EXTRAFISCALIDADE COMO INSTRUMENTO DE
LEGITIMAÇÃO DO ESTADO SOCIAL NA PERSPECTIVA FUNCIONAL DO
DIREITO**

BRASÍLIA, 2013.

GUILHERME PEREIRA DOLABELLA BICALHO

**A CONSTRUÇÃO DO ESTADO SOCIAL BRASILEIRO NA TRANSIÇÃO DA
MODERNIDADE: A EXTRAFISCALIDADE COMO INSTRUMENTO DE
LEGITIMAÇÃO DO ESTADO SOCIAL NA PERSPECTIVA FUNCIONAL DO
DIREITO**

Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Professor Doutor Valcir Gassen

BRASÍLIA, 2013.

GUILHERME PEREIRA DOLABELLA BICALHO

**A CONSTRUÇÃO DO ESTADO SOCIAL BRASILEIRO NA TRANSIÇÃO DA
MODERNIDADE: A EXTRAFISCALIDADE COMO INSTRUMENTO DE
LEGITIMAÇÃO DO ESTADO SOCIAL NA PERSPECTIVA FUNCIONAL DO
DIREITO**

Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Em _____ de _____ de _____, o candidato foi considerado _____ pela banca examinadora.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Valcir Gassen – Presidente
Universidade de Brasília

Professor Doutor Gilberto Bercovici – Membro
Universidade de São Paulo

Professor Doutor Marcus Faro de Castro – Membro
Universidade de Brasília

*À Aline, minha síntese na fusão do
companheirismo, amizade e amor.*

AGRADECIMENTOS

A conclusão do curso de pós-graduação representa o fechamento de uma jornada de amadurecimento teórico e engrandecimento intelectual que passa pela colaboração de diversas pessoas, seja no estrito âmbito familiar, seja na esfera profissional ou no círculo de amizades. Assim, a entrega do produto final desse processo ativo e construtivo não poderia ser realizada sem a prestação de homenagens a todos aqueles que contribuíram para esse momento.

Desta forma, a minha primeira homenagem é destinada ao meu orientador, o Professor Valcir Gassen que, com muita paciência e amizade, auxiliou-me no direcionamento da minha investigação, oferecendo importantes contribuições teóricas para a exposição realizada no presente relatório de pesquisa. As conversas despretensiosas no dia-a-dia da Faculdade de Direito da UnB e no Grupo de Pesquisas Estado, Constituição e Direito Tributário foram permeadas por “eurecas” imprescindíveis à conclusão desse trabalho.

Também rendo os meus agradecimentos aos meus pais, Máximo e Beth, que desde cedo souberam que o melhor presente que se pode dar a um filho é o conhecimento. Hoje, vejo que essa verdade me traz confiança para seguir em frente com a certeza de que a persistência e a dedicação serão as únicas exigências para a vitória.

Agradeço efusivamente à minha esposa Aline. Acompanhando-me na dedicação da pesquisa e da elaboração da dissertação, ela compreendeu meu momento e apoiou-me na obtenção do resultado.

Por fim, agradeço a todos aqueles que me apoiaram no desenvolvimento desse projeto. Aos meus sócios, Adamir, Gabriel e Edvaldo, pela amizade e auxílio em relação à temporária abstenção das atividades da AB&DF. Aos servidores da Biblioteca da Procuradoria Geral do Distrito Federal, a quem agradeço na pessoa da Cristiany, pela diligência e eficiência na obtenção das obras e textos de consulta.

Temos de nos acostumar a não olhar somente para a superfície da legislação tributária e a voltar nosso olhar para os efeitos sociais dessa legislação.

(Liam Murphy e Thomas Nagel)

RESUMO

A Constituição Brasileira de 1988 não é apenas um produto dos anseios sociais pela democratização e supressão do período ditatorial. Ela representa um pacto social por uma sociedade mais igualitária e um Estado promotor do desenvolvimento social. Todavia, passados mais de 20 anos de sua promulgação, observa-se um grande déficit de legitimidade estatal no cumprimento dos objetivos constitucionalmente expressados de construção de uma sociedade justa e solidária, de erradicação da pobreza e redução das desigualdades regionais, promoção do desenvolvimento nacional e do bem de todos. O distanciamento entre a dogmática tributária e a socialidade brasileira é um dos elementos que contribuem para esse déficit de legitimidade. A vinculação dos tributaristas pátrios a uma perspectiva teórica de caráter positivista e formalista impede a correta apreensão da atividade tributária como elemento integrante do fenômeno financeiro do Estado. Apesar da Constituição Brasileira de 1988 apresentar diversas normas de caráter tributário formalmente orientadas à concreção dos objetivos constitucionais dantes referidos, a práxis político-social, aliada à delimitação teórica intencional do conhecimento justributário, obstaculiza a visão de que a matriz tributária brasileira foi construída no bojo de uma socialidade deficiente e segundo os interesses e controle de uma classe hegemônica. O processo de formação sociocultural brasileiro foi permeado por sucessivas revoluções passivas que em nada alteraram o padrão histórico de financiamento estatal: regressivo e perpetuador de desigualdades. Desta forma, o Estado social brasileiro, ainda em construção, deve orientar-se para a superação dessas âncoras, que asseguram nada mais que a reprodução do conservadorismo e manutenção do histórico controle elitista dos processos de mutação social. Essa transformação perpassa pela perspectiva funcional do direito e a adoção dos instrumentos jurídicos orientados ao parâmetro finalista constitucional. A extrafiscalidade, concebida não apenas como um elemento de indução de comportamentos dos agentes econômicos, se apresenta como instrumento fundamental para práticas transformadoras da atual matriz tributária e, ao final, de legitimação do Estado social brasileiro, assegurando-lhe as condições necessárias à promoção, concretização e universalização dos direitos fundamentais estampados na Constituição Brasileira de 1988.

PALAVRAS CHAVE: CIÊNCIA, MODERNO, PÓS-MODERNO, FORMALISMO, POSITIVISMO, DOGMÁTICA JURÍDICA, FUNCIONALISMO JURÍDICO, SOCIALIDADE, ESTADO SOCIAL, LEGITIMIDADE, EXTRAFISCALIDADE, JUSTIÇA.

ABSTRACT

The Brazilian Constitution of 1988 is not just a product of social aspirations for democratization and abolition of the dictatorial period. It represents a social pact for a more egalitarian society and a promoter of social development. However, after more than 20 years of its enactment, there is a large deficit of state legitimacy in fulfilling the constitutionally expressed goals of building a fair and caring society, to eradicate poverty and reduce regional inequalities, promotion of national development and the good of all. The gap between the fiscal dogmatic and Brazilian sociality is one of the elements that contribute to this deficit of legitimacy. The binding of the native tax lawyers into a theoretical perspective of positivist and formalistic character prevents the correct conception of tax activity as an element of state financial phenomenon. Although the Brazilian Constitution of 1988 presenting various tax formally targeted to the concretion of those constitutional goals, political and social praxis, coupled with intentional limited fiscal theoretical knowledge, obstructs the view that the Brazilian tax matrix was constructed within a deficient sociality and in the interests and control of a hegemonic class. The former Brazilian socialcultural process was permeated by successive passive revolutions that doesn't changed the historical pattern of state funding: regressive and perpetuating inequalities. Thus, the Brazilian welfare state, still under construction, should be directed to overcoming these anchors, which provide nothing but the reproduction of conservatism and maintenance of the historic elite control of the processes of social change. This transformation goes through the functional perspective of law and the adoption of legal instruments oriented to a constitutional finalist parameter. The extrafiscality, designed not only as an element of induced behavior of economic agents, presents itself as an essential tool for transformative practices for current tax matrix and, at the end, for the legitimation of Brazilian welfare state, assuring him the necessary conditions for promotion, implementation and universalization of fundamental rights in the Brazilian Constitution of 1988.

KEYWORDS: SCIENCE, MODERN, POST-MODERN, FORMALISM, POSITIVISM, LEGAL DOGMATIC, LEGAL FUNCTIONALISM, SOCIALITY, WELFARE STATE, LEGITIMACY, EXTRAFISCALITY, JUSTICE.

Sumário

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 A TRAJETÓRIA DA CIÊNCIA: ENTRE A APOLOGIA AO MODERNO E O CONFRONTO COM O PÓS-MODERNO	12
1.1 O IDEAL DE BEM-ESTAR DIANTE DE UMA SOCIEDADE EM MAL-ESTAR	12
1.1.1 No início um Mal-Estar... Depois a Doença Crônica. Há uma Profilaxia?	22
1.1.2 Modernidade e Modernismos: As Bases Filosóficas da Pós-Modernidade.....	33
1.2 DA PUREZA DA FORMA À INSURGÊNCIA DA REALIDADE: A DOGMÁTICA JURÍDICA REVISITADA.....	52
1.2.1 Formalismo, Positivismo e Dogmática Jurídica: o Estatuto Teórico da Ciência do Direito	56
1.2.2 A Dogmática Jurídica Aplicada ao Direito Tributário: A Glorificação do Fato Gerador	70
1.3 ASSUMINDO O CAMINHO DA MUDANÇA: O DIREITO E SUA PERSPECTIVA FUNCIONAL	80
CAPÍTULO 2 ESTADO, SOCIEDADE E DIREITO: SOBRE A FUNÇÃO E A LEGITIMIDADE DO ESTADO SOCIAL	92
2.1 MODELOS ESTATAIS E RACIOCÍNIO TIPOLÓGICO: O ESTADO LIBERAL E O ESTADO SOCIAL (BEM-ESTAR SOCIAL).....	101
2.1.1 Tipologia Estrutural do Estado: O Estado de Direito e o Estado Constitucional.....	103
2.1.2 Tipologia Funcional do Estado: O Estado Liberal e o Estado Social	111
2.1.3 Definindo as Regras do Jogo e as Condições de Vitória: Estado Constitucional, Social e Democrático.....	126
2.2 NOVAMENTE O DISCURSO DA CRISE... POR QUE O ESTADO SOCIAL PERSISTE?	131
2.3 LEGITIMIDADE DO ESTADO SOCIAL: AXIOLOGIA CONSTITUCIONAL E DESEMPENHO DE SUAS FUNÇÕES	145
CAPÍTULO 3 A CONSTRUÇÃO DO ESTADO SOCIAL BRASILEIRO NO CONTEXTO DA TRANSIÇÃO ENTRE O PRÉ-MODERNO, O MODERNO E O PÓS-MODERNO: LEGITIMAÇÃO E JUSTIÇA SOCIAL	153
3.1 A SOCIALIDADE DEFICIENTE: IMOBILISMO, PASSIVIDADE E EVOLUÇÃO.....	158
3.1.1. A Revolução Passiva Brasileira: Transformações e Controle Elitista	161
3.1.2 A (R)evolução através da Socialidade: Participação e Inclusão.....	172
3.2. A EXTRAFISCALIDADE COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DO ESTADO SOCIAL.....	177
3.3. A ÚLTIMA PALAVRA... E ELA PERTENCE À JUSTIÇA	186
CONCLUSÃO	195
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	198

INTRODUÇÃO

Crise e transição, conservação e mudança, forma e realidade são binômios que orientam a presente pesquisa científica. Desde o início, nos preocupava o excessivo formalismo na doutrina brasileira de direito tributário, especialmente no tratamento de temas que pressupõe uma essencial integração com elementos políticos e econômicos, tal como a extrafiscalidade, normalmente compreendida apenas como um efeito indutor da tributação, ao lado da perspectiva arrecadatória ou fiscal.

Apresentava-nos insuficiente o esforço da dogmática tributária em segregar insumos teóricos importantes para uma adequada compreensão da função do tributo na sociedade contemporânea, de modo a restringir o escopo de sua investigação ao exame das normas tributárias e seus elementos integrantes, ou da esfera da proteção do contribuinte em relação à atividade impositiva realizada pelo Estado brasileiro.¹

Seguindo o caminho de uma orientação dogmática estruturalista em relação à atividade impositiva do Estado, o espaço público de debate dedica-se cotidianamente a demonstrar recordes de arrecadação tributária, comparar a carga tributária brasileira em relação a países de primeiro mundo, mas omite-se na perquirição e aprofundamento sobre as razões pelas quais o Estado brasileiro demanda tais recursos ou, efetivamente, sobre quais parcelas da população o peso do Estado recai. Sim, o Brasil apresenta alta carga tributária em relação aos países desenvolvidos e em desenvolvimento, mas a indagação subsequente não é realizada. Porque temos esta alta carga tributária? Para que serve essa alta carga tributária? A quem a arrecadação obtida pelo Estado brasileiro beneficia direta e indiretamente? Qual a função do Estado brasileiro e dos instrumentos fiscais em relação aos direitos fundamentais estampados na Constituição?

A partir dessa retórica dominante, somos atordoados com discursos sobre a crise e a falência do Estado, sua incapacidade para prover e assegurar direitos sociais básicos, além das pregações sobre a necessidade de retorno a um paradigma liberal. Essa discussão não é exclusiva do Brasil, sendo tema que ecoa pelo mundo do capitalismo globalizado, financeiro e excludente.² A crítica direcionada aos gastos com a saúde, educação e assistência social, indicados como a causa da crise do Estado social, olvida os extensos gastos necessários ao

¹ Valcir Gassen (2012, p. 30) assevera que essa segregação realizada pelos tributaristas “limita o entendimento do fenômeno tributário e afasta, ou deixa de lado, importantes questões correlacionadas e umbilicalmente ligadas ao fenômeno tributário”.

² Essa assertiva é perceptível nas preocupações de Zygmunt Bauman (1998); Ronald Dworkin (2008); Liam Murphy e Thomas Nagel (2005).

financiamento da face protetiva estatal, tais como despesas militares, com segurança pública e, principalmente, em socorro aos inúmeros vícios e problemas causados pelo modo de produção capitalista.

Mal se esconde o fato de que o Estado brasileiro é primordialmente financiado pelas classes mais pobres, que provavelmente suportam os parcos benefícios a ela concedidos. Em abordagem sobre a justiça fiscal e o critério justo de repartição da carga de impostos, Klaus Tipke (2002, p. 31) apregoou que “o Estado Tributário não pode retirar do contribuinte aquilo que, como Estado Social, tem de lhe devolver”. Ora, o Estado fiscal brasileiro faz exatamente isso. Retira dos mais pobres em torno de 50% de sua renda através de tributos incidentes sobre consumo, retornando-lhes por meio de programas e ações públicas assistenciais tais como o “Bolsa Família” e o “Benefício de Prestação Continuada (BPC)”. Mas nessa situação, a perspectiva formalista de garantia da isonomia tributária mascara o fato de que a matriz tributária brasileira é regressiva, de modo que não há a participação dos cidadãos no custeio do Estado brasileiro segundo a capacidade econômica individual.

Portanto, diante da realidade subjacente, a presente pesquisa teve por objetivo a superação daquilo que Marcus Faro de Castro (2012, p. 218) denominou de “cultura jurídica conceitualista”, evitando-se uma simples reverberação de “conceitos prontos” do direito tributário, tais como tributo, espécies tributárias, imunidades, isenções, princípios, etc. Procuramos adotar, ainda, a interdisciplinariedade entre as searas do conhecimento humano (história, sociologia, filosofia e direito), propiciando a compreensão do direito tributário sob o aspecto material. Com efeito, com Atienza (2006, p. 84), busca-se a construção do raciocínio através de uma concepção material de argumentação, adquirindo relevância o comprometimento das premissas à correção e verdade da conclusão.

Assim, o enfrentamento das questões anteriormente enunciadas exigiu uma análise que parte de elementos universais para chegar-se a um quadro epistêmico particularista. Ou seja, durante o desenvolvimento da pesquisa, percebemos que a formulação de uma concepção adequada do Estado social brasileiro e da sua atividade impositiva envolvia a contextualização histórico-cultural da sociedade brasileira, o que assegura um parâmetro factível de avaliação sobre a correlação entre extrafiscalidade e direitos fundamentais. Adicionalmente, a análise do fenômeno tributário foi realizada segundo um panorama matricial, adotando-se a premissa teórica defendida por Valcir Gassen (2012, p. 32), na qual a matriz tributária é entendida como “as escolhas feitas em um determinado momento

histórico no campo da ação social, no que diz respeito ao fenômeno tributário”. Com este escopo, empreendemos uma estruturação do trabalho em três pilares: a trajetória do conhecimento científico e os influxos teóricos que consolidaram a dogmática tributária brasileira; a formação do Estado e a sua legitimidade a partir de um viés funcional; e a extrafiscalidade como instrumento de legitimação do Estado social brasileiro.

Desta forma, o presente trabalho foi estruturado em três capítulos que objetivam o aprofundamento de questões intrínsecas a esses eixos temáticos, todas elas vinculadas por um vetor de validação: a legitimidade do Estado social.

Assim, o primeiro capítulo empreende uma reconstrução do caminho trilhado pelo homem para formação e desenvolvimento de sua personalidade moderna, as consequências dessa jornada e os reflexos na produção do conhecimento jurídico. A partir desses fundamentos, prosseguimos com o exame do estatuto teórico da ciência do direito e da dogmática jurídica tributária para, a partir da delimitação de seu campo de investigação, indicar as premissas necessárias à adoção de um modelo funcional e confluyente às expectativas transformadoras da sociedade pelo direito.

O segundo capítulo empreende uma sistematização das características do Estado segundo modelos tipológicos de caráter estrutural e funcional. A partir da organização das bases de investigação do Estado, buscamos indicar o liame conjuntivo entre a tipologia estatal de caráter estrutural e funcional ao elemento democrático, demonstrando-se que as regras do jogo social perpassam pelas características inerentes ao um modelo de Estado constitucional, social e democrático. Em seguida, a pesquisa orienta-se ao específico exame do Estado social, suas funções e condições de legitimidade.

Ao final, o terceiro capítulo dedica-se à pesquisa dos elementos subjacentes à formação da sociedade brasileira e a construção do Estado social brasileiro. Através da reconstrução histórica da socialidade brasileira, observamos os percalços inerentes à edificação de um Estado social adequado aos nossos elementos socioculturais, que se desenvolveram sob o jugo da revolução passiva e do controle elitista. Desta forma, apenas a compreensão das características de nosso processo sociocultural torna possível a correta abordagem sobre a importância da socialidade e do aspecto funcional do Estado, indicando-se, assim, a relevância da extrafiscalidade como instrumento de legitimação do Estado social na atualidade.

Desta forma, a expectativa é a de que o presente estudo ofereça uma contribuição crítica e, ao mesmo tempo, transformadora sobre o Estado social brasileiro, que passa pela assunção da extrafiscalidade como instrumento fundamental de legitimação.

CAPÍTULO 1 A TRAJETÓRIA DA CIÊNCIA: ENTRE A APOLOGIA AO MODERNO E O CONFRONTO COM O PÓS-MODERNO

Há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu. O desassossego resulta de uma experiência paradoxal: a vivência simultânea de excessos de determinismo e de excessos de indeterminismo (SANTOS, 2000, p. 41).

Os mal-estares da modernidade provinham de uma espécie de segurança que tolerava uma liberdade pequena demais na busca de felicidade individual. Os mal-estares da pós-modernidade provêm de uma espécie de liberdade de procura do prazer que tolera uma segurança individual pequena demais (BAUMAN, 1998, p. 10).

1.1 O IDEAL DE BEM-ESTAR DIANTE DE UMA SOCIEDADE EM MAL-ESTAR

Após o transcurso de múltiplas ondas revolucionárias, a personalidade moderna³ adquiria sua maturidade no século XIX, assumindo, definitivamente, a visão de mundo laica. O secularismo impregnou a consciência da civilização da cultura ocidental⁴ na capacidade ilimitada do homem e a fé absoluta na razão.

³ Richard Tarnas (2001, p. 343) definiu a personalidade moderna como “uma fidelidade psicológica que passava de Deus para o Homem, da dependência para a independência, do outro mundo para este, do transcendental para o empírico, de mito e crença para Razão e fato, das universalidades para as particularidades, de um Cosmo estático determinado pelo sobrenatural para um Cosmo em evolução determinado pela Natureza e de uma Humanidade decadente para uma progressista”.

⁴ Nicola Abbagnano (1998, p. 153), esclarece que o termo civilização é usualmente utilizado para designar “as formas mais elevadas da vida de um povo, isto é, a religião, a arte, a ciência, etc., consideradas como indicadores do grau de formação humana ou espiritual alcançada pelo povo”. Todavia, o Autor esclarece que toda civilização corresponde à determinada fase da própria cultura, opondo-se primariamente à expressão sociedade primitiva. Assim, citando R. Linton, Abbagnano afirma ser a cultura um “sistema historicamente derivado de projetos de vida explícitos e implícitos, que tendem a ser partilhados por todos os membros de um grupo ou por aqueles especialmente qualificados”; já a civilização se revelaria como “o conjunto de instrumentos de que uma cultura dispõe para conservar-se, enfrentar os imprevistos de situações novas e perigosas, superar a crise, renovar-se e progredir”. Nesse aspecto, o uso científico do termo prescinde de qualquer adjetivação, pois sua associação a determinada cultura já assegura a necessária especificidade e qualificação, restringindo-o ao contexto cultural de determinado povo ou comunidade. Por isso, a neutralidade e a objetividade científica impedem a utilização locucionária ‘civilização ocidental’ ou ‘civilização cristã’; mas permite, por exemplo, a utilização da expressão civilização da cultura ocidental.

Progressivamente, o postulado da razão conduziu o homem à materialização terrena, uma espécie de anjo decaído. Immanuel Kant (1784, p. 1) afirmava que o projeto emancipatório do Iluminismo conduziria o homem à sua maioridade, desvencilhando-se da autoridade paterna de um soberano esclarecido, mas despótico afinal, ou de um clero monolítico, detentor da prerrogativa divina de interpretar o bem, o justo e o verdadeiro.

Iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem. Tal menoridade é por culpa própria, se a sua causa não residir na carência de entendimento, mas na falta de decisão e de coragem em se servir de si mesmo, sem a guia de outrem. *Sapere aude!* Tem a coragem de te servires do teu próprio entendimento! Eis a palavra de ordem do Iluminismo.

A aquisição da maioridade pelo homem perpassaria pelo uso público da razão, o que demandaria o exercício da liberdade. A crítica deveria ser exercida publicamente para que todos deixassem a preguiça e a covardia e criassem sua capacidade de entendimento pessoal. A cultura moderna exigia e regozijava-se com a capacidade de produzir opiniões sistematicamente críticas, e, assim, o próprio amadurecimento do homem, mediante sua independência intelectual.

Todavia, a marcha do homem à sua independência e amadurecimento conduziu-o a um sentimento de frustração. A razão e o intelecto humano apenas lhe permitiriam compreender o mundo fenomênico, o que eliminaria as bases de uma certeza objetiva e universal sobre as coisas e, mais profundamente, impediria a adequada compreensão sobre questões transcendentais.

O desenvolvimento científico revelou um mundo frio e impessoal. As revelações decorrentes da teoria evolutiva das espécies de Charles Darwin consolidou a compreensão de que o homem era um animal que, afortunadamente, dera muito certo. Tornava-se um resultado do processo natural de aperfeiçoamento das espécies e perdia, por consequência, a sua condição sublime de criação divina (TARNAS, 2001, p. 351). De fato, “a perda do ponto de vista de Deus não é apenas a perda de todo ponto de vista ‘absoluto’ sobre o Universo, é também a perda de todo privilégio humano de enunciar o verdadeiro” (ANDLER; SAINT-SERNIN; FAGOT-LARGEAULT, 2005, p. 102).

Assim, a modernidade adentrou num processo dialético permeado por conquistas e decepções. Isso se torna muito claro quando, em meados do século XX, Sigmund Freud, já conceituado psicanalista, publicou um texto monográfico denominado “O Mal-Estar na Civilização”, cujo objeto de exame consistia na “questão da finalidade da vida humana”, especialmente o que as condutas dos homens expressam em relação aos objetivos

individuais de sua vivência mundana.⁵ Para Freud (2011, p. 19), a resposta se revelava uma obviedade: “os homens perseguem a felicidade”. No entanto, essa busca pela felicidade consistiria na implementação de uma máxima do prazer e, de outro lado, a supressão da dor (desprazer).⁶

Como elemento orientador da finalidade da vida, o princípio do prazer contraria toda essência do homem, sua mais interna constituição psíquica. Por isso, a felicidade se revelaria em momentos episódicos de extremo prazer, correlacionados a necessidades altamente represadas. A estabilidade do prazer conduz ao ideal “morno” de bem-estar, pois a natureza humana anseia o intenso gozo do contraste, mas apenas aceita o rotineiro estado de satisfação. O contraposto fundamental ao prazer, a dor, é exacerbadamente marcante e conduz os indivíduos a moderar suas pretensões à felicidade, pois a tarefa de impedir a dor conduz o homem a relegar a conquista do prazer a um momento ulterior (FREUD, 2011, p. 20).

A dor se exterioriza em três situações distintas: a) na decadência do corpo, que a utiliza como sinais naturais de advertência; b) na inexorabilidade das forças da natureza (mundo externo); c) nas relações com outros seres humanos.⁷ As duas primeiras situações decorrem de condições imperscrutáveis da simples existência humana, seja pela inegável transitoriedade do corpo, o que o coloca no mesmo patamar de todos os demais seres vivos, seja pela imprevisibilidade dos eventos naturais, submetendo o homem às mais diversas condições de adversidade.

Já a última circunstância decorre da característica humana fundamental da sociabilidade. E é na complexidade dos relacionamentos sociais, na necessária interação entre os homens, que, segundo Freud, o sofrimento se agudiza, talvez por sua inevitabilidade, talvez por sua imprevisibilidade. Todavia, é interessante notar que o homem

⁵ Em relação a importância da psicanálise freudiana para uma análise sociológico-jurídica, vide WARAT, 1997.

⁶ Aparentemente, a teorização de Freud apresenta-se numa perspectiva hedonista, diferindo-se da teoria utilitarista criada por Jeremy Bentham no séc. XVIII. De acordo com Nicola Abbagnano (1998, p. 497), o hedonismo indica “tanto a procura indiscriminada do prazer, quanto a doutrina filosófica que considera o prazer como o único bem possível, portanto como o fundamento de vida moral. Essa doutrina foi sustentada por uma das escolas socráticas, a Cirenaica, fundada por Aristipo; foi retomada por Epicuro, segundo o qual ‘o prazer é o princípio e o fim da vida feliz’”. Giorgio Del Vecchio (2004, p. 32/34) esclarece que a escola epicuréia advertia para necessidade de moderação como princípio. De fato, o homem não necessita buscar o prazer, tampouco evitar a dor. A síntese da existência humana consistiria na obtenção da maior quantidade possível de prazer e a menor possível de dor.

⁷ Para Freud (2011, p. 30): “Até agora, nossa investigação sobre a felicidade não nos ensinou muita coisa que já não fosse conhecida. E se lhe dermos prosseguimento, perguntando por que é tão difícil para os homens serem felizes, a perspectiva de aprender algo novo também não parece grande. Já demos resposta, ao indicar as três fontes de onde vem o nosso sofrer: a prepotência da natureza, a fragilidade de nosso corpo e a insuficiência das normas que regulam os vínculos humanos na família, no Estado e na sociedade”.

criou dois métodos excludentes para evitar a dor originária do relacionamento social: o deliberado isolamento, salvaguardando-se do sofrimento resultante das relações humanas; ou a sua integração numa comunidade, protegendo-se no âmago das relações de pertinência e fraternidade inerentes a um agrupamento humano. Nesse sentido, mediante a vida na comunidade, Freud (2011, p. 21) conclui ser possível a conjugação de esforços para a obtenção da felicidade de todos, pois somente “[o homem] enquanto membro da comunidade humana, e com o auxílio da técnica oriunda da ciência, [pode] proceder ao ataque à natureza, submetendo-a à vontade humana”.

É interessante perceber que a análise da questão pertinente à dor conduz Freud a um questionamento sobre os avanços do processo civilizatório e, especialmente, o conflito interno sobre o construto humano destinado à abolição do sofrimento social. Há um desabafo ensimesmado sobre a ineficiência das instituições criadas pelo homem para prover bem-estar e proteção. Não obstante, Freud refuta peremptoriamente a crítica à civilização como fonte do sofrimento social humano, mas reconhece que os progressos científicos não proporcionaram um aumento geral da felicidade do homem. Eis sua constatação (FREUD, 2011, p. 32):

Nas últimas gerações a humanidade fez progressos extraordinários nas ciências naturais e em sua aplicação técnica, consolidando o domínio sobre a natureza de um modo antes inimaginável. Os pormenores desses progressos são conhecidos, não é mister enumerá-los. Os homens estão orgulhosos dessas realizações, e têm direito a isso. Mas eles parecem haver notado que esta recém-adquirida disposição de espaço-tempo, esta submissão das forças naturais, concretização de um anseio milenar, não elevou o grau de satisfação prazerosa que esperam da vida, não os fez sentirem mais felizes.

É conveniente fazer nesse momento uma contextualização do pensamento freudiano. Toda a trajetória da racionalidade ocidental moderna, momento histórico da qual Freud representa o ápice e ao mesmo tempo a derrocada (TARNAS, 2001, p. 353), fundamenta-se na emergência do homem autoconsciente e desvinculado dos grilhões da religiosidade cristã.

A consolidação do pensamento moderno ocorreu no esteio de três grandes revoluções culturais: o Renascimento, a Reforma e a Revolução Científica (TARNAS, 2001, p. 245; MARCONDES, 2001, p.141). Alguns aspectos decorrentes dessa transformação cultural são fundamentais para uma adequada compreensão do momento histórico vivenciado ao final do século XX por Freud. Efetivamente, a construção da modernidade perpassa por dois referenciais conceituais indicativos de uma transição da tradição anterior e, posteriormente, a própria transformação cultural: primeiro, a ideia de progresso

relacionada às expectativas positivas no contexto de mudança para algo melhor ou mais avançado; segundo, a valorização do indivíduo, conferindo uma proeminência da subjetividade como esteio de inovações e alteração de valores arraigados na tradição. Associado a essa perspectiva epistemológica, o devir histórico demonstra a importância de fatos e circunstâncias inter-relacionados que propiciaram a irrupção de movimentos contestatórios considerados revolucionários, a exemplo da Revolução Americana de 1776 e a Revoluções Francesa de 1789 e a Revolução Industrial Inglesa, paulatina e inexorável.⁸

A cosmovisão moderna amparava-se num modelo de racionalidade empírica, cujas conclusões originaram a concepção mecanicista pautada pela regularidade matemática.⁹ O ideal da ordem natural substituiu a concepção de uma cosmologia transcendental cuja revelação ocorreria através dos dogmas cristãos e da inabalável fé num Deus onipotente e onisciente. As descobertas científicas proporcionaram uma consciência sobre a ilimitada capacidade racionalizadora humana, conduzindo-o diretamente ao secularismo. Não se fazia mais necessária a intermediação da Igreja para a produção do conhecimento, ensejando a eliminação de qualquer fundamento teológico na filosofia moderna.

Todos esses elementos contribuíram para a formação da personalidade¹⁰ do homem moderno. Entretanto uma dialética da contradição¹¹ permeia essa personalidade; de um lado,

⁸ Eric Hobsbawm explicita que o Iluminismo foi o estopim para a ocorrência dos movimentos revolucionários europeus ocorridos no século XVIII, especialmente na França e na Inglaterra por decorrência de suas condições históricas. Veja-se: “É significativo que os dois principais centros dessa ideologia [o Iluminismo] fossem também os da dupla revolução, a França e a Inglaterra; embora de fato as ideias iluministas ganhassem uma voz corrente internacional mais ampla em suas formulações francesas (até mesmo quando fossem simplesmente versões galicistas de formulações britânicas). Um individualismo secular tradicionalista e progressista dominava o pensamento ‘esclarecido’. Libertar o indivíduo das algemas que o agridavam era o seu principal objetivo: do tradicionalismo ignorante da Idade Média, que ainda lançava sombra pelo mundo, da superstição das Igrejas (distinção da religião ‘racional’ ou ‘natural’), da irracionalidade que dividia os homens em uma hierarquia de patentes mais baixas e mais altas de acordo com o nascimento ou algum outro critério irrelevante. A liberdade, a igualdade e, em seguida, a fraternidade de todos os homens eram seus *slogans*. No devido tempo se tornaram os *slogans* da Revolução Francesa. O reinado da liberdade individual não poderia deixar de ter consequências mais benéficas” (HOBSBAWM, 2010, p. 48).

⁹ Essa concepção origina-se da obra de René Descartes denominada *Discurso sobre o Método*. Partindo da certeza inicial da consciência do sujeito pensante (penso, logo existo), Descartes fixou o novo parâmetro para a evolução da ciência, a dúvida como força motriz para a se chegar à verdade. Para tanto, ele estabeleceu quatro preceitos metodológicos fundamentais: a) nunca aceitar como verdadeira nenhuma coisa que não seja conhecida evidentemente como tal, isto é, a certeza e a verdade somente seriam alcançadas mediante a extirpação completa da dúvida; b) dividir as dificuldades em tantas partes quanto possível e necessário para resolvê-las; c) ordenar o pensamento, de modo que a análise deve partir de objetos simples para atingir aqueles mais complexos, criando-se uma ordem de preferência racional; d) realizar enumerações tão completas e revisões tão gerais que afastem qualquer incerteza ou omissão (DESCARTES, 2001, p. 31).

¹⁰“A passagem de uma visão de mundo cristã para a laica foi um avanço decisivo. A força que impelia o secularismo talvez não estivesse de modo geral em algum fator específico ou alguma determinada combinação de fatores – discrepâncias científicas na revelação bíblica, consequências metafísicas do empirismo, críticas sócio-políticas da religião organizada, a crescente sutileza psicológica, a mudança nos costumes sexuais, e assim por diante – qualquer desses seria viável, pois o eram para muitos que haviam permanecido cristãos devotos. O secularismo refletia a mudança mais geral no caráter da psique ocidental, mudança essa visível em

o progresso material exponencial, os avanços tecnológicos e o aprofundamento do conhecimento científico, de outro lado, a complexidade crescente dos problemas abordados pela ciência, a incerteza e a relatividade do conhecimento humano, a diversidade de interesses e a pluralidade de visões de mundo, e, por fim, a profunda decepção ante a capacidade humana de causar a dor. Essa dialética foi evidenciada por Freud através de seus estudos psicanalíticos, que se constituíram no apogeu do projeto iluminista de centralidade do homem como objeto de investigação racional. Ao mesmo tempo, a escavação científica sobre as fronteiras da psique humana empreenderam a desconstrução do mito racional da modernidade: o Homem. Observe-se o relato de Richard Tarnas (2001, p. 353):

[...] Freud destruiu radicalmente todo esse projeto iluminista ao revelar que, por baixo ou além da mente racionalista, existia um repositório de forças irracionais avassaladoras que não se entregavam espontaneamente à análise racional ou à manipulação consciente, em relação às quais o ego consciente do homem era um epifenômeno delicado e frágil. Freud assim levou adiante o processo cumulativo moderno de moldagem do Homem a partir dessa posição cósmica privilegiada que sua auto-imagem racional moderna retivera da visão de mundo cristã. O Homem já não podia duvidar que, não apenas seu corpo, mas sua psique e também poderosos instintos biológicos (amorais, agressivos, eróticos, ‘perversos polimórficos’) fossem os principais fatores de sua motivação, diante dos quais as altivas virtudes humanas de racionalidade, consciência moral e sentimentos religiosos concebermente não passavam de formações e ilusões do autoconceito civilizado. Dada a existência desses determinantes inconscientes, o sentido de liberdade pessoal do Homem poderia muito bem ser falso. O indivíduo psicologicamente consciente agora sabia estar condenado à divisão interna, à repressão, neurose e alienação, como todos os membros da civilização moderna.

A civilização vista por Freud¹² não era o projeto moderno pensado pelos teóricos iluministas. A humanidade não se sentia bem no seu atual estágio civilizatório e, assim, a sua imprescindibilidade para a concretização da felicidade passou a ser colocada em dúvida. Isto porque, os traços característicos da beleza, limpeza, ordem e justiça, que foram reivindicados como consequência do processo civilizatório, demandam uma restrição aos instintos individuais e, especialmente, o anseio à liberdade.

cada um dos diversos fatores, transcendendo e subordinando-os em sua lógica global. A nova constituição psicológica da personalidade moderna desenvolvia-se desde a Alta Idade Média, emergira visível no Renascimento, foi bastante esclarecida no Iluminismo; no século XIX, depois da Revolução Democrática e da Industrial, atingira o amadurecimento. A orientação e a característica dessa personalidade refletia a mudança gradual e, enfim, da dependência para a independência, do outro mundo para este, do transcendental para o empírico, de mito e crença para Razão e fato, das universalidades para as particularidades, de um Cosmo estático determinado pelo sobrenatural para um Cosmo em evolução determinado pela Natureza e de uma Humanidade decadente para uma progressista” (TARNAS, 2001, p. 343).

¹¹A expressão dialética da contradição refere-se ao conceito elaborado por Hegel. De fato, conforme esclarece Andre Lalande (1999, p. 255/256), a dialética hegeliana “consiste essencialmente em reconhecer a inseparabilidade (*Einheit*) dos contraditórios, e em descobrir o princípio desta união numa categoria superior”.

¹²Para Freud (2011, p. 34), a “palavra ‘civilização’ designa a inteira soma das realizações e instituições que afastam a nossa vida daquela de nossos antepassados animais, e que servem para dois fins: a proteção do homem contra a natureza e a regulamentação dos vínculos dos homens entre si”.

Os traços característicos do processo civilizatório são observações deduzidas por Freud a partir de sua concepção de civilização e, especialmente, do nível cultural de determinada nação. O nível de avanço cultural seria demarcado pela obtenção dos instrumentos necessários à subjugação das forças da natureza pelo homem, o que Freud designa de coisas úteis; além daquilo que permita uma adequada convivência entre os homens em comunidade, o que ele designou de coisas inúteis. Ressalte-se que tal contraposição (útil e inútil) não detém caráter pejorativo, no sentido comumente encontrado de necessário e desnecessário, mas, sim, denota uma finalidade instrumental. Assim, os meios de transporte detém uma finalidade instrumental determinada, qual seja, a locomoção rápida e eficiente. Essa característica não se verifica nos parques e jardins, pois são coisas que não possuem uma função instrumental, mas, em compensação, proporcionam uma sensação de bem-estar ao qual Freud designa como beleza.

Freud claramente empreende um seccionamento entre os grupamentos humanos que não possuem alto nível cultural e, desta forma, não se enquadrariam no conceito de civilização. A partir dessa premissa teórica, a civilização é entendida como um estágio histórico-cultural em que o homem possui o ferramental necessário para o domínio da natureza, aliado a parâmetros de beleza, limpeza, ordem e justiça que regulamentam os “vínculos dos homens entre si” (FREUD, 2012, p. 34). Nesse sentido, a beleza representaria a exigência civilizatória de contemplação do belo; a limpeza e sua derivação individual, a higiene, consiste na demanda por asseio e sanidade; a ordem, pretensão civilizatória à regularidade, segurança e previsibilidade, permite ao homem “o melhor aproveitamento de espaço e tempo, enquanto poupa suas energias psíquicas” (FREUD, 2012, p. 38). Por fim, Freud (2012, p. 40) enuncia a demanda civilizatória por justiça, enunciando que:

Resta-nos apreciar o último dos traços característicos da civilização, que certamente não é dos menos importantes: o modo como são reguladas as relações dos homens entre si, as relações sociais, que dizem respeito ao indivíduo enquanto vizinho, enquanto colaborador, como objeto sexual de um outro, como membro de uma família e de um Estado. [...] Talvez possamos começar afirmando que o elemento cultural se apresentaria como a primeira tentativa de regulamentar essas relações. Não havendo essa tentativa, tais relações estariam sujeitas à arbitrariedade do indivíduo, isto é, aquele fisicamente mais forte as determinaria conforme seus interesses e instintos. Nada mudaria, caso esse mais forte encontrasse alguém ainda mais forte. A vida humana em comum se torna possível apenas quando há uma minoria que é mais forte que qualquer indivíduo e se conserva diante de qualquer indivíduo. Então o poder dessa comunidade se estabelece como ‘Direito’, em oposição ao poder do indivíduo, condenado como força bruta. Tal substituição do poder do indivíduo pelo da comunidade é o passo cultural decisivo. Sua essência está em que os membros da comunidade se limitam quanto às possibilidades de gratificação, ao passo que o indivíduo não conhecia tal limite. Portanto, a exigência cultural seguinte é a da justiça, isto é, a garantia de que a ordem legal que uma vez se colocou não será violada em prol do indivíduo. Não é julgado, aqui, o valor ético

desse direito. O curso posterior da evolução cultural tende a tornar esse direito não mais a expressão da vontade de um pequena comunidade – casta, camada da população, tribo -, que novamente age como um indivíduo violento face a outros grupos talvez mais numerosos desse tipo. O resultado final deve ser um direito para o qual todos – ao menos todos os capazes de viver em comunidade – contribuem com sacrifício de seus instintos, e que não permite – de novo com a mesma exceção – que ninguém se torne vítima da força bruta.

A contenção dos impulsos naturais do homem seria justificável apenas na hipótese de plena satisfação das exigências culturais delineadas por Freud (2011, p.41), pois “boa parte da peleja da humanidade se concentra em torno da tarefa de achar um equilíbrio adequado, isto é, que traga felicidade, entre tais exigências individuais e aquelas de grupo, culturais”.

Essa é a origem e a causa das inúmeras situações de mal-estar vivenciadas pela civilização. As promessas não cumpridas em relação à beleza, tais como, os espaços urbanos degradados; à limpeza, como por exemplo, as favelas brasileiras que não se beneficiam de serviços estatais básicos de saneamento e limpeza pública; à ordem, como a título ilustrativo, os métodos abusivos de evasão fiscal praticados pelos consumidores-não-contribuintes¹³ (elite social)¹⁴; e justiça, como a notória desigualdade na repartição do ônus

¹³ Essa categoria será objeto de melhor explanação adiante. De pronto, é possível afirmar que toda classificação busca a ordenação de fatos ou coisas sensorialmente percebidas pelo homem. É uma forma de racionalização simplificadora mediante a identificação de características próximas e díspares entre os distintos objetos de investigação e estudo. Por isso, afirma-se que o critério de aferição de uma classificação não é a verdade, mas, sim, a utilidade. A classificação enunciada pelo intérprete pode ser útil ou inútil para a finalidade a qual se propõe. Por se tratar de elemento ordenador de fatos e coisas, é incabível juízos de veracidade sobre a categorização realizada. De todo modo, adiantamos que a classificação adotada no presente trabalho não se confunde com a ordenação realizada pela dogmática tributária a respeito da sujeição passiva nos tributos incidentes sobre o consumo, especialmente para o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. A categorização dogmática dos contribuintes-consumidores e contribuintes-não consumidores atende à norma expressada no art. 155, § 2º, VII da Constituição Brasileira de 1988 (BRASIL, 2012), que dispõe: “[...] em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a **consumidor final** localizado em outro Estado, adotar-se-á: a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for **contribuinte** do imposto; b) a alíquota interna, quando o destinatário não for **contribuinte dele**” (grifos nossos)”. Isso porque o contribuinte do ICMS pode adquirir uma mercadoria para consumo próprio (inserindo-se na categoria de contribuinte-consumidor) e, nesse caso, será aplicável a alíquota interestadual, ou adquirirá a mercadoria para realização da mercancia (sendo, por conseguinte, um contribuinte-não consumidor), de modo que será aplicável a alíquota interna prevista para o ICMS. Essa ordenação está pontualmente localizada em tema evidentemente complexo sobre o método mais apropriado de tributação do consumo em Estados Federais. Para maior aprofundamento, cf. GASSEN, Valcir. **A Tributação do Consumo: O Princípio de Origem e de Destino em Processos de Integração Econômica**. Florianópolis: Momento Atual, 2004. 226p.

¹⁴ A utilização do termo elite tem uma conotação específica: a referência a grupo minoritário do estrato social que, apesar de deter capacidade contributiva, beneficia-se de uma equivocada aplicação da matriz tributária segundo critérios de eficiência para reduzir sua participação no financiamento do Estado. Sobre a utilização do termo elite, é conveniente citar a advertência de José Murilo de Carvalho (2011, p. 20): “É com certo constrangimento que se pronuncia hoje no Brasil essa palavra. Lemos e ouvimos diariamente tantas diatribes contra o que se diz ser (e muitas vezes é) uma deturpação elitista da explicação histórica, ignorante do papel das forças sociais, que quase nos sentimos forçados a pedir desculpas por falar de elites. Que fiquem, por isso, claros alguns pontos. Em primeiro lugar, quando falarmos de elites não nos referimos a grandes homens e às teorias que, à moda de Carlyle, procuram explicar os acontecimentos em função de sua atuação. Falamos de grupos especiais de elite, marcados por características que os distinguem tanto das massas como de outros

fiscal do Estado, proporcionam insatisfações mudas que, à sorrelfa, ganham força e se vocalizam e generalizam na comunidade. Tais insatisfações, e a história é pródiga em exemplos, traz em seu bojo a semente de possíveis revoltas sociais e revoluções estruturais.

Infelizmente, esse equilíbrio sustentado por Freud não foi atingido no transcorrer do século XX. Já em 1918, Max Weber profetizou um sentimento de “desencantamento do mundo”,¹⁵ o que seria uma consequência da destruição de todas as ilusões pelas quais a ciência poderia conduzir a humanidade ao “ser verdadeiro”, “à verdadeira arte”, “à verdadeira natureza”, “ao verdadeiro Deus” e à “verdadeira felicidade” (WEBER, 2011, p. 42/43). A racionalização e a intelectualização causada pela ciência banuiu de nossa consciência “a fraternidade das relações diretas e recíprocas entre indivíduos isolados” (WEBER, 2011, p. 57).

De fato, o século XX embalou a todos com o prognóstico do progresso ilimitado da humanidade. Entretanto, em curto período histórico, a humanidade foi confrontada por duas guerras mundiais (1914-1918 e 1939-1945), uma revolução contra o sistema político-econômico hegemônico no ocidente (Revolução Russa de 1917), uma crise interna do modo de produção capitalista (1929), e a derrocada do regime socialista soviético (1989). A mudança, a transitoriedade e o abismo social foram marcas indelévels desse específico período histórico. A humanidade, renascida e iluminada após a era das trevas, passou a conviver com a barbárie, o massacre generalizado e o desencantamento.¹⁶

grupos de elite. Em segundo lugar, em nenhum momento se dirá que esse elemento por si só pode dar conta da explicação de fenômenos tão complexos como os que se referem à formação de Estados Nacionais. As próprias elites, qualquer sociólogo sabe, são condicionadas por fatores sociais e mesmo políticos sobre os quais elas muitas vezes têm pouco ou nenhum controle. Além disso, é outra obviedade, elas sempre atuam dentro de limitações mais ou menos rígidas, oriundas de fatores de natureza econômica. Atribuir influência à atuação de elites políticas significa apenas negar o determinismo de fatores não-políticos, sobretudo econômicos, nas decisões políticas. Há sempre maior ou menor grau de liberdade nas decisões e o exercício dessa liberdade pode ser mais ou menos eficaz dependendo dos atores. Em terceiro lugar, o fato de ser contra o monopólio de decisões por grupos minoritários, e creio que todos o somos, não deve obscurecer o outro fato de que existem grupos minoritários que realmente têm influência decisiva sobre certos acontecimentos. A própria grita contra o elitismo na história brasileira é reconhecimento tácito de que as elites de fato tiveram e têm grande influência. Se é verdade que a historiografia tende a magnificar esse papel, seria ingênuo achar que se pode resolver o problema reformando a historiografia”.

¹⁵O processo de desencantamento tem por pressuposto a intelectualização e a racionalização crescente. Veja-se a seguinte passagem de Max Weber (2011, p. 38, grifo nosso): “A intelectualização e a racionalização crescentes não equivalem, portanto, a um conhecimento geral crescente a respeito das condições em que vivemos. Antes, significam que sabemos ou acreditamos que, a qualquer instante, poderíamos, conquanto que o quiséssemos, provar que não existe, primordialmente, nenhum poder misterioso e imprevisível que interfira no curso de nossa vida. Em outras palavras, que podemos dominar tudo, por meio da previsão. **Isso é o mesmo que despojar de magia o mundo.** Não mais se trata para nós, como para o selvagem que acredita na existência daqueles poderes, de apelar a métodos mágicos para dominar os espíritos ou exorcizá-los, mas de recorrer à técnica e à previsão. Essa é a essência da significação de intelectualização” (grifo no original).

¹⁶Em relação aos eventos históricos marcantes do século XX, Eric Hobsbawn (1995, p. 16/17) acentua a marca da ruptura: “[...] as décadas que vão da eclosão da Primeira Guerra Mundial aos resultados da Segunda foram uma Era de Catástrofe. Durante quarenta anos, ela foi de calamidade em calamidade. Houve ocasiões em que

Anteriormente à 1ª Guerra Mundial (1914-1918), as bases da modernidade eram amplamente dominantes: “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” (HOBSBAWM, 1996, p. 16). Todavia, essa ordem considerada o apogeu da racionalidade humana foi profundamente abalada pelos influxos da transformação.¹⁷ Ao final do século XX, há uma mudança qualitativa nessa ordem advinda da consciência da crise generalizada, seja no âmbito da sociedade, do Estado ou do Direito. Essa transformação fundamentou-se, em princípio, no declínio cultural do eurocentrismo, propiciando a exurgência da bipolarização do poder entre os Estados Unidos da América e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e, posteriormente à queda do regime socialista soviético, a multipolarização da sociedade internacional.¹⁸ Também contribuiu para esse movimento transformador o

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 e burguesa e que foi adotado, primeiro, em um sexto da superfície da Terra, e, após a Segunda Guerra Mundial, por um terço da população do globo. Os imensos impérios coloniais erguidos durante a Era do Império foram abalados e ruíram em pó. Toda a história do imperialismo moderno, tão firme e autoconfiante quando da morte da rainha Vitória, da Grã-Bretanha, não durara mais do que o tempo de uma vida humana – digamos, a de Winston Churchill (1874-1965). 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 da guerra e revolução, pareceram próximos do colapso. Enquanto a economia balançava, as instituições da democracia liberal praticamente desapareceram entre 1917 e 1942; restou uma borda da Europa e partes da América do Norte e da Austrália”.

¹⁷Em relação ao processo de transformação, Marcus Faro de Castro (2012, p. 122) alerta que “esse processo, para se tornar realidade, teria que enfrentar por toda parte a ‘ordem burguesa’ e suas resistências em relação ‘as possibilidades de contínua transformação da sociedade’”. Nesse sentido, a transformação social deveria romper com a resistência do direito da ordem burguesa e, principalmente, seu alicerce, que é o direito de propriedade. Essa percepção conecta-se à observação realizada por Boaventura Souza Santos em relação à teoria crítica moderna, que concebe a sociedade como uma totalidade e que defende o princípio único da transformação social. Para Boaventura Souza Santos (2000, p.27), “[...] não há um princípio único de transformação social, e mesmo aqueles que continuam a acreditar num futuro socialista veem-no como um futuro possível, em concorrência com outros futuros alternativos. Não há agentes históricos únicos nem uma forma única de dominação. São múltiplas as faces da dominação e da opressão e muitas delas foram irresponsavelmente negligenciadas pela teoria crítica moderna [...]”. Neste sentido, Anthony Giddens identifica uma nova agenda para as ciências sociais, considerada a emergência de uma sociedade pós-tradicional. Assim, “a nova agenda da ciência social diz respeito a duas esferas de transformação, diretamente relacionadas. Cada uma delas corresponde a processos de mudança que, embora tenham tido suas origens no início do desenvolvimento da modernidade, tornaram-se particularmente intensas na época atual. Por um lado, há a difusão extensiva das instituições modernas, universalizadas por meio de processo de globalização. Por outro, mas imediatamente relacionados com a primeira, estão os processos de mudança institucional, que podem ser conectados à radicalização da modernidade. Estes são processos de abandono, desincorporação e problematização da tradição” (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 74).

¹⁸Em relação à temática das transformações na ordem política mundial, veja-se ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Org.). **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

desenvolvimento do capitalismo industrial para o capitalismo financeiro,¹⁹ reduzindo profundamente a influência das políticas soberanas dos Estados Nacionais no comércio internacional e no fluxo mundial do capital. Por fim, a transformação mais contundente consiste na formação de uma sociedade de massa voltada ao consumo, que engendrou os valores de um “individualismo associal absoluto” (HOBSBAWM, 1996, p. 24) e o papel do consumidor viciado.²⁰

A trajetória da civilização resultou no egocentrismo individual, cujo objetivo existencial passou a ser única e exclusivamente o prazer. O princípio do prazer, elevado à sua máxima, fez surgir a necessidade contínua e ilimitada da efêmera notoriedade, a obtenção de sucessos pontuais e momentâneos, e a distinção pela aquisição de bens emoldurados pelo desejo consumista. Nesse sentido, o indivíduo não se satisfaz com o mero bem-estar a que aludiu Freud, tampouco há a postura de evitar a dor pela integração a uma comunidade. A integração do indivíduo na sociedade é encarada como fato dado. Entretanto, esse indivíduo não se interessa, e desta forma, não persegue, a felicidade de todos os coparticipes dessa vida comunitária.

A partir dessa introdução, o presente capítulo terá por perspectiva a contextualização do indivíduo, da sociedade, e do Estado no presente momento histórico. Entendemos que a fixação dessa premissa teórica será fundamental para que se alcancem os objetivos vindouros relativos ao exame do Estado social brasileiro, do ideal de justiça e seu princípio redistributivo, e a instrumentalização da atividade tributária na assunção dessa finalidade.

1.1.1 NO INÍCIO UM MAL-ESTAR... DEPOIS A DOENÇA CRÔNICA. HÁ UMA PROFILAXIA?

¹⁹O capitalismo financeiro pode ser definido a partir da análise feita por Marcus Faro de Castro sobre a globalização como mercantilização e financeirização. Segundo ele, partindo-se de uma premissa jurídica, mercantilizar significa “transformar um tipo de bem específico [...] em mercadoria, ou seja, em uma prestação de utilidade a que corresponda uma prestação pecuniária, estabelecidas contratualmente mediante negociação privada, de maneira mais ou menos isenta da operação do devido processo legal e seu ancoramento democrático; já financeirizar designa a subordinação, “sobretudo por meio da interconectividade contratual, a determinação das prestações pecuniárias da economia real à especulação praticada em mercados financeiros [...]” (CASTRO, 2005, p. 07).

²⁰O consumo como vício da sociedade pós-moderna é retratado por Zygmunt Bauman (2001, p. 16): “A vida organizada em torno do consumo, por outro lado, deve se bastar sem normas: ela é orientada pela sedução, por desejos sempre crescentes e quereres voláteis – não mais por regulação normativa. [...] Numa sociedade de consumo, compartilhar a dependência de consumidor – a dependência universal das compras – é a condição *sine qua non* de toda liberdade *individual*; acima de tudo da liberdade de ser diferente, ‘de ter identidade’. [...] Numa sociedade sinóptica de viciados em comprar/assistir, os pobres não podem desviar os olhos; não há mais para onde olhar. Quanto maior a liberdade na tela e quanto mais sedutoras as tentações que emanam das vitrines, e mais profundo o sentido da realizada empobrecida, tanto mais irresistível se torna o desejo de experimentar, ainda que por um momento fugaz, o êxtase da escolha. Quanto mais escolha parecem ter os ricos, tanto mais a vida sem escolha parece insuportável para todos” (grifos no original).

Zygmunt Bauman (1998), retomando a análise realizada por Freud acerca do mal-estar civilizacional, demonstra a alteração das expectativas individuais relativamente aos parâmetros de ordem, pureza (limpeza) e justiça. A pureza, entendida como o sonho da ausência de diferenças, desvela o predicado da ordem. O ideal da pureza representa a ilusão sobre a imutabilidade da ordem convenientemente estabelecida. Desta forma, a pureza “tem uma relação mais do que accidental com a fragilidade da ordem; com uma situação em que sentimos não poder confiar na ordem cuidando dela própria [...]” (BAUMAN, 1998, p. 15).²¹

Constata-se, na atualidade uma degradação causada pela expansão do valor da liberdade na sociedade atual. Se a civilização é um “compromisso, uma troca continuamente reclamada e para sempre instigada a se renegociar”, a impulsão moderna pela ordem e a pureza geraram os mal-estares da “compulsão”, “regulação”, “supressão” ou “renúncia forçada”, e conseqüentemente a escassez da liberdade para alguns. Não obstante, o efeito colateral dessa abstenção é a “espontaneidade do desejo e do esforço individuais” (BAUMAN, 1998, p. 8). Desta forma, as expectativas de distensão do valor da liberdade ensejam uma restrição da segurança individual, o que reflete diretamente na concepção do Estado social.

²¹O ideal de pureza na ciência do direito se consubstancia na obra “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen. O princípio metodológico fundamental de Kelsen era extrair toda e qualquer interferência do saber político na construção da racionalidade jurídica. São suas palavras (KELSEN, 1998, p. 1): “Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”. Apesar de revelar a intenção de Kelsen em depurar o Direito do contexto histórico e dos jogos de poder, Luis Alberto Warat (1997, p. 260/261), demonstra o equívoco do princípio metodológico da pureza adotado por Kelsen: “Em suma, purificar politicamente a ciência jurídica quer dizer também prescindir dos atos de conhecimento extrajurídicos, embebidos de crenças cotidianas – expressões que refletem miticamente o sentido da história – servindo também para encobrir segredos que operacionalizam as práticas discursivas que sustentam as decisões jurídicas. Assim, a teoria kelseniana renuncia a ser, entre outras coisas, a) uma teoria das decisões; b) uma teoria sobre o imaginário jurídico instituído; c) uma teoria das relações sociais e seus antagonismos; d) uma teoria explícita sobre as relações de poder nas sociedades e no Estado; e) uma possibilidade encaminhar o conhecimento da ciência jurídica em direção a uma maneira menos alienada de ser. [...] Atualmente, não tenho dúvidas em aceitar a ideia de que purificando o conhecimento científico de sua capacidade de denúncia e ação, se está facilitando a reprodução autoritária do controle simbólico do conhecimento. Um conhecimento que não opera simultaneamente como espaço de denúncia e ação, permite que as verdades que constrói funcionem também, como segredo da opressão. A produção das verdades jurídicas pode servir para legitimar as relações de poder autoritárias ou para denunciá-las, tendo em vista a construção de dimensões simbólicas para a emancipação social”. Em perspectiva contraposta, Andityas Matos (2005, p. 91) afirma que o purismo kelseniano refere-se à sua teoria e não ao próprio direito. Assim, “é para evitar que a ciência se torne mais um meio de dominação do que de libertação que Kelsen adota o purismo exacerbado, fruto maduro do seu positivismo jurídico”.

O *Welfare State* foi concebido como um instrumento de manutenção da ordem, isto é, a garantia de estabilidade da sociedade burguesa, capitalista, industrial, democrática e moderna.²² O ideal de ordem resguarda, assim, os predicados de regularidade, estabilidade e previsibilidade da conduta do indivíduo, assegurando-se que “as probabilidades dos acontecimentos não estejam distribuídas ao acaso, mas arrumados numa hierarquia estrita – de modo que certos acontecimentos sejam altamente prováveis, outros menos prováveis, alguns virtualmente impossíveis” (BAUMAN, 1998, p. 15).

Sob o viés moderno da segurança, o “estado de bem-estar não era concebido como uma caridade, mas como um direito do cidadão, e não como o fornecimento de donativos individuais, mas como uma forma de seguro coletivo” (BAUMAN, 1998, p. 51).

Posteriormente, sob a premissa da exacerbação da liberdade, o Estado social passa a ser qualificado como a boia de salvação dos incapazes e imprevidentes, todos estranhos a uma sociedade individualista e egocêntrica. A partir dessa concepção, aquilo que seria um instrumento de garantia do indivíduo, torna-se o monstro ineficiente que não poderia mais ser custeado pela sociedade. Essa é a opinião de Bauman (1998, p. 52):

Se, atualmente, ouvimos dizer que nós, os ‘contribuintes’, ‘já não podemos custeá-lo’, isso significa apenas que o estado, a comunidade, já não considera conveniente ou desejável subscrever os custos sociais e humanos da solvência econômica (que, sob condições de mercado, é equivalente à lucratividade). Em vez disso, transfere o pagamento às próprias vítimas, presentes e futuras. Recusa a responsabilidade por sua má sorte – exatamente como abandonou a antiga tarefa de ‘reacomodação’ da mão de obra. Não há mais seguro coletivo contra os riscos: a tarefa de lidar com os riscos coletivamente produzidos foi privatizada.

O efeito perverso do desmantelamento das políticas de bem-estar consiste na criação de “estranhos”, isto é, indivíduos alheios ao parâmetro cognitivo, moral ou estético da modernidade (BAUMAN, 1998, p. 27). Tornam-se, por consequência, a turba que afasta

²²Em Nunes (2011, p. 30, grifos no original), colhe-se a ideia de que o Estado social, e o nominado direito social, foram soluções de compromisso entre as reivindicações da classe operária e os padrões liberais construídos pela burguesia. Veja-se: “A generalização e o aprofundamento dos conflitos sociais nos países capitalistas e a emergência de experiências socialistas vieram perturbar o equilíbrio da ordem econômica do liberalismo, a ordem da *liberdade individual* e da *propriedade privada* (configurada na *mão invisível* de Adam Smith e no seu conceito de *Civil Government*) e conduziram a um novo papel do estado e do direito, muitas vezes por pura cedência tácita e oportunista. As lutas da nova classe operária (os trabalhadores assalariados das ‘indústrias novas’) constituíram a forma mais visível e mais profunda de contestação do direito clássico (do direito burguês). A burguesia, porém, aprendeu a lição da discussão sobre o sufrágio universal, considerado inicialmente como reivindicação subversiva dos trabalhadores, como uma espécie de ‘revolução permanente’, e aplaudido depois (até com o acrescento do voto obrigatório) como um fator de integração social e um instrumento de ‘anestesia’ das organizações dos trabalhadores, uma espécie de apólice de seguro contra os riscos da subversão social. Por isso foi mais fácil avançar para *soluções de compromisso* que implicaram a integração, na nova ordem jurídica do capitalismo, de princípios contrários aos dogmas da ordem liberal, mas, logicamente, não contrários à essência do capitalismo. O qualificativo *social*, que tempos antes carregava algo de subversivo, assume agora, aos olhos da burguesia, um ar protetor e tranquilizador” (grifos no original).

o prazer de uma sociedade moldada para assegurar o consumo de uma minoria; são a representação da incerteza e da indiferença. São causadores do mal-estar da não assimilação social, pois delimitam as fronteiras entre a aceitação e a rejeição. Ao mesmo tempo em que representam uma motivação para a adequação exigida pela sociedade, os “estranhos” são a exposição material de uma eventual repulsa social e, desta forma, consubstanciam uma angústia imanente ao indivíduo integrado.

A segregação dos estranhos conecta-se ao ideal de pureza, de modo que a regulação dos relacionamentos humanos exige uma ação correspondente para o afastamento daqueles que não se enquadram no padrão de beleza e limpeza. Nessa circunstância, empreende-se a criação de espaços favorecidos e desfavorecidos, ambos segregados, cujos acessos ocorrem pela satisfação ou não dos padrões da civilização. Assim, a exponência do valor da liberdade em conexão com a máxima do prazer conduz, contraditoriamente, à prisão dos indivíduos: de um lado, condomínios fechados dotados de ampla infraestrutura destinada ao lazer e entretenimento, primorosamente decorados e projetados para oferecer o mais alto grau de satisfação individual;²³ de outro lado, construções de concreto rigidamente erigidas para proporcionar o sofrimento e a vigilância, sujeitando o indivíduo a condições de degradação, impureza e associabilidade.²⁴

²³Esse movimento social típico da paisagem urbana brasileira no século XXI se assemelha ao auge da ideologia burguesa do século XIX na Inglaterra, conforme retratado por Eric Hobsbawm (2011a, p. 262/263): “O paradoxo do mais burguês dos séculos consistia em que seus estilos de vida só se tornaram ‘burgueses’ mais tarde; que esta transformação foi iniciada antes na sua periferia do que no seu centro; e que, como modo de vida especificamente burguês, seu triunfo foi apenas momentâneo. Talvez por isso os sobreviventes olhassem com tanta frequência e nostalgia para a era que precedeu a 1914, chamando-a de *belle époque*. Começaremos o exame daquilo que aconteceu às classes médias do período a partir da consideração desse paradoxo. Esse novo estilo de vida era o da casa e jardim suburbanos, que de longa data deixara de ser especificamente estilo burguês, exceto como índice de aspiração. Como tantas outras coisas, na sociedade burguesa, ele procedeu do clássico país do capitalismo, a Inglaterra. [...] A casa ideal para a classe média, já não fazia parte de uma rua da cidade, uma ‘casa de cidade’, nem seu substituto, o apartamento em um grande edifício de frente para uma rua da cidade e pretendendo ser um palácio; era uma casa de campo urbanizada, ou antes, suburbanizada (uma *villa* ou mesmo um *cottage*) num parque ou jardim em miniatura, rodeado de verde. [...] Era antes planejada para as conveniências da vida privada e não para a luta pelo *status* social e para a representação. Na realidade o fato de tais colônias serem, em larga medida, comunidades destinadas a uma única classe, topograficamente isoladas do resto da sociedade, tornava mais fácil a concentração nos confortos da vida”.

²⁴Michel Foucault expressa uma interessante perspectiva sobre a função político-econômica da prisão. Primeiramente, em relação à finalidade de segregação dos delinquentes, Foucault enfatiza a sua configuração para a perpetuação da criminalidade e, posteriormente, sua instrumentalização para uma perspectiva de manutenção do poder. Nesse sentido (FOUCAULT, 1995, p. 131/132), “[...] a prisão esteve, desde sua origem, ligada a um projeto de transformação dos indivíduos. Habitualmente se acredita que a prisão era uma espécie de depósito de criminosos, depósito cujos inconvenientes se teriam constatado por seu funcionamento, de tal forma que se teria dito ser necessário reformar as prisões, fazer delas um instrumento de transformação dos indivíduos. Isto não é verdade: os textos, os programas, as declarações de intenção estão aí para mostrar. Desde o começo a prisão devia ser um instrumento de aperfeiçoamento quanto a escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo que o próprio projeto. Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade. Foi então que houve,

Estas duas realidades interconectadas como as duas faces de Jano,²⁵ representativas da dualidade e da transição, se sintetizam no Estado como provedor de bem-estar e de segurança, o que se concretiza mediante a prestação de serviços públicos e a intervenção nos mais diversos espaços de autonomia privada.²⁶ Concomitantemente, a sociedade se estratifica numa casta de consumidores e não consumidores; e entre contribuintes e não contribuintes.²⁷ Essas categorias entrelaçam-se de forma notável, pois há um intercâmbio entre as demandas e interesses opostos ao Estado, qualificado como prestador de uma ampla gama de serviços e bens de consumo, aliada ao dever de participação no financiamento da organização política, cujo custo de manutenção torna-se exponencial.

Desta forma, percebe-se, claramente, a existência de grupos sociais dotados de uma consciência particularizada sobre a sua participação na comunidade. Esses grupos podem ser categorizados segundo a sua capacidade de influência no aparato estatal para a satisfação de suas necessidades, aliada à sua efetiva participação no financiamento das prestações por eles demandadas. A ordenação a seguir retratada efetiva, portanto, a conciliação da condição de consumidor, isto é, aquele que recebe prestações estatais para a satisfação de necessidades individuais, e a sua correlativa voluntariedade no financiamento do Estado segundo a respectiva capacidade econômica.

como sempre nos mecanismos de poder, uma utilização estratégica daquilo que era inconveniente. A prisão fabrica delinquentes, mas os delinquentes são úteis tanto no domínio econômico como no político”. Essa instrumentalidade do delinquente e da prisão atua no plano político de construção de uma moral que preserve a integridade dos meios de produção, bem como no plano econômico de motivação da classe trabalhadora no desempenho de sua função social de prover o lucro e gerar riqueza à burguesia. Diante dessa perspectiva, “já que a sociedade industrial exige que a riqueza esteja diretamente nas mãos não daqueles que a possuem mas daqueles que permitem a extração do lucro fazendo-a trabalhar, como proteger esta riqueza? Evidentemente por uma moral rigorosa: daí esta formidável ofensiva da moralização que incidiu sobre a população do século XIX. [...] Foi absolutamente necessário constituir o povo como um sujeito moral, portanto, separando-o da delinquência, portanto separando nitidamente o grupo de delinquentes, mostrando-os como perigosos não apenas para os ricos, mas também para os pobres, mostrando-os carregados de todos os vícios e responsáveis pelos maiores perigos” (FOUCAULT, 1995, p. 133).

²⁵ Jano é um deus mitológico romano que apresentava duas faces, uma voltada para frente e outra direcionada para trás, indicando a amplitude cognitiva e o exame completo das questões a ele apresentadas. É o deus que representa o fim e o início das coisas e a transitividade, por isso seu nome dá origem à palavra janeiro, que denomina o primeiro mês do ano.

²⁶ Em relação à função interventiva, Paulo Bonavides (2009, p. 200) assevera: “O Estado social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas. A circunstância de achar-se o Homem contemporâneo – o homem-massa -, desde o berço, colhido numa rede de interesses sociais complexos, com a sua autonomia material bastante diminuída, na maior parte dos casos irremissivelmente extinta, há concorrido para que ele, em meio a essas atribulações, como um naufrago em desespero, invoque a proteção do Estado, esperança messiânica de sua salvação”.

²⁷ A utilização do termo consumidor tem uma conotação específica, qual seja, o indivíduo beneficiário de utilidades decorrentes da atividade estatal, seja pela prestação de serviços públicos, seja pelo fornecimento de bens, seja pela atuação regulatória para a proteção de determinados direitos individuais ou coletivos.

Primeiro, os consumidores-não-contribuintes, que são a face mais perniciosa da cidadania simulada.²⁸ Compreendem o conjunto de indivíduos que exigem uma atuação incisiva do Estado na satisfação de necessidades diversas, especialmente na proteção dos direitos designados de defesa ou de primeira geração. Concomitantemente, entregam-se à defesa de práticas abusivas de redução do ônus fiscal (elusão tributária), ou à pura e simples evasão fiscal,²⁹ e dedicam-se à construção do discurso legitimador do valor da liberdade individual como máxima social.

Segundo, os consumidores-contribuintes, que são os indivíduos dotados de uma cidadania responsável, mesmo que inconscientemente. Esse grupo exerce e vocaliza suas demandas frente ao Estado social, identificando-o como o provedor de determinadas necessidades individuais que não podem ser concretizadas pelo próprio esforço pessoal. Em contrapartida, em virtude da consciência de pertencimento à comunidade, ou pela técnica e tecnologia estatal de imposição tributária, esses contribuintes efetivamente participam do ônus estatal segundo sua capacidade econômica.

Terceiro, os não-consumidores-contribuintes são o grupo de indivíduos que possuem uma cidadania mitigada, isto é, tornam-se reféns de um sistema de tributação incidente sobre o consumo, mas não possuem força política ou econômica para exigir o cumprimento e a satisfação de suas necessidades individuais. Normalmente, são indivíduos

²⁸Jorge Miranda (2011, p. 98) conceitua cidadania como um *status* e como objeto de um direito fundamental. Assim, “num mundo em que dominam os Estados, participar num Estado é participar na vida jurídica e política que ele propicia e beneficiar dessa e da promoção de direitos que ele concede – tanto na ordem interna como nas relações com outros Estados”. Nessa perspectiva, Boaventura Sousa Santos (1999, p. 205), na linha de T.H. Marshal, empreende uma distinção entre cidadania liberal e a cidadania social. A cidadania na teoria política liberal residiria exclusivamente na cidadania civil e política, e sua representação mais acabada seria o exercício do direito de voto. Posteriormente, adveio a cidadania social, que se concretiza após a conquista dos direitos sociais como produto de reivindicações da classe operária. Há o surgimento, desde então, de uma obrigação política horizontal entre os indivíduos e grupos sociais, representando o ideal de solidariedade participativa e concreta. Adicionalmente, faz-se pertinente a advertência de que “para a compreensão do tempo presente é, no entanto, importante ter em conta que as lutas operárias pela cidadania social tiveram lugar no marco da democracia liberal e que por isso a obrigação política horizontal do princípio da comunidade só foi eficaz na medida em que se submeteu à obrigação política vertical entre cidadão e Estado. A concessão dos direitos sociais e das instituições que os distribuíram socialmente é expressão da expansão e do aprofundamento dessa obrigação política” (SANTOS, 1999, p. 211).

²⁹Na linha de entendimento de Marciano Seabra de Godoi (2012), há uma distinção entre os conceitos de elisão, evasão e elusão fiscal. A elisão consistiria na prática de ações lícitas para se evitar o ônus fiscal ou obter a menor carga possível de obrigações tributárias, que em seu conjunto revelariam um planejamento tributário. Em situação diametralmente oposta, a evasão fiscal consistiria em ações ilícitas tendentes a evitar, reduzir ou postergar o cumprimento de obrigações tributárias. Há necessariamente a prática de ocultação do fato gerador do tributo mediante expedientes fraudulentos ou simulatórios que, por si só, representam uma violação ao ordenamento jurídico. Já a elusão fiscal representa uma economia fiscal baseada no abuso das formas jurídicas. Nessa hipótese, “o objetivo do contribuinte é praticar atos e negócios jurídicos que não provoquem ou provoquem na menor medida possível a incidência de obrigações tributárias, com a diferença de que, na elusão, os atos e negócios engendrados pelas partes são abusivos/artificiosos, posto que sua formalização não reflete os reais propósitos práticos buscados pelas partes e distorcem as finalidades e objetivos contidos nas normas que regulam a espécie [...]” (GODOI, 2012, p. 121).

integrados a um substrato social de baixa capacidade contributiva e, que, por força da inadequação da técnica de tributação do consumo, arcam com um ônus fiscal superior à sua capacidade econômica. Aliado a essa situação de injustiça fiscal, esses indivíduos são negligenciados pelo Estado social na medida em que se beneficiam de serviços públicos de baixa qualidade, ou se ressentem de qualquer utilidade ou prestação estatal.

Por fim, os não-consumidores-não-contribuintes são o grupo destituído de cidadania. Esse grupo de indivíduos não detém qualquer poder de reivindicação ou participação política³⁰ e, por força de sua inegável incapacidade econômica, também não contribuem para o financiamento do Estado. São a face mais evidente do que se denominou anteriormente de “estranhos”; a impureza de uma sociedade complacente e, portanto, salvaguardados por políticas específicas de assistência social. Obviamente, por se tratarem de pessoas à margem da sociedade de consumo, suas necessidades individuais são absolutamente desconsideradas, pois não detém relevância para a ordem capitalista.

Assim, os “estranhos” são submetidos à lógica do confinamento: segregação e controle social. Evita-se a visão da impureza e do caos do território sitiado, mas assegura-se a ordem no paraíso idílico dos templos do consumo. Segundo a concepção de Zygmunt Bauman (1998, p. 40/41):

Na cidade pós-moderna, os estranhos significam uma coisa aos olhos daqueles para quem a ‘área inútil’ (as ‘ruas principais’, os ‘distritos agitados’) significa ‘não vou entrar’, e outra coisa aos olhos daqueles para quem ‘inútil’ quer dizer ‘não posso sair’. [...] Os estranhos são pessoas que você paga pelos serviços que elas prestam e pelo direito de terminar com os serviços delas logo que já não tragam prazer. Em nenhum momento, realmente, os estranhos comprometem a liberdade do consumidor com seus serviços. Como o turista, o patrão, o cliente, o consumidor dos serviços está sempre com a razão: ele ou ela exige, estabelece as normas e, acima de tudo, resolve quando o combate principia, e quando acaba. Inequivocamente os estranhos são fornecedores de prazeres. Sua presença é uma interrupção do tédio. [...] O tumulto e o clamor chegam, não haja nenhum engano, de outras áreas da cidade, que os consumidores em busca de prazer jamais visitam, deixam viver em paz. Essas áreas são habitadas por pessoas incapazes de escolher com quem elas se encontram e por quanto tempo, ou de pagar para ter suas escolhas respeitadas; pessoas sem poder, experimentando o mundo com uma armadilha, não como um parque de diversões; encarceradas num território de que não há nenhuma saída para elas, mas em que outras podem entrar ou sair à vontade.

Essa situação revela-se como uma crise latente. O mal-estar causado pela segregação dos estranhos transforma-se na doença crônica de poucos privilegiados em relação àqueles que não foram convidados para o banquete do consumo. Daí que a próxima

³⁰Rememore-se que, no Brasil, o direito de votar (capacidade eleitoral ativa) é assegurado aos analfabetos, mas o seu exercício é facultativo, conforme prescrição contida no art. 14, § 1º, inciso II, alínea “a” da Constituição Brasileira de 1988. Já o direito de ser votado (capacidade eleitoral passiva) é expressamente vedado aos analfabetos, consoante se observa do art. 14, § 4º da Constituição Brasileira de 1988.

etapa é o desforço imediato dos estranhos para adentrar no salão de jantar, o que obviamente implica a repressão criminal. Mas a criminalização ascendente conduz à transformação dos custos na manutenção de direitos sociais³¹ (profundamente criticado pelos “consumidores-não-contribuintes”) em custos para a manutenção da segurança³² e da ordem.³³ É claramente perceptível o aumento dos gastos do Estado no aparato policial e na edificação de prisões para recepção de uma população carcerária crescente.

Aliado a esta situação interna, os Estados tem despendido vultosas somas para o financiamento de órgãos anti-imigração ou da “guerra contra o terror”, preservando-se a sociedade nacional contra o inimigo externo oculto. O capitalismo financeiro aliado à globalização produziu os estranhos da sociedade internacional: indivíduos integrados a Estados em desenvolvimento ou subdesenvolvidos (o mal afamado terceiro mundo), subjugados pela cultura ocidental ou barrados no baile da promessa cultural euro-americana de bem-estar e do *self-made man*.³⁴

³¹O Centro Regional de Informação da Organização das Nações Unidas – UNRIC divulgou estudo com a informação de que a o mundo despende 17% da sua riqueza com a proteção social, mas essas despesas atingem 19% no mundo desenvolvido e apenas 4% a 4,5%, nos países em desenvolvimento. No Brasil, por exemplo, o programa de segurança social "Bolsa Família" demandou um custo de 0,5% do PIB em 2012. Cf. ONU pede sistemas sociais destinados a proteger os pobres dizendo que apenas custaria uma pequena parcela da riqueza nacional. **UNRIC**, Bruxelas, 14 fev. 2012. Disponível em: < <http://www.unric.org/pt/actualidade/30569-onu-pede-sistemas-sociais-destinados-a-protger-os-pobres-dizendo-que- apenas-custariam-uma-pequena-parcela-da-riqueza-nacional#maincontent>>. Acesso em: 31 dez. 2012.

³²As despesas com segurança pública no Brasil totalizaram mais de 51,5 bilhões de reais em 2011, um crescimento de 14% em relação ao ano anterior. Cf. MARTINS, Rodrigo. Um poço sem fundo. **Carta Capital**, São Paulo, 06 nov. 2012. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/um-poco-sem-fundo>>. Acesso em 31 dez. 2012. Nos EUA, o relatório do Ministério da Justiça indica uma despesa total de 48,5 bilhões de dólares com o sistema correcional. Este total compreende despesas de supervisão comunitária, confinamento e reabilitação de jovens e adultos condenados, além daqueles que se encontram presos cautelarmente enquanto aguardam julgamento. Adicionalmente, esse valor financia os custos operacionais do sistema prisional (manutenção e quadro de pessoal), inclusive escritórios para averiguação sobre o cumprimento de medidas alternativas e liberdade condicional, administração penitenciária e transferências intergovernamentais. Cf. STATE Corrections Expenditures: FY 1982-2010. **U.S. Department of Justice**, Washington D.C., Dez. 2012. Disponível em: < <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/scefy8210.pdf>>. Acesso em: 31 dez. 2012.

³³De acordo com dados do Instituto Internacional de Pesquisa da Paz de Estocolmo – SIPRI, o mundo gastou 1,6 trilhões de dólares com fins militares em 2011. O Brasil gastou 1,5% de seu orçamento em despesas militares, o que representa 35,4 bilhões de dólares. Os Estados Unidos despenderam o correspondente a 711 bilhões de dólares, o que significa 4,7% de seu produto interno bruto. Cf. MILITARY expenditure. **Stockholm International Peace Research Institute**, Estocolmo, 17 abr. 2012. Disponível em: < <http://www.sipri.org/research/armaments/milex/sipri-factsheet-on-military-expenditure-2011.pdf>>. Acesso em: 31 dez. 2012.

³⁴Essa perspectiva é compartilhada por Slavoj Zizek (2011): “Após décadas de fé no estado de bem-estar social, quando cortes financeiros eram vendidos como temporários, e sustentados por uma promessa de que as coisas logo voltariam ao normal, estamos entrando numa época em que a crise – ou melhor, uma espécie de estado econômico de emergência, com sua necessidade de atendimento para todo tipo de medida de austeridade (cortando benefícios, diminuindo serviços de saúde e de educação, tornando os empregos mais temporários) – é permanente. A crise está se transformando num estilo de vida. Depois da desintegração dos regimes comunistas, em 1990, entramos numa nova era na qual predomina a administração despolitizada de especialistas e a coordenação de interesses como exercício do poder de estado. O único meio de introduzir paixão nesse tipo de política, o único meio de ativamente mobilizar o povo, é através do medo: o medo dos

Portanto, a justificativa para o argumento do corte de despesas passa ao largo da crise fiscal decorrente das políticas do Estado social. Consta-se, na atualidade, que a crise generalizada advém da imputação de responsabilidade ao indivíduo na construção de sua própria individualidade. Suprimiram-se os instrumentos coletivos de instrução ou apoio durante a contínua trajetória individual para a obtenção dos objetivos propostos e, assim, há um sentimento de possibilidade do erro e, conseqüentemente, a incerteza da escolha.³⁵

O ato de escolha revela-se, assim, tema de fundamental importância na atualidade. Apesar da consciência da liberdade de escolha, as decisões são reflexos de um sistema de poder (BECK, GIDDENS, LASH, 1997). Efetivamente, os detentores do poder, geralmente indivíduos dotados de conhecimento técnico-especializado (a elite retratada por José Murilo de Carvalho),³⁶ balizam as decisões individuais mediante uma prévia decisão padronizadora.³⁷ E essa decisão tem a função de retirar o fardo individual da responsabilidade pelas opções adotadas.

Mas, a todo instante, a sociedade vende a seus indivíduos a ideia de que as escolhas existem, são parte da vida do consumidor-contribuinte: a definição do vestuário, o roteiro da

imigrantes, o medo do crime, o medo da depravação sexual atea, o medo do Estado excessivo (com sua alta carga tributária e natureza controladora), o medo da catástrofe ecológica, assim como o medo do assédio (o politicamente correto é a forma liberal exemplar da política do medo). Uma política assim se sustenta sobre a manipulação de uma multidão paranoica – a assustadora correria de homens e mulheres amedrontados. Eis porque o grande evento da primeira década do novo milênio se deu quando a política anti-imigração entrou para a prática corrente e cortou enfim o cordão umbilical que a conectava com os partidos da extrema direita”.

³⁵“Resumidamente, a ‘individualização’ consiste em transformar a ‘identidade’ humana de um ‘dado’ em uma ‘tarefa’ e encarregar os atores da responsabilidade de realizar essa tarefa e das conseqüências (assim como dos efeitos colaterais) de sua realização. Em outras palavras, consiste no estabelecimento de uma autonomia *de jure* (independentemente de a autonomia *de facto* também ter sido estabelecida). [...] A modernidade substituiu a determinação heterogênea da posição social pela autodeterminação compulsiva e obrigatória” (BAUMAN, 2001, p. 40/41).

³⁶Cf. CARVALHO, J., 2011.

³⁷Exemplo claro dessa perspectiva foi o referendo relativo à vigência do art. 35 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. O escrutínio foi realizado em 2005 e antecedido por campanhas financiadas por grupos de interesse na manutenção do comércio interno de armas ou a sua supressão. O financiamento das campanhas foi regulamentado pela Resolução nº 22.041, de 04 de agosto de 2005, admitindo-se a doação de recursos por pessoas físicas e jurídicas. Não houve o financiamento público das campanhas de esclarecimento da população acerca das perspectivas da frente parlamentar pró-desarmamento e contra o desarmamento. Interessante notar que, conforme dados do Tribunal Superior Eleitoral, a Frente Parlamentar “Pelo Direito da Legítima Defesa”, desfavorável à abolição do comércio de armas, arrecadou o valor total de R\$ 5.726.491,95 (cinco milhões setecentos e vinte e seis mil quatrocentos e noventa um reais e noventa e cinco centavos), integrado por vultosas doações de grupos de interesse. Já a Frente Parlamentar “Por um Brasil sem Armas”, favorável à supressão do comércio de armas de fogo, ameculhou a quantia de R\$ 2.287.311,00 (dois milhões duzentos e oitenta e sete mil trezentos e onze reais). A diferença nos valores do financiamento é significativa, alcançado uma quantia superior a 100% favorável à Frente Parlamentar “Pelo Direito da Legítima Defesa”. Obviamente a capacidade de financiamento superior, elevou o nível de produção das peças publicitárias e da divulgação, proporcionando uma diferença de 27% em número de votos à manutenção do comércio interno de armas de fogo. Para acesso aos dados do Tribunal Superior Eleitoral, cf. <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-2005>>. Em relação à análise do processo eleitoral e o resultado do referendo, cf. <<http://www.soudapaz.org/Portals/0/Downloads/An%C3%A1lise%20do%20Resultado%20do%20Referendo%20Popular.pdf>>. Sobre o sistema de financiamento aprovado pelo Tribunal Superior Eleitoral, cf. <http://www.conjur.com.br/2005-ago-25/regras_campanha_desequilibram_referendo>.

viagem de férias, a matrícula dos filhos na escola, a compra do carro novo, a definição dos serviços a serem prestados pelo Estado, o parâmetro máximo de carga tributária. O que não é objeto de divulgação são os limites para o exercício da liberdade de opção. Esses limites são de duas ordens: a primeira, consistente no exercício de escolhas factíveis, isto é, a capacidade financeira inerente ao exercício da liberdade de escolha; a segunda consiste na fixação de padrões de consumo de massa, seja no âmbito privado, propagandeados pelos meios de comunicação, de modo a conduzirem os indivíduos ao paraíso dos bens de prazo fixo e periodicamente renováveis, seja na esfera pública, mediante a ilusão sobre a capacidade ilimitada do Estado prestacional.³⁸ Zygmunt Bauman (2001, p. 103/104) corrobora essa percepção, enunciando que:

A vida de quem escolhe será sempre uma bênção mista, porém, mesmo se (ou talvez porque) a gama de escolhas for ampla e o volume das experiências possíveis parecer infinito. Essa vida está assolada pelos riscos: a incerteza está destinada a ser para sempre a desagradável mosca na sopa da livre escolha. Além disso, (e a adição é importante) o equilíbrio entre a alegria e a tristeza do viciado depende de fatores outros que a mera gama de escolhas à disposição. Nem todas elas são realistas; e a proporção de escolhas realistas não é função do número de itens à disposição, mas do volume de recursos à disposição de quem escolhe.

A realidade demonstra que as exigências de ordem e pureza conduziram à exacerbação da individualidade na perseguição do prazer. Desta forma, é fundamental o resgate do equilíbrio entre as premissas anteriormente analisadas da pureza, ordem e justiça

³⁸Seguindo a concepção de Peter Häberle (2002, p. 172, tradução nossa), “o Estado prestacional pode ser dotado de meios em respeito ao princípio de prestações; pode igualmente administrá-los e distribuí-los incorrendo às vezes em conflitos com direitos fundamentais, mas também pode fazer efetivos estes direitos básicos independentemente da aplicação do princípio de prestações, toda vez que a posição entre os direitos fundamentais e o Estado prestacional é, por si, ambivalente, isto é, que, por uma parte, é o Estado prestacional aquele que pratica uma política social orientada a garantir os supracitados direitos como tarefa própria do Estado constitucional fundamentando-os e inserindo-os na vida social como um todo, enquanto que, por outra, de fato cria zonas de risco e perigo para com esses [direitos], tanto mais quanto que apenas se hajam previsto garantias suficientes a esse respeito. Finalmente, é ainda responsável pelos perigos decorrentes da sociedade tecnológica de alto nível e alto risco que nos circunda, uma sociedade que exige prestações e ritmo de trabalho e produtivo não somente eliminadoras de liberdades, senão desumanas por si só, ao menos em parte, sobretudo se contemplamos que muitas de suas tarefas em especial são, simultaneamente, também tarefas próprias do Estado e da sociedade de prestações”. No original: “El Estado prestacional puede dotar-se de medios respetando el principio de prestaciones; puede igualmente administrar-los y distribuir-los incurriendo a veces en conflictos con los derechos fundamentales, pero también puede hacer efectivos estos derechos básicos independentemente de la aplicación del principio de prestaciones, todas vez que la posición entre los derechos fundamentales y el Estado prestacional es de por sí ‘ambivalente’, es decir, que, por una parte, es el Estado prestacional el que practica una política social orientada a garantizar los susodichos derechos como tarea propia del Estado constitucional fomentando-los e insertando-los en la vida social como un todo, mientras que, por otra, de hecho crea zonas de riesgo y peligro para con éstos, tanto más cuanto que apenas se han previsto garantías suficientes al respecto. Finalmente, es incluso responsable de los peligros dimanantes de la sociedad tecnológica de alto nivel y alto riesgo que nos circunda, una sociedad que exige prestaciones y cadencias laborales y productiva no sólo eliminadoras de libertades, sino inhumanas de por sí, al menos en parte, sobre todo si contemplamos que muchas de sus tareas en especial son, simultáneamente, también tareas propias del Estado y de la sociedad de prestaciones”.

no âmbito da civilização. Esse equilíbrio demanda uma ética da solidariedade e perpassa pela autolimitação da liberdade individual, o reconhecimento da alteridade e a responsabilidade pelo outro. José Fernando de Castro Farias (2004, p.102/103), ressalta que a solidariedade é uma síntese dialética entre a estatização e autonomização social para afastar a lógica da exclusão e, assim, propiciar a integração social.

Desta forma, a abordagem de uma ética da solidariedade pressupõe um processo de revisão e aprimoramento da justiça e da própria sociedade. Nesse sentido, “o discurso de solidariedade preconizava uma política nova em que a dinâmica do reforço do Estado não era dissociada da emancipação da sociedade civil” e, deste modo, “a reconstrução da solidariedade só pode ser feita se adotarmos um pensamento complexo” (FARIAS, 2004, p. 103/105).

Esse processo de revisitação da justiça, sob a perspectiva de um pensamento complexo, é necessariamente reativo. Isto é, seguindo a linha de entendimento de Zygmunt Bauman (1998, p. 75), a injustiça é “a noção primária da ética popular”, de modo que o aprimoramento da justiça passa pela identificação da injustiça e, a partir de então, a implementação de medidas que extirpem a situação reputada pela consciência popular como injusta.³⁹ Por isso que, “a justiça significa constante revisão de justiça, expectativa de uma melhor justiça” (BAUMAN, 1998, p. 66).

Chega-se, portanto, à profilaxia do mal-estar que se transmutou numa doença crônica: a obsessão pelo valor da liberdade e de uma concepção atomista do homem, ambas limitadoras de uma preocupação com o bem comum.⁴⁰ Esse desiderato encontra-se muito bem pontuado por Michael Sandel (2011, p. 325):

³⁹Na Índia, estatísticas oficiais indicam a ocorrência de um estupro a cada 20 minutos. Em virtude de uma crença social arraigada numa tradição patriarcal, a violência feminina não é objeto de políticas públicas consistentes de repressão. Entretanto, em 16 de dezembro de 2012, o estupro brutal de uma estudante de 23 anos, que posteriormente veio a falecer, proporcionou uma atenção da comunidade sobre a situação vivenciada pelas mulheres. A flagrante percepção de injustiça produziu a revisão dos limites da tradição naquela sociedade, ensejando protestos populares, medidas penais enérgicas e adoção de políticas públicas para contenção da violência. Acerca desse tema, cf. <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/12/121219_india_estupro_onibus_rw.shtml>.

⁴⁰A definição do bem-comum é fundamentalmente mutável e contingente. O bem-comum pode designar a plena garantia e satisfação de um rol de direitos fundamentais elencados numa carta constituinte da associação política. É uma definição objetiva. O bem-comum pode referir-se à satisfação individual por suas condições de vida, indicando a obtenção da felicidade pessoal. Aqui, teríamos uma perspectiva subjetiva. De todo modo, o bem-comum pressupõe a efetiva garantia de padrões mínimos de existência numa comunidade, exigindo, por conseguinte, a satisfação pelo Estado de um conjunto de necessidades públicas previamente deliberadas. A persecução de padrões superiores àqueles inserem-se no âmbito de uma expectativa individual de felicidade e, portanto, sujeitam-se à responsabilidade individual de sua concretização, decorrente da liberdade assegurada comunitariamente.

Se uma sociedade justa requer um forte sentimento de comunidade, ela precisa encontrar uma forma de inculcar nos cidadãos uma preocupação com o todo, uma dedicação ao bem comum. Ela não pode ser indiferente às atitudes e disposições, aos ‘hábitos do coração’ que os cidadãos levam para a vida pública, mas precisa encontrar meios de se afastar das noções de boa vida puramente egoístas e cultivar a virtude cívica.

Nesse sentido, a avaliação dos problemas sociais como intrínsecos à comunidade e não como efeitos colaterais de uma “autodeterminação individual compulsória”, nos conduzem à avaliação do Estado como o instrumento para a concretização da premissa da justiça. De fato, o Estado é a ferramenta tecnológica mais avançada produzida pelo conhecimento humano, apesar de que ela não pode ser fabricada “sem ferro”, o que demanda o respectivo monopólio do poder e da coação (WALZEL, 2011, p.90). Assim, os instrumentos tributários apresentam-se como elementos legitimadores para a concretização desse objetivo. Essa é a perspectiva que permeia o presente trabalho.

1.1.2 MODERNIDADE E MODERNISMOS: AS BASES FILOSÓFICAS DA PÓS-MODERNIDADE

Sob a epígrafe da crise, os diversos setores do conhecimento têm se defrontado com um rol de palavras que procuram sintetizar a *status* pós-moderno:⁴¹ complexidade, ambiguidade, incerteza, pluralismo e relatividade (BAUMAN, 1998, 2001; BITTAR, 2009; BECK, GIDDENS, LASH, 1997; BECK, 1998; FARIAS, 2004; HESPANHA, 2005; SANTOS, 2000; TARNAS, 2001; WOLKMER, 2001; HARVEY, 2009; BERMAN, 1987). São tentativas de qualificação de uma nova consciência sobre o indivíduo, a sociedade, o Estado e o direito que não pode ser facilmente definida. Há a impressão de que uma ruptura está para ocorrer, mas não há qualquer certeza sobre o momento de sua concretização, tornando essa circunstância um agravante para a formação de uma nova consciência de mundo pelo homem.

⁴¹ Simbolicamente, o marco da pós-modernidade é representado pelo lançamento da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki, fato ocorrido em 06 de agosto e 09 de agosto de 1945. Nesse momento, a humanidade percebeu que os avanços da ciência não se destinavam ao progresso e a emancipação do homem, mas, apenas à satisfação de desejos de poder e hegemonia mundial. No período de 1914 a 1945, a humanidade se defrontou com “o monstro da guerra total” (HOBBSBAWM, 1996, p. 51), embalada por avanços tecnológicos e técnicos nunca antes apresentados aos olhos da população global. O desenvolvimento tecnológico proporcionado pela ciência tornou a guerra impessoal. Não se tinha mais a percepção sensorial do sofrimento humano, criando, assim, uma multiplicidade de vítimas invisíveis. O cogumelo atômico agora era a pictografia da exterminação humana em massa. Na síntese de Hobsbawm (1996, p. 58), “a catástrofe humana desencadeada pela Segunda Guerra Mundial é quase certamente a maior na história humana. O aspecto menos importante dessa catástrofe é que a humanidade aprendeu a viver num mundo em que a matança, a tortura e o exílio em massa se tornaram experiências do dia-a-dia que não mais notamos”.

A crise epistemológica da modernidade é uma certeza,⁴² mas a saída para esta situação encontra-se, ainda, em estágio seminal.⁴³ A ruptura ou a alteração do paradigma moderno⁴⁴ é pautada pela relatividade do conhecimento humano e pela pluralidade de perspectivas teóricas: “pragmatismo, existencialismo, marxismo, feminismo, hermenêutica, desconstrução e a filosofia pós-empirista da ciência” (TARNAS, 2001, p. 422). Desta forma, a ciência atual se vê confrontada com a validade dos arquétipos universais da modernidade,⁴⁵ que se constituíam sólidas premissas para a produção do conhecimento.

De fato, a adoção da dúvida sistemática como critério metodológico para a produção do conhecimento científico gerou uma lógica mecanicista (vinculação a leis universais e imutáveis) e objetivista (desconsideração total aos limites do conhecimento empírico e da subjetividade de um processo hermenêutico).⁴⁶ O método científico moderno

⁴²Segundo André Lalande (1999, p.313), a epistemologia “é essencialmente o estudo crítico dos princípios, das hipóteses e dos resultados das diversas ciências, destinado a determinar a sua origem lógica (não psicológica), o seu valor e a sua importância objetiva”.

⁴³Boaventura Sousa Santos (1989, p.17/18), ao analisar o relacionamento entre a reflexão epistemológica e a crise da ciência afirma existir duas hipóteses de crise: a crise de crescimento e a crise de degenerescência. Segundo o autor, a crise de crescimento relaciona-se com a matriz disciplinar de determinado setor do conhecimento científico, ou seja, “revelam-se na insatisfação perante métodos ou conceitos básicos até então usados sem qualquer contestação na disciplina, insatisfação que, aliás, decorre da existência, ainda que por vezes apenas pressentida, de alternativas viáveis”. Em contrapartida, a crise de degenerescência, são crises paradigmáticas, isto é, consiste num estado crítico generalizado que envolve todos os setores do conhecimento científico, ainda que de forma diferenciada. Assim, nesta espécie de crise, “a reflexão epistemológica é a consciência teórica da precariedade das construções assentes no paradigma em crise e, por isso, tende a ser enviesada no sentido de considerar o conhecimento científico como uma prática de saber entre outras, e não necessariamente a melhor”. Desta forma, a ruptura provocada pela crise de degenerescência significa uma perspectiva crítica da epistemologia adotada durante os períodos de crise de crescimento.

⁴⁴O termo paradigma adquiriu *status* na teoria epistemológica e na filosofia da ciência a partir da obra de Thomas Kuhn, denominada *A Estrutura das Revoluções Científicas* (2003). Kuhn apresenta sua teoria a partir de uma perspectiva histórica da ciência, cuja premissa fundamental é a cumulatividade do conhecimento científico baseado em acertos e também nos diversos erros cometidos. A partir dessa metodologia, Kuhn (2003, p. 30) avalia duas premissas fundamentais para a construção de um paradigma: a inovação científica capaz de atrair a confiança e a adesão de partidários à tese; a abertura do conhecimento inovador ao respectivo aprimoramento, ou desenvolvimento para a construção de novos conhecimentos dele derivados. Daí a importância do estudo dos paradigmas, pois “prepara basicamente o estudante para ser membro da comunidade científica na qual atuará mais tarde”. Desta forma, os paradigmas são modelos racionais bem sucedidos, isto é, tornam-se aceitos pela comunidade científica como verdade para a elucidação de determinado problema ou conjunto de problemas. Todavia, os paradigmas são fadados a serem substituídos ou descartados por outros modelos racionais. Disse decorre o conceito kuhniano de crise, que está ancorado necessariamente na erupção de um novo paradigma. Uma anomalia propicia a correção e aprimoramento do paradigma vigente; já a crise é um sintoma a respeito do desgaste e da inadaptabilidade do paradigma a ser superado. Portanto, “o significado das crises consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos” (KUHN, 2003, p.105).

⁴⁵Em BITTAR (2009, p. 43), os arquétipos da modernidade representam a formação histórica do *modus vivendi* moderno e são representados pelas categorias ideais do sujeito-do-conhecimento, cidadania constitucional, democracia representativa, direitos humanos, organização estatal repressivo-burocrática, progresso técnico-científico. Neste sentido, “trata-se de um ideário que vê na história um processo linear em direção à racionalização, à capitalização, à estruturação do Estado, ao progresso, à centralização do poder”.

⁴⁶Nessa perspectiva, não se pode dizer que o mundo possui quaisquer aspectos a princípio anteriores à interpretação. O mundo não existe como coisa em si, independente da interpretação; ao contrário, ele somente passa a existir nas interpretações e através delas. O sujeito do conhecimento já está materializado no objeto do

deve partir de categorias simples e pautadas por um amplo processo de observação e, desta forma, justificação empírica, utilizando-se de um raciocínio matemático. Objetiva-se a redução da complexidade para a produção de um conhecimento totalizante.

As dificuldades para a determinação de um paradigma da pós-modernidade demonstra a existência de uma fase transicional. Essa perspectiva é retratada por diversos autores. António Manuel Hespanha (2005, p. 486) assevera que “o pós-modernismo representa, em geral, uma reacção contra as tendências generalizadoras e racionalizadoras da modernidade”. Boaventura Sousa Santos (2001, p. 49) ressalta a existência de uma transição paradigmática e, deste modo, “como todas as transições são simultaneamente semi-invisíveis e semicegas, é impossível nomear com exatidão a situação actual”. Eric Hobsbawm (1996, p. 499) pontifica que “todos os pós-modernismos tinham em comum um ceticismo essencial sobre a existência de uma realidade objetiva, e/ou a possibilidade de chegar a uma compreensão aceita dessa realidade por meios racionais”.

A ausência de certezas, as bases fluídas pelas quais tem se amparado a modernidade, corrobora a perspectiva de Thomas Kuhn (2003) acerca das circunstâncias características de uma transição paradigmática. Nesse sentido, é preciso avaliar se as circunstâncias transicionais revelam a existência de uma anomalia no paradigma da modernidade, ou se efetivamente há um processo revolucionário capaz de propiciar uma alteração do paradigma existente. Em relação ao processo de alteração de paradigmas, é fundamental ter consciência de que o estabelecimento de parâmetros epistemológicos tem a finalidade de resolver determinados “quebra-cabeças”, isto é, enigmas ainda não elucidados e que geram interesse de uma comunidade na sua resolução.

O surgimento de anomalias decorrentes do processo evolutivo natural do conhecimento não significa, por si só, a substituição do paradigma vigente. Isto porque a mutação paradigmática exige a simultaneidade e, por conseguinte, a comparabilidade e o confronto entre o paradigma dominante e o paradigma nascente. Ademais, a emergência de um novo paradigma apenas ocorrerá a partir do momento em que o paradigma dominante tornar-se ineficaz na solução de novos enigmas surgidos da evolução natural do conhecimento humano. Efetivamente, o paradigma dominante se sustenta pela utilização eficiente dos parâmetros epistemológicos com vistas à resolução da anomalia constatada.

conhecimento: a mente humana jamais está fora do mundo, julgando-o por um ponto de observação externo. Todo objeto do conhecimento já é parte de um contexto previamente interpretado; além desse contexto só existem outros contextos previamente interpretados. Todo o conhecimento humano é mediado por signos e símbolos de proveniência incerta, constituídos por predisposições histórica e culturalmente variáveis e influenciados por interesses humanos muitas vezes inconscientes” (TARNAS, 2001, p. 424).

Desta forma, empreende-se a construção de uma nova resposta ao problema, impedindo o mau agouro da crise.

Somente um estado latente de crise paradigmática é que viabiliza a irrupção do novo paradigma, propiciando o aparecimento do estágio revolucionário. A crise é um estado de incerteza já instalado; a dúvida é o estopim para a persecução de novos parâmetros epistemológicos por parte de uma comunidade. No entanto, a adoção do paradigma nascente perpassa por um processo dialético entre seus defensores e aqueles partidários do paradigma dominante, embate este que se concretiza mediante a persuasão dos grupos em oposição.

O convencimento sobre a prevalência do novo paradigma exige necessariamente um período de maturação, coincidente com o desenvolvimento de seus pressupostos mediante uma verificação sistemática, o que torna os períodos de crise mais ou menos prolongados. Findo esse processo de transição paradigmática, os valores, crenças e regras do paradigma emergente passam a ser compartilhados por todos os membros de uma comunidade determinada, encerrando o período de crise latente.

A hesitação que acomete a todos os teóricos da atualidade é se efetivamente estamos vivenciando um período de crise indicativa de uma revolução paradigmática ou não. Thomas Kuhn apresenta alguns parâmetros para a elucidação dessa dúvida (2003, p. 116):

A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações. Durante o período de transição haverá uma grande coincidência (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo antigo paradigma e os que podem ser resolvidos no tocante aos modos de solucionar os problemas. Completada a transição, os cientistas terão modificado a sua concepção da área de estudos, de seus métodos e de seus objetivos.

Aspecto relevante da teorização de Thomas Kuhn (2003) sobre as revoluções científicas, e que pode ser aplicado analogicamente às revoluções sócio-políticas, é a percepção de que durante a transição paradigmática pode ocorrer a coexistência de diferentes paradigmas no âmbito de uma comunidade. Isto ocorre porque os paradigmas representam um conjunto de crenças, valores e regras, de modo que um grupo de pessoas pode manter-se fiel ao paradigma dominante e outro grupo de pessoas imediatamente filiar-se ao paradigma emergente.

Acrescente-se que a convivência entre paradigmas pode decorrer também da ausência de consenso em relação às soluções propostas pelo paradigma revolucionário, ou até mesmo pela incapacidade desse novo paradigma em oferecer respostas aos novos

enigmas. Desta forma, essa fase de indefinição tende a contribuir para a manutenção de uma constelação de valores pré-revolucionários e pós-revolucionários no âmbito comunitário. Tendo em vista a importância desta observação na linha de raciocínio do presente estudo, torna-se fundamental a leitura do seguinte excerto da obra de Thomas Kuhn (2003, p. 190):

A competição entre paradigmas não é o tipo de batalha que possa ser resolvido por meio de provas. Já vimos várias razões pelas quais os proponentes de paradigmas competidores fracassam necessariamente na tentativa de estabelecer um contato completo entre seus pontos de vista divergentes. Coletivamente essas razões foram descritas como a incomensurabilidade das tradições científicas normais, pré e pós-revolucionárias; neste ponto precisamos apenas recapitulá-la brevemente. Em primeiro lugar, os proponentes de paradigmas competidores discordam seguidamente quanto à lista de problemas que qualquer candidato a paradigma deve resolver. Seus padrões científicos ou suas definições de ciência não são os mesmos. [...] Entretanto, algo mais do que a incomensurabilidade dos paradigmas científicos está envolvido aqui. Dado que os novos paradigmas nascem dos antigos, incorporam comumente grande parte do vocabulário e dos aparatos, tanto conceituais como de manipulação, que o paradigma tradicional já empregara. Mas raramente utilizam esses elementos emprestados de uma maneira tradicional. Dentro do novo paradigma, termos, conceitos e experiências antigos estabelecem novas relações entre si. O resultado inevitável é o que devemos chamar, embora o termo não seja bem preciso, de um mal-entendido entre as duas escolas competidoras. É por isso, igualmente, que antes de poder esperar o estabelecimento de uma comunicação plena entre si, um dos grupos deve experimentar a conversão que estivemos chamando de alteração de paradigma. Precisamente por tratar-se de uma transição entre incomensuráveis, a transição entre paradigmas em competição não pode ser feita passo a passo, por imposição da lógica e de experiências neutras. Tal como a mudança da forma (*Gestalt*) visual, a transição deve ocorrer subitamente (embora não necessariamente num instante) ou então não ocorre jamais. [...] A transferência de adesão de um paradigma a outro é uma experiência de conversão que não pode ser forçada.

De fato, a pré-modernidade, a modernidade e a pós-modernidade são modos experimentais do espaço-tempo, categorias fundamentais da existência humana. David Harvey (2009, p. 189) demonstra a inexistência de um sentido unívoco e objetivo de tempo e de espaço, defluindo também a impossibilidade de aferição da multiplicidade de percepções sensoriais e concepções humanas.

Não existem garantias de que estamos todos vivenciando o pós-moderno ou o moderno, pois a relatividade do espaço-tempo não nos assegura a continuidade histórica de um paradigma na esfera individual. As práticas sociais não são determinadas por formas idealizadas de cosmovisão, pois a realidade é essencialmente complexa, cambiável e pluralista, evadindo-se a qualquer esquema fixo de representação.

A categorização anteriormente empreendida entre as esferas do cidadão consumidor e contribuinte demonstra que a sociedade brasileira convive cotidianamente com situações de pré-modernidade (trabalho escravo de bolivianos e nordestinos; fome e desnutrição no polígono das secas; ausência de condições sanitárias básicas nas favelas), modernidade

(sufrágio universal, garantias de acesso à justiça, previsão de direitos sociais) e pós-modernidade (incremento dos processos democráticos e defesa de direitos transgeracionais).

Desta forma, muito além da hegemonia paradigmática, a teorização sobre a realidade brasileira deverá atentar à multiplicidade dos aspectos culturais a ela subjacentes, afastando-se da superficialidade discursiva sobre o predomínio de um ou outro paradigma sócio-cultural. Nesse sentido, Harvey (2009, p. 190) pontua que:

Sob a superfície das ideias do senso comum e aparentemente ‘naturais’ acerca do tempo e do espaço, ocultam-se territórios de ambiguidade, de contradição e de luta. Os conflitos surgem não apenas de apreciações subjetivas admitidamente diversas, mas porque diferentes qualidades materiais objetivas do tempo e do espaço são consideradas relevantes para a vida social em diferentes situações. Importantes batalhas também ocorrem nos domínios da teoria, bem como da prática, científica, social e estética. O modo como representamos o espaço e o tempo na teoria importa, visto afetar a maneira como nós e os outros interpretamos e depois agimos em relação ao mundo.

A possibilidade de que anomalias sejam resolvidas no âmbito do paradigma dominante, bem como a necessária coexistência de paradigmas para a efetivação de uma revolução epistemológica, propicia inegável incerteza sobre os valores e crenças componentes do paradigma pós-moderno. É exatamente esta circunstância que enseja o dissenso em relação ao uso do termo “pós-moderno” (BITTAR, 2009, p. 104).

De fato, o que se vê atualmente é uma profusão de “modernismos”, consistente em tentativas de caracterização do estado de crise e a situação transitiva vivenciada pela modernidade. Sem querer esgotar as diversas perspectivas teóricas, pode-se citar a título de exemplo a proposta de Ulrich Beck (1997, 1998), que sustenta a existência de uma “modernidade reflexiva”⁴⁷; Zygmunt Bauman (1998, 2001), defensor da ideia de “modernidade líquida”⁴⁸, apesar de também utilizar o termo pós-modernidade; “alta

⁴⁷“Se, no fundo, a modernização simples (ou ortodoxa) significava primeiro a desincorporação e, segundo, a reincorporação das formas sociais tradicionais pelas formas sociais industriais, então a modernização reflexiva significa primeiro a desincorporação e, segundo, a reincorporação das formas sociais industriais por outra modernidade. Assim, em virtude do seu inerente dinamismo, a sociedade moderna está acabando com suas formações de classe, camadas sociais, ocupação, papéis dos sexos, família nuclear, agricultura, setores empresariais e, é claro, também com os pré-requisitos e as formas contínuas do progresso técnico-econômico. Este novo estágio, em que o progresso pode se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o modifica, é o que eu chamo de etapa da modernização reflexiva” (BECK, GIDDES, LASH, 1997, p. 12).

⁴⁸“A tarefa de construir uma ordem nova e melhor para substituir a velha ordem defeituosa não está hoje na agenda – pelo menos não na agenda daquele domínio em que se supõe que a ação política reside. O ‘derretimento dos sólidos’, traço permanente da modernidade, adquiriu, portanto, um novo sentido, e, mais que tudo, foi redirecionado a um novo alvo, e um dos principais efeitos desse redirecionamento foi a dissolução das forças que poderiam ter mantido a questão da ordem e do sistema na agenda política. Os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluída, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos de ações coletivas – os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de

modernidade”, para Lúcio Antônio Chamon Júnior (2005); “modernidade central” e “modernidade periférica” em Marcelo Neves (1994, 2007, 2008), “pós-modernidade de oposição”, em Boaventura Sousa Santos (2000), ou “transmodernidade”, no prelúdio de Luis Alberto Warat (1997).

Aliás, até as tentativas de agrupamento de estudiosos num dos dois paradigmas tem se revelado bastante difícil. Por exemplo, Charles Lemmert (2000, p. 65 APUD BITTAR, 2009, p. 132/133), estabelece os seguintes grupos:

1. O *pós-modernismo radical*, cujo principal enfoque residiria na sustentação da ideia de que a pós-modernidade irrompe com uma nova ordem de valores, afirmando-se sobre a modernidade, destacando-se, neste contexto, seus principais expoentes como sendo Michel Foucault, Jacques Derrida e Jacques Lacan;
2. O *modernismo radical*, corrente que nega a morte da modernidade, tendendo a dela extrair algum tipo de continuidade ou princípio unificador, destacando-se como principal expoente Jürgen Habermas, revitalizando à sua maneira os fundamentos iluministas da filosofia;
3. O *pós-modernismo estratégico*, tendência conciliadora das duas anteriores. Esta terceira via empreende um importante papel, com teóricos mistos, procurando dissolver os preconceitos com a modernidade, encaminhando o diálogo para a somatória de forças entre as duas primeiras épocas e suas ideologias.

Apesar das dificuldades inerentes a uma simplificação classificatória, especialmente para um tema prenhe de complexidade, a referida categorização demonstra claramente a existência de uma transição paradigmática nas ciências sociais. Existem dois grupos teóricos, dotados de concepções axiológicas distintas, que empreendem a persuasão dos demais membros da comunidade de intérpretes acerca da validade de suas crenças para determinada matriz disciplinar.⁴⁹ O grupo anteriormente denominado pós-modernismo radical empreende a defesa de um paradigma emergente, uma vez que o paradigma da modernidade não cumpriu as suas promessas de progresso infinito e bem-estar social, além de apresentar déficits insanáveis, o que é resultado da hegemonia absoluta da ciência como força produtiva e fundamento de eficiência e eficácia da ação social,⁵⁰ aliada à

coletividades humanas de outro. [...] O que está acontecendo hoje é, por assim dizer, uma redistribuição e realocação dos ‘poderes de derretimento’ da modernidade” (BAUMAN, 2001, p.12)

⁴⁹Para a finalidade do presente trabalho, adotamos o conceito de matriz disciplinar oferecido por Thomas Kuhn, em seu posfácio à obra *Estrutura das Revoluções Científicas* (2003, p. 228/229). Conforme esclarece esse autor, “para os nossos propósitos atuais, sugiro ‘matriz disciplinar’: ‘disciplinar porque se refere a uma posse comum aos praticantes de uma disciplina particular; ‘matriz’ porque é composta de elementos ordenados de várias espécies, cada um deles exigindo uma determinação pormenorizada. Todos ou quase todos os objetos de compromisso grupal que meu texto original designa de paradigmas, partes de paradigma ou paradigmáticos, constituem essa matriz disciplinar e como tais formam um todo, funcionando em conjunto”.

⁵⁰O conceito de ação social foi idealizado por Max Weber (2009a), constituindo-se a base de seu pensamento sociológico. Para ele, a ação social abrange todo ato positivo ou negativo (omissão ou tolerância) realizado por um indivíduo em orientação ao comportamento de outros, independentemente desse comportamento ter sido realizado no passado, presente ou futuro. Os ‘outros’ “podem ser indivíduos e conhecidos ou um multiplicidade indeterminada de pessoas completamente desconhecidas” (WEBER, 2009a, p. 14). Em Weber (2009a, p. 15), “a ação social, como toda ação, pode ser determinada: 1) *de modo racional referente a fins*: por

despolitização da vida social através do direito, construído sob as bases de uma moral subjetivista e de categorias formais purificadas (SANTOS, 1999, p. 51/52).

Já o grupo denominado modernismo radical mantém as crenças e valores da modernidade, promovendo-lhe a defesa, mas, a partir desse quadro axiológico, perseguem soluções para os novos “quebra-cabeças” que a evolução do conhecimento humano apresenta. Para os membros desse grupo, as críticas formalizadas pelos pós-modernistas representam anomalias, passíveis de serem solvidas no âmbito do paradigma dominante, e não proporcionam uma ruptura revolucionária. Deste modo, o paradigma moderno pautado pelos valores surgidos com o advento das revoluções cultural (Renascimento e Reforma), científica e políticas (Revolução Francesa) dos séculos XVII e XVIII não estaria ultrapassado.

O terceiro grupo, nominado pós-modernista estratégico, integra distintos estudiosos que não comungam das crenças e valores de nenhum dos outros grupos, pois transitam entre ambos os paradigmas. Seus membros aguardam ser persuadidos por soluções concretas apresentadas pelos pós-modernistas, a fim de se tornarem “exemplos compartilhados” e viabilizarem a hegemonia do paradigma pós-moderno (KUHN, 2003, 234/235).

Desta forma, conclui-se que o processo transicional anteriormente referido torna-se a causa para a alegada complexidade do momento histórico atual. A palavra complexidade geralmente é empregada para designar uma situação da qual não compreendemos imediatamente dada as circunstâncias e características que a permeiam. Complexo, por contraposição, designa algo que não apresenta uma solução simples, ou melhor, não permite uma explicação direta e imediata.

Refletindo sobre o estado de incerteza proporcionado por uma situação complexa, Edgar Morin (SCHINTMAN *et al.*, 1996, p. 274) sustenta que a complexidade surge do inter-relacionamento de uma pluralidade de ações, interações e retroações dificilmente aferíveis pelo conhecimento científico, além da coexistência de fenômenos aleatórios, que são indetermináveis por sua própria natureza. Desta forma, no que concerne à complexidade, existiriam dois elementos para sua constatação: um primeiro elemento empírico, concernente à dificuldade de demonstração das causas e respectivos efeitos dos fenômenos

expectativas quanto ao comportamento de objetos do mundo exterior e de outras pessoas, utilizando essas expectativas como ‘condições’ ou ‘meios’ para alcançar *fins* próprios, ponderados e perseguidos racionalmente, como sucesso; b) *de modo racional referente a valores*: pela crença consciente no valor – ético, estético, religioso ou qualquer que seja sua interpretação – absoluto e *inerente* a determinado comportamento como tal, independentemente do resultado; 3) *de modo afetivo*, especialmente *emocional*: por afetos ou estados emocionais atuais; 4) *de modo tradicional*: por costume arraigado”.

objeto de verificação; e um elemento lógico, consistente na existência de contradições internas à lógica dedutiva utilizada para a demonstração de um sistema de pensamento.

A complexidade do objeto cognoscível foi o centro das preocupações de Descartes quando da enunciação do método científico (2001), ensejando sua preocupação constante em relação à dúvida sistemática e ao parcelamento do objeto em questões simples, claras e sem contradições internas.⁵¹ Assim, conjugando a intuição⁵² e a dedução⁵³ como atos voltados à produção do conhecimento, Descartes (2001, p. 85) enuncia a regra de que o método científico consistiria na ordenação das questões analisadas, mediante a redução gradual das “proposições complicadas e obscuras a outras mais simples, e se depois, partindo da intuição das mais simples, tentar nos elevar pelos mesmos graus ao conhecimento de todas as outras”.

Entretanto, a excessiva fragmentação do objeto e a crescente especialização do conhecimento conduziu a ciência a uma desintegração da sociedade. O pensamento tornou-se disjuntivo e, portanto, redutor. Assim, para a dissolução da complexidade, a ciência moderna demanda a separação do objeto de seu ambiente e o isolamento do objeto em relação ao observador que o examina. A contradição torna-se evidente, pois na linha de raciocínio de Edgard Morin (SCHINTMAN *et al.*, 1996, p. 275):

Cada indivíduo numa sociedade é uma parte de um todo, que é a sociedade, mas esta intervém, desde o nascimento do indivíduo, com sua linguagem, suas normas, suas proibições, sua cultura, seu saber: outra vez, o todo está na parte. Com efeito, ‘tudo está em tudo e reciprocamente’. [...] E sem dúvida somos singulares, posto que o princípio ‘O todo está na parte’ não significa que a parte seja um reflexo puro e simples do todo. Cada parte conserva sua singularidade e sua individualidade, mas, de algum modo, contém o todo. [...] Queremos eliminar o problema da complexidade. Este é um obstáculo profundo, pois obedece à fixação a uma forma de pensamento que se impõe em nossa mente desde a infância, que se desenvolve na

⁵¹Essa observação decorre da seguinte passagem da obra de Descartes (2001, p. 85): “Eu, porém, consciente de minha fraqueza, determinei observar tenazmente na investigação do conhecimento das coisas numa tal ordem que, havendo começado sempre pelas coisas mais simples e fáceis, nunca passei a outras até que me parecesse que não ficava mais nada a desejar nas primeiras. Foi por isso que cultivei até agora, tanto quanto pude, esta matemática universal, de modo que penso que posso tratar, sem pressa prematura, de ciências um pouco mais elevadas”.

⁵²“Entendo por intuição, não o testemunho flutuante dos sentidos, nem o juízo enganador de uma imaginação de composições inadequadas, mas o conceito do espírito puro e atento, tão fácil e distinto, que não fique absolutamente dúvida alguma a respeito daquilo que compreendemos, ou o que é a mesma coisa, o conceito do espírito puro e atento, sem dúvida possível, que nasce apenas da luz da razão, e que, por ser mais simples, é mais certo que a mesma dedução, a qual, todavia, não pode ser malfeita pelo homem, conforme vimos acima” (DESCARTES, 2001, p. 79).

⁵³“Poder-se-á agora perguntar por que à intuição acrescentamos aqui outro modo de conhecer que tem o nome de dedução e pelo qual entendemos tudo aquilo que se segue necessariamente de outras coisas conhecidas com certeza. Mas assim se procede porque muitas coisas se conhecem com certeza, ainda que não sejam em si evidentes, contanto que sejam deduzidos de princípios verdadeiros e já conhecidos, por um movimento contínuo e ininterrupto do pensamento, que intui nitidamente cada coisa em particular” (DESCARTES, 2001, p. 79).

escola, na universidade e se incrusta na especialização; e o mundo dos *experts* e dos especialistas maneja cada vez mais nossas sociedades. Bem, há um problema grave, porque sabemos que os especialistas são excelentes para resolver os problemas que se propõem em sua especialidade com a condição de que não surjam interferências com fatores pertencentes a especialidades vizinhas e com a condição de que não se apresente nada novo nos problemas expostos. O problema é que, enquanto aparece uma novidade ou uma interferência, o *expert* se equivoca um pouco mais seguidamente que o *não-expert*. Daí que tenhamos chegado a menosprezar as ideias gerais, porque, como se diz, estão ‘no ar’, são ocas, não foram provadas. Mas os *experts* não podem prescindir delas; têm ideias gerais sobre a vida, sobre o mundo, sobre o amor, sobre as mulheres, sobre a política... Só que essas ideias gerais são as mais pobres das ideias gerais, já que nunca tentam repensá-las ou controlá-las. Não se pode viver sem ideias gerais, e refiro-me às que concernem à natureza do homem, da vida, da sociedade. [...] A ciência clássica desintegrou a sociedade; os estudos em parcelas, demográficos, econômicos, etc., desintegraram o problema global e inclusive o homem, posto que, definitivamente, podia considerar-se o homem como um objeto indigno do conhecimento especializado, quase uma ilusão. [...] O paradoxal é que essa ciência moderna, que tanto contribuiu para elucidar o cosmos, as estrelas, a bactéria e, enfim, tantas coisas, é completamente cega com respeito a si mesma e a seus poderes; já não sabemos para onde ela nos conduz.

Com Boaventura de Sousa Santos (2000, p. 68), pode-se afirmar que o modelo de racionalidade científica encontra-se ultrapassado. As evidências dessa percepção residem nas bases teóricas que demonstram a relatividade, a incerteza, a imprevisibilidade e a desordem no âmbito da física, química e biologia, além da inexistência do rigor matemático como critério conclusivo de medição empírica.⁵⁴ A verdade incontestável,⁵⁵ tão cara ao

⁵⁴Sobre a transformação da ciência no século XX e a descrença e desconfiança nos resultados obtidos, veja-se o seguinte excerto de Eric Hobsbawm (1995, p. 506): “O fato de que o século XX dependeu da ciência dificilmente precisa de prova. A ciência ‘avançada’, quer dizer, aquele conhecimento que não pode nem ser adquirido pela experiência diária, nem praticado ou mesmo compreendido sem muitos anos de escola, culminando numa formação de pós-graduação esotérica, tinha apenas uma gama relativamente estreita de aplicações práticas até o fim do século XIX. [...] Em suma, a tecnologia com base na ciência já se achava no âmago do mundo burguês do século XIX, embora as pessoas práticas não soubessem exatamente o que fazer com os triunfos da teoria científica, a não ser, nos casos adequados, transformá-las em ideologias: como o século XVIII fizera com Newton e o final do século XIX com Darwin. [...] Num determinado momento, no último terço do século, isso começou a mudar. [...] É o que ocorre quando o milênio chega ao seu final. Como vimos [...], a tecnologia com base em avançadas teoria e pesquisa científicas dominou o *boom* econômico da segunda metade do século XX, e não mais apenas no mundo desenvolvido. [...] O problema dessas tecnologias é que se baseavam em descobertas e teorias tão distantes do mundo do cidadão comum, mesmo dos países desenvolvidos mais sofisticados, que só algumas dezenas ou, no máximo, algumas centenas de pessoas no mundo podiam captar inicialmente que elas tinham implicações práticas. [...] Apesar disso, por mais esotéricas e incompreensíveis que fosse as inovações da ciência, assim que eram feitas se traduziam quase imediatamente em tecnologias práticas. [...] Devíamos esperar que as ideologias do século XX se regozijassem com os triunfos da ciência, que são os triunfos da mente humana, como fizeram as ideologias seculares do século XIX. [...] E no entanto, o século XX não se sentia à vontade com a ciência que fora a sua mais extraordinária realização, e da qual dependia. O progresso das ciências naturais se deu contra um fulgor, ao fundo, de desconfiança e medo, de vez em quando explodindo em chamadas de ódio e rejeição da razão e de todos os seus produtos. [...] A desconfiança e o medo da ciência eram alimentados por quatro sentimentos: o de que a ciência era incompreensível; o de que suas consequências tanto práticas quanto morais eram imprevisíveis e provavelmente catastróficas; o de que ela acentuava o desamparo do indivíduo, e solapava a autoridade. Tampouco devemos ignorar o sentimento de que, na medida em que a ciência interferia na ordem natural das coisas, era inerentemente perigosa”.

⁵⁵A verdade constitui uma representação de uma crença individual dotada da expectativa de aceitação por parte de outras pessoas. Desta forma, a crença que aspira ser verdadeira demanda uma aprovação consciente de terceiros, garantindo segurança e confiança no interlocutor para que este rejeite outros pontos de vista

pensamento moderno, tornou-se uma neblina, que esconde o abismo da diversidade e ambiguidade.

A busca pelo conhecimento se revela como um processo infundável de constante aprimoramento e revisão das teses afirmadas. O ato cognitivo está condicionado à realidade circundante, e esta realidade é intrinsecamente cambiante e fluída.⁵⁶ A metáfora do líquido em contraposição ao sólido retrata adequadamente a oposição entre a rigidez da ordem moderna e a flexibilidade e desregulamentação do período histórico atual (BAUMAN, 2001, p. 11). Para uma melhor compreensão dessa perspectiva epistemológica, com fundamento em Boaventura Sousa Santos, empreender-se-á uma exposição sucinta sobre a compreensão do paradigma moderno, a evolução dos modelos de racionalidade e a consolidação do conhecimento científico, culminando na formação e universalização do estatuto metodológico das ciências naturais.

Boaventura Sousa Santos (2000, p. 50) define o paradigma da modernidade através da identificação de seus fundamentos, que seriam os pilares da regulação e da emancipação, que são desdobrados em três princípios a eles intrínsecos. O pilar da regulação seria integrado pelos princípios do Estado, do mercado e da comunidade, cada qual identificado com um fundamento teórico específico.⁵⁷ Amparando-se na tipologia weberiana da racionalidade, o pilar da emancipação é constituído pela racionalidade estético-expressiva, vinculada às artes; cognitivo-instrumental, inerente à ciência; e a moral-prática, intrínseca à ética e ao direito, O projeto de modernidade amparava-se na construção racional e equilibrada desses dois pilares, revelando o desejo de seus engenheiros na “harmonização de valores sociais potencialmente incompatíveis, tais como justiça e autonomia, solidariedade e identidade, igualdade e liberdade” (SANTOS, 2000, p.50).

alternativos. BAUMAN (2001, p. 142), em referência a Richard Rorty, indica que a verdade possui quatro funções: a função de endosso, a função admonitória, a função oposta à de citação, e a função de controvérsia. A verdade sempre envolve a pretensão de dominação e poder sobre terceiros. Por isso que o debate acerca da veracidade de uma crença envolve uma disputa sobre a fixação e reafirmação de uma autoridade, indicando as bases para a formação de relações de superioridade e inferioridade, dominação e submissão.

⁵⁶Essa perspectiva é corroborada por Richard Tarnas (2001, p. 423): “Embora intransigente ou exasperante em muitos aspectos, em certo sentido a realidade deve ser esculpida pelo espírito e a vontade humana, por si já enredados naquilo que busca entender e afetar. O ser humano é um agente materializado, que age e julga num contexto que jamais pode ser totalmente objetificado, com orientações motivações que jamais podem ser completamente apreendidas ou controladas. O sujeito consciente jamais está separado do corpo ou do mundo, que constituem o pano de fundo e a condição de todo ato cognitivo. A capacidade inerente ao ser humano de formar conceitos e símbolos é reconhecida como elemento fundamental e necessário na compreensão, na previsão e na criação da realidade”.

⁵⁷Boaventura Sousa Santos (2000, p. 50) associa o princípio do Estado à teoria política surgida a partir de Thomas Hobbes, especialmente com a teorização do contrato social e do estado de natureza; já o princípio do mercado foi consolidado pela doutrina da propriedade de John Locke e, corroborado, pela tese da autorregulação do mercado de Adam Smith; por fim, o princípio da comunidade reside na doutrina social e política de Jean Jacques Rousseau.

Essa perspectiva arrojada gerou inegáveis frustrações, pois cada um dos princípios listados por Boaventura Sousa Santos (2000, p. 51) apresentam tendência à maximização, de modo a restringir os efeitos regulatórios ou emancipatórios dos demais. Neste sentido, é possível a constatação de efeitos colaterais na hegemonia de qualquer fundamento da modernidade, seja pela perspectiva de regulação (estatização, mercantilização ou maximização da esfera comunitária), seja pelo viés da emancipação (estetização, cientificização, ou juridicização).

As causas dos déficits e frustrações do projeto de modernidade decorrem da mercantilização no âmbito da regulação e da cientificização no bojo da regulação. Ao final do século XX, o pilar da emancipação foi absorvido pelo pilar da regulação, de modo que a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência, atuante diretamente sobre o direito, proporcionou os meios necessários à emergência de uma sociedade de consumo associada ao monopolismo da ordem capitalista. Como consequência, “a absorção da emancipação pela regulação – fruto da hipercientificização da emancipação combinada com a hipermercadorização da regulação -, neutralizou eficazmente os receios outrora associados à perspectiva de uma transformação social profunda e futuros alternativos” (SANTOS, 2000, p. 57).

Esse processo de construção do paradigma moderno tornou-se viável pela concepção da ciência como força produtiva (produção de conhecimento prático para a oferta de produtos ao consumo), bem como pela dominação da racionalidade cognitivo-instrumental sobre o direito, causando a predominância da dogmática jurídica, do positivismo jurídico e do ideal de pureza elevado à condição de pressuposto filosófico na obra de Hans Kelsen (1998). Associado a essa vertente racional, a hegemonia emancipatória da ciência proporcionou a adoção do modelo totalitário das ciências naturais, permeada do discurso de êxito e eficácia obtido a partir da Revolução Científica, causando a supressão do conhecimento baseado no senso comum e nos estudos humanísticos.

Tal modelo totalizante causou dois graves problemas, na visão de Boaventura Sousa Santos (2000, p. 63), gerando resultados desastrosos. O primeiro problema reside na aspiração da ciência à produção de leis abstratas, pautada num critério de causalidade associado ao método empírico de regularidade dos fenômenos observados. Essa perspectiva esconde o caráter meramente probabilístico dos resultados científicos, pois “a simplicidade das leis constitui uma simplificação arbitrária da realidade que nos confina a um horizonte mínimo [...]” (SANTOS, 2000, p. 72). O segundo problema decorre da redução da

complexidade, como já mencionado, fundamento para a construção das relações sistemáticas. Não obstante, essa atitude da ciência frente à realidade propicia um conhecimento quantificador e não qualitativo, uma vez que, “o rigor científico, porque fundado no rigor matemático, é um rigor que quantifica e que, ao quantificar, desqualifica, um rigor que, ao objetivar os fenômenos, os objectualiza e os degrada, que, ao caracterizar os fenômenos, os caricaturiza” (SANTOS, 2000, p.73).

A partir dos elementos característicos do paradigma moderno, Boaventura (2000) propõe os fundamentos do paradigma pós-moderno, que seriam o princípio da comunidade, no âmbito do pilar da regulação; e a racionalidade estético-expressiva, alocada na esfera da emancipação.⁵⁸ Boaventura defende uma substituição dos critérios regulatório-emancipatórios para refrear o monopólio do princípio do mercado e da racionalidade cognitivo-instrumental. Ampara-se, com esse intento, no conhecimento-emancipação, consistente no percurso de um estado de ignorância, designado por colonialismo, para um estado de saber, nominado solidariedade (SANTOS, 2000, p. 79).

Aparentemente, essa concepção apresenta uma circularidade das premissas contestatórias utilizadas para desqualificar o paradigma moderno. Isto ocorre em virtude da fixação dos fundamentos da pós-modernidade nos próprios alicerces da modernidade e, a partir deles, empreende a construção de um modelo racional-epistemológico semelhante em suas premissas maximizadoras, tão alegadamente promotoras de déficits e insatisfações.

Ao adotar como fundamento do paradigma emergente o princípio regulatório da comunidade e a racionalidade estético-expressiva, Boaventura Sousa Santos tenciona promover a maximização desses dois elementos integrantes dos pilares da regulação e da emancipação que pautaram a modernidade. Assim, em detrimento dos princípios do mercado e do Estado no âmbito do pilar da regulação, e das racionalidades cognitivo-instrumental e moral-prática, inerentes ao pilar da emancipação, Boaventura Sousa Santos

⁵⁸Em relação aos elementos integrantes do paradigma pós-moderno, Boaventura Sousa Santos (2000, p. 75), sobre o princípio da comunidade, esclarece que: “Em meu entender, as representações que a modernidade deixou até agora mais inacabadas e abertas são, no domínio da regulação, o princípio da comunidade e, no domínio da emancipação, a racionalidade estético-expressiva. Dos três princípios de regulação (mercado, Estado e comunidade), o princípio da comunidade foi, nos últimos duzentos anos, o mais negligenciado. [...] Porque é uma representação aberta e incompleta, a comunidade é ela própria dificilmente representável – ou é o apenas vagamente – e os seus elementos constitutivos, também eles abertos e inacabados, furtam-se a enumerações exaustivas”. Em relação à racionalidade estético-expressiva, ele afirma também ter resistido à cooptação pela racionalidade cognitivo-instrumental da ciência. Assim, segundo suas palavras, “em geral, a racionalidade estético-expressiva é, por ‘natureza’, tão permeável e inacabada como a própria obra de arte e, por isso, não pode ser encerrada na prisão flexível do automatismo técnico científico. [...] Em meu entender, o caráter inacabado da racionalidade estético-expressiva reside nos conceitos de prazer, de autoria e de artefactualidade discursiva”.

persegue a substituição da mercantilização pelo domínio da comunidade e da racionalidade científica pela racionalidade das artes e literatura.

De todo modo, a construção teórica de Boaventura Sousa Santos (1989, 1999, 2000) oferece subsídios importantes para uma avaliação prospectiva do paradigma epistemológico das ciências sociais. Contrapondo-se ao dualismo entre ciências da natureza e ciências sociais, o sociólogo português indica a impossibilidade de separação absoluta entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível. Mediante a superação da dicotomia sujeito epistêmico/sujeito empírico, especialmente influente nas ciências sociais, há a consciência de que o conhecimento produzido é sempre um autoconhecimento, uma vez que é verdadeiramente impossível um saber asséptico, afastado do conjunto de crenças e valores do sujeito cognoscente.⁵⁹

As dificuldades atuais residem, sem dúvida alguma, na análise do sujeito do conhecimento. Conforme exposição de Daniel Andler, Anne Fagout-Largeault e Bertrand Saint-Sernin (2005a, p. 106), uma filosofia do conhecimento possui três elementos de investigação: o objeto do conhecimento científico (a ordem natural ou social); o sujeito do conhecimento científico (o ser humano em sociedade ou em conexão com mundo natural); e os processos cognitivos (os meios para se alcançar o conhecimento). No momento atual, defrontado com a “virada pós-moderna” (ANDLER, FAGOU-LARGEAULT, SAINT-SERNIN, 2005a, p. 109), a homogeneidade dos processos cognitivos não retiram a possibilidade de oposição intersubjetiva ao conhecimento produzido.

Desta forma, o “século XX duvida de que a racionalidade individual seja segura” e, para compensar essa desconfiança, a produção do conhecimento é realizada comunitariamente. Nesta perspectiva, adota-se a intersubjetividade na produção do conhecimento científico, isto é, a exigência de participação de uma diversidade de sujeitos, especializados em distintos setores do conhecimento, que contribuem comunitariamente para a solução dos novos enigmas, mediante certificação dos resultados obtidos

⁵⁹A questão relativa à unidade ou dualidade das ciências, ou melhor, a distinção epistemológica entre a denominada “ciências da natureza” e as “ciências do homem” tem sido objeto de debates desde a Revolução Científica e a enunciação do método científico por Descartes. A título de exemplo, Zygmunt Bauman (1977, p.10) defende a unidade dialética dos elementos da experiência que seriam a natureza e a ação humana. Esses dois elementos seriam uma comunhão entre limitação e liberdade. Dessa concepção, Bauman qualifica a natureza como um conceito cultural, atribuindo-a “o componente irremovível do homem e estabelece limites não transgredidos pela ação humana” (1977, p. 10). A natureza e ação humana detém o mesmo fundamento ontológico: a experiência humana. Decorre que, a natureza compõe uma esfera de limitação à liberdade do homem, representada por sua ação, que é precisamente amparada nessa liberdade. Neste sentido, a apreensão não dialética da natureza e da ação humana conduz ao falso dilema de oposição entre a natureza e a ação humana, como se ambas não fosse provenientes da experiência, isto é, subprodutos da cultura.

cooperativamente. O conhecimento científico volta-se contra o solipsismo epistemológico (ANDLER, FAGOU-LARGEAULT, SAINT-SERNIN, 2005a, p. 174).

Acreditamos que o conhecimento científico pautado pela ordem do homem também deveria orientar-se pela intersubjetividade e a cooperação intracomunitária. Para além da discussão sobre a primazia das ciências da natureza sobre as ciências humanas, ou sobre a adoção dos princípios metodológicos e epistemológicos das ciências naturais às ciências humanas, a complexidade do conhecimento relativo à ordem do homem demanda a conjugação de esforços por parte da comunidade científica, mediante a utilização dos distintos setores de conhecimento inerentes às ciências sociais: sociologia, direito, economia, antropologia, psicologia, linguística, dentre outras. De fato, (ANDLER, FAGOU-LARGEAULT, SAINT-SERNIN, 2005a, p. 9) “a marcha do mundo e a ação humana tornam a interconexidade das disciplinas cada vez mais densa, tanto nas áreas da pesquisa como no seio da tecnosfera”.

Boaventura de Sousa Santos (2000, p. 94) afirma que, sob o paradigma pós-moderno, os “estudos humanísticos decidiram, de modo geral, ignorar as relações e os processos sociais responsáveis pela auto-atribuição da qualidade de autor, pelos critérios de inclusão na comunidade interpretativa, pela repartição do poder retórico entre diferentes argumentos [...]”. Nessa linha de raciocínio, Boaventura propõe a adoção de um conhecimento-emancipatório, necessariamente regionalizado e disseminado através do discurso argumentativo inserido em comunidades interpretativas. Este conhecimento-emancipação origina-se no conhecimento local e disseminado em comunidades interpretativas através do discurso argumentativo.

Essa orientação doutrinária é bastante relevante. A sociedade, o Estado, o modo de produção capitalista e o direito, elementos importantes para a práxis social, devem ser objeto de reflexão pautada pelas características locais, isto é, o conhecimento produzido deve ser regionalizado. Aliado a isso, a reflexão deve ser intersubjetiva, produzida internamente a uma comunidade de intérpretes de diferentes formações e especialidades.

Atualmente, a intersubjetividade é uma necessidade, pois o conhecimento produzido durante o século XIX e, principalmente no século XX, período em se consolidaram as ciências avançadas, não é possível de ser apreendido de forma global por um indivíduo. A progressiva especialização técnica, aliada à fragmentação dos setores de conhecimento, tornou inviável a produção solipsista do conhecimento. Desta forma, na linha de entendimento de Andler, Fagou-Largeault, Saint-Sernin (2005a), a noção de

intersubjetividade vincula-se à realidade de que o conhecimento é distribuído entre uma variedade de sujeitos.

Aliado a isso, o conhecimento necessariamente deve estar aberto ao senso comum,⁶⁰ sendo este caracterizado como o conhecimento experimental, decorrente das atividades diárias do homem e compartilhado por um grupo ou uma comunidade. A partir do século XVIII, a ciência surgiu como oposição ao senso comum provocando uma ruptura epistemológica conducente à hegemonia do conhecimento científico, o que Boaventura Sousa Santos designa por colonização da racionalidade cognitivo-instrumental da ciência (2000, p. 57).⁶¹ Nessa mesma linha, referindo-se especificamente à sociologia, Zygmunt Bauman acentua (1977, p. 63/64):

O triunfo final do conhecimento objetivo sobre o emocional, o subjetivo, o pré-social, encontra o seu paralelo na tendência histórica para a institucionalização das objetificações racionais de paradigmas de comportamentos socialmente seletivos. A negligência, por parte dos sociólogos, de aspectos não racionais da experiência humana vai sendo cada vez mais justificada pela eliminação consistente de tais aspectos, ou pela diminuição de sua importância social, como resultado do próprio desenvolvimento social.

A abertura ao senso comum implica um inter-relacionamento com a ciência e a sua mútua referência. Não há, portanto, a hegemonização, mas sim a co-dependência. O senso

⁶⁰Boaventura Sousa Santos (1989, p. 40) apresenta a seguinte definição para o senso comum: “O senso comum faz coincidir causa e intenção; subjaz-lhe uma visão do mundo assente na ação e no princípio da criatividade e das responsabilidades individuais. O senso comum é prático e pragmático; reproduz-se colado às trajetórias e às experiências de vida de um dado grupo social e nessa correspondência se afirma de confiança e dá segurança. O senso comum é transparente e evidente; desconfia da opacidade dos objetos tecnológicos e do esoterismo do conhecimento em nome do princípio da igualdade do acesso ao discurso, à competência cognitiva e à competência linguística. O senso comum é superficial porque desdenha das estruturas que estão para além da consciência, mas, por isso mesmo, é exímio em captar a profundidade horizontal das relações conscientes entre pessoas e entre pessoas e coisas. O senso comum é indisciplinar e imetódico; não resulta de uma prática especificamente orientada para o produzir; reproduz-se espontaneamente no suceder quotidiano da vida. Por último, o senso comum é retórico e metafórico; não ensina, persuade”.

⁶¹Colhe-se em Zygmunt Bauman (1977, p. 55) a justificativa para a oposição do conhecimento científico ao senso comum, salientando, todavia, que ambos são coadjuntos e interferentes: “Muito do desdém manifestado para com o senso comum, inscrito no projeto da ciência, tem como sua fonte a pressuposta inabilidade da experiência não refinada para descobrir o necessário e o aparato legal por detrás da fachada do livre arbítrio. Esta inépcia do senso comum, sem auxílio externo, para descobrir a ordem rigidamente determinista do mundo e para responder pelas próprias causas ocultas proporciona também a matéria com que, por fim, se forjou a distinção entre ‘essência’ e ‘existência’. A impressão que normalmente se dá, e que muitas vezes é deliberadamente ampliada, de que o conhecimento científico é um implacável inimigo do senso comum (quando, na realidade, permanece como seu adjunto simbiótico) é devida principalmente a esta circunstância. A ciência só se pede que ‘explique’ como nasce a necessidade do mundo exterior – já experimentado, como se fosse natureza – mas tem que ‘provar’, desafiando a experiência pré-científica, que o reino da necessidade abrange a totalidade dos processos da vida humana. A segunda tarefa, naturalmente, exige muito mais esforço e, conseqüentemente, gera um zelo muito maior. É, portanto, a segunda linha de combate onde a artilharia mais pesada da ciência está concentrada e onde se lançam os mais ferozes ataques. A guerra é feita entre a ‘ordem real das coisas’ e as aparências enganadoras – ‘a noção mística do livre arbítrio’.

comum (o bom-senso na linguagem natural)⁶², por ser reflexo da experiência cotidiana, proporciona elementos importantes para a construção do conhecimento científico. O senso comum não é, portanto, um conhecimento irracional, pois a racionalidade permeia todo o processo cognitivo, mas, ao contrário, revela-se como um saber descomprometido e pautado pelas regras da experiência.

No âmbito da ciência do direito, a perspectiva de um objetivismo científico escora-se na premissa da inescusabilidade da ignorância das normas jurídicas,⁶³ aliada à construção de um discurso tecnicista e científicista que propicia a monopolização do saber por poucos indivíduos “esclarecidos”.⁶⁴ A associação do conhecimento jurídico (a ciência do direito) ao monopólio do poder estatal propicia uma alienação sobre as circunstâncias de aplicação e interpretação das normas jurídicas positivadas, gerando uma aceitação robotizada de seus destinatários segundo um comportamento social generalizado, ou, de modo oposto, enseja o descumprimento sistemático e deliberado dos destinatários da norma.

Luis Alberto Warat (1995, p. 69) defende que os padrões epistemológicos da razão científica escondem interdições, segredos e privilégios, causando a infantilização dos atores sociais. Assim, o sistema de produção da subjetividade científica no âmbito das ciências humanas propicia inibições, silêncios e censuras, conformando, no âmbito do direito, o “sentido comum teórico dos juristas”. Apesar da proximidade dos elementos linguísticos, essa expressão não se aproxima do senso comum que se vale Boaventura Sousa Santos. Luis Alberto Warat (1995, p. 69) inequivocamente associa a expressão “sentido comum teórico dos juristas” ao “sistema de produção de subjetividade que coloca os juristas na posição de meros consumidores dos modos instituídos da semiotização jurídica”, concluindo que:

[...] existe na episteme uma doxa que, funcionado como sua racionalidade subjacente, introduz significações *extra-conceituais* no interior de um sistema de conceitos, uma ideologia que introduz um segredo e censura no interior dos

⁶²Para um aprofundamento da perspectiva do bom-senso na hermenêutica jurídica, cf. GAMBOGI, Luís Carlos Balbino **Direito: Razão e Sensibilidade: As instituições na hermenêutica jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁶³No ordenamento jurídico brasileiro essa premissa encontra-se prevista expressamente no art. 3º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de Setembro de 1942, que vem a ser a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, dispondo o seguinte: “Art. 3º. Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

⁶⁴Essa observação é comungada por Luis Alberto Warat (1995, p. 57): “A história das verdades jurídicas no ocidente, como discurso estruturador da instituição social, é uma palavra enigmática. A ciência jurídica, como discurso determina um espaço de poder, é sempre obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social. Enigmático, coercitivo e canônico, o conhecimento do direito responde em alta medida a nossas subordinações cotidianas e à versão conformista do mundo que fundamenta a sociedade instituída. Respalda na funcionalidade de suas próprias ficções e fetiches, a ciência do direito nos massifica, deslocando permanentemente os conflitos sociais para o lugar instituído da lei, tornando-os, assim, menos visíveis”.

enunciados de verdade e um sistema de relações de dominação simbólica que marca politicamente o princípio da neutralidade e da pureza das ciências humanas (e do pensamento científico do direito que foi evoluindo a partir de Kelsen). Me limito a assinalar, agora, a minha intenção de chamar de sentido comum teórico o conjunto de elementos integrantes de uma doxa ilusoriamente ‘elucidada’. O sentido comum teórico estaria, assim, constituindo uma racionalidade subjacente que não deixa de ser uma fala adaptada a *preconceitos, hábitos metafísicos, visões normatizadoras das relações de poder, princípios de autoridade, ilusões de transparência, noções apoiadas em opiniões, assinalações religiosas mitológicas, etc.*” (grifos no original).

O resultado dessa consciência é, na primeira hipótese, a estagnação do direito frente às mudanças sociais, pois o conhecimento das normas jurídicas e sua observância perpassa o senso comum, isto é, aquilo que é apreendido pela experiência humana, ou as práticas comumente realizadas e aceitas pela sociedade; na segunda situação, há uma crise de eficácia que pode culminar na crise de legitimidade do próprio ordenamento jurídico. Boaventura Sousa Santos (2000, p. 176) qualifica essa utopia jurídica como o “motor da mudança social normal”, tornando-se a marca de um “processo contínuo de transformações fragmentárias e graduais, sancionadas pelo direito estatal que, por sua vez, vai também evoluindo contínua, gradual e legalmente”, evolução essa meramente simbólica e acobertadora de transformações profundas e emergentes.

Em Direito Tributário, esse utopismo jurídico se torna patente. A dogmática jurídica, afastando-se da práxis social, encastela-se na elucubração de conceitos formais (tributo, obrigação tributária, crédito tributário, lançamento, etc.), resultando na validação de comportamentos reproduzidos pelo senso comum (o sentimento experimental de que temos que pagar tributos) ou de condutas contestatórias sub-reptícias, lícitas ou ilícitas, conducentes a práticas de ilusão fiscal (PUVIANI, 1972).⁶⁵

⁶⁵Em introdução à obra de Amilcare Puviani (1972), Alvaro Rodriguez Bereijo explicita que a ilusão financeira consiste no conjunto de práticas indutivas para que a sociedade arque com grandes somas impositivas e submete-se a enormes sacrifícios, mesmo que os benefícios obtidos ou esperados do Estado como contrapartida não pareçam recompensadores. Este problema fundamental enseja duas indagações: a) até que ponto os contribuintes são conduzidos a aceitar uma tributação opressiva; b) em quais momentos o discurso do interesse geral encobre os interesses concretos e particulares da classe dominante, que são a causa direta para os sacrifícios impostos à sociedade. Assim, segundo Bereijo (1972, p. XII), “a teoria da ilusão financeira nos explica de que forma, através de quais mecanismos e argúcias tem conseguido a Fazenda – ou para ser mais preciso, a classe dirigente do Estado – ocultar às massas uma grande parte da carga dos impostos que suportam, fazendo-lhes crer que dita carga é menor que a verdadeira; para ocultar às massas as desigualdades na distribuição da carga tributária entre as distintas classes sociais, fazendo-lhes crer aos pobres (e mais fortemente gravados) que suportam menores impostos que os ricos (e menos fortemente gravados), e a estes que suportam uma carga tributária superior à verdadeira; fazendo-lhes crer, assim, que a distribuição dos impostos é inclusive justa”. No original: “La teoría de la ilusión financiera nos explica de qué forma, a través de qué mecanismos y argúcias ha conseguido la Hacienda – o para ser más precisos, la clase dirigente del Estado – ocultar a las masas una gran parte de la carga de los impuestos que soportan, haciéndoles creer que dicha carga es menor que la verdadera; para ocultar a las masas las desigualdades en la distribución de la carga tributaria entre las distintas clases sociales, haciéndoles creer a los pobres (y más fuertemente gravados) que

Portanto, voltando-se a atenção para a discussão sobre o pós-modernismo, podemos afirmar a existência de um período de crise para a ciência jurídica, consistente, principalmente, mas não exclusivamente, na discussão do paradigma jurídico racional-legalista do Estado de direito burguês do século XIX. Assim, a excessiva juridicização do mundo social (SANTOS, 2000, p. 158) tem proporcionado uma hiperinflação normativa associada a uma sistemática ineficácia das normas jurídicas editadas, que em seu extremo proporciona a perda de legitimidade do direito (HABERMAS, 2003b, p. 170; BITTAR, 2009, p. 179/181).

Apesar do consenso doutrinal sobre a crise do paradigma (ou as crises em suas distintas ocorrências) do Estado de direito, da ciência do direito e da sociedade liberal-burguesa, não há qualquer certeza sobre os desdobramentos do estado crítico. Essa observação já relatada, característica do estágio de transição paradigmática, poderá resultar na manutenção da ordem de valores e crenças do paradigma moderno ou a concretização de um novo paradigma dominante, denominado pós-moderno.⁶⁶

Conquanto não haja uma conclusão específica, os métodos epistêmicos da ciência jurídica foram profundamente alterados. Há a necessidade de uma maior abertura à interdisciplinariedade e à formação de uma comunidade de intérpretes. Não há espaço mais para o solipsismo hermenêutico, pois a conexão entre os distintos setores do conhecimento humanístico é fundamental para a adequada percepção da sociedade, do Estado e do direito no contexto histórico atual. Acrescente-se a essa perspectiva transitiva a realidade dos Estados periféricos, submetidos a um capitalismo tardio e, portanto, sujeitos a diferentes estágios paradigmáticos. Isto é, a exemplo da construção teórica de Marcelo Neves (2007, 2008),⁶⁷ o conhecimento jurídico deve ser regionalizado, adequando-se às particularidades

soportan menores impuestos que los ricos (y menos fuertemente gravados), y a éstos que soportan una carga tributaria superior a la verdadera; haciéndoles creer, así, que la distribución de los impuestos es incluso justa”.

⁶⁶Esta transitividade encontra-se bastante explícita em Arnaldo Sampaio de Godoy (2005, p. 117/118), concluindo, todavia, pela impossibilidade de uma mudança paradigmática: “Porém, decididamente, não há um direito pós-moderno. Há, sim, reflexão jusfilosófica pós-moderna, questionadora dos paradigmas do direito moderno, mas incapaz ou desinteressada em apresentar modelo alternativo, real, factível. Quando muito, poderia se duvidar da cindibilidade justinianéia entre direito público e direito privado, questionando interesses públicos e demonstrando a primariedade suposta de alguns deles. [...] O pós-modernismo jurídico não oferece soluções ou projetos pontuais que permitam uma interface a essa realidade criticada. Não há um constitucionalismo, um direito penal, um direito civil, um direito previdenciário ou direito processual pós-modernos. Reside aqui a primeira crítica que o pós-modernismo jurídico imediatamente suscita: seu niilismo. O pós-modernismo jurídico é abstração filosófica, especulação teórica, agitação intelectual, negativismo conceitual, anarquia moral, ambiguidade ética”.

⁶⁷Para fins de análise da teoria sistêmica de Niklas Luhmann e da teoria discursiva de Jürgen Habermas, objetivando-se a fixação de uma relação construtiva entre Têmis e Leviatã, Marcelo Neves (2008, p. 228) empreende uma distinção analítica entre modernidade central e modernidade periférica, explicitada da seguinte forma: “Parece-me, porém, que a distinção entre modernidade central e periférica é analiticamente frutífera, na medida em que, definindo-se a complexidade social e o desaparecimento de uma moral imediatamente válida

da comunidade política referencial. Desta forma, a crítica ao Estado social germânico, como realizada por Jürgen Habermas (2003), não possui integral adaptabilidade ao Estado social brasileiro, merecendo uma prévia avaliação acerca de seu referencial teórico.

Assim, o exame do Estado social brasileiro, e especialmente a legitimidade no exercício do poder de tributar a partir da extrafiscalidade, adotará as premissas anteriormente indicadas.

1.2 DA PUREZA DA FORMA À INSURGÊNCIA DA REALIDADE: A DOGMÁTICA JURÍDICA REVISITADA

Apesar das dificuldades encontradas para uma antevisão da mudança paradigmática, terreno onde só os videntes ousam adentrar, não há dúvidas sobre a existência de perspectivas transformadoras no âmbito da ciência do direito.⁶⁸ Tais movimentos contestatórios atacam dois pilares da racionalidade jurídica: o cientificismo e o formalismo jurídico. Ambos constituem-se no alicerce para o domínio da dogmática⁶⁹ e do positivismo jurídico no momento atual e, por conseguinte, sua profunda crítica.⁷⁰

Esses vincos epistemológicos de certa forma moldaram uma racionalidade cognitivo-instrumental do direito orientada para a análise de formas abstratas (ideal de pureza), organizadas sistematicamente em um corpo orgânico (ideal de ordem) e aplicáveis

para todas as esferas da sociedade como características da modernidade, constata-se que, em determinadas regiões estatalmente delimitadas (países periféricos), não houve de maneira alguma a realização adequada da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional nem a constituição de uma esfera pública fundada na generalização institucional da cidadania, características (ao menos aparentes) de outras regiões estatalmente organizadas (países centrais)”.

⁶⁸Para maior aprofundamento sobre perspectivas transformadoras para o direito, cf. Marcus Faro de Castro (2012); Norberto Bobbio (2007); Roberto Mangabeira Unger (2004); Antônio Carlos Wolkmer (2001).

⁶⁹Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2011, p. 59) empreende uma contextualização histórico-funcional da dogmática jurídica: “Como vimos, o saber jurídico é mais amplo que um estrito saber dogmático. No entanto, sobretudo no último século e até meados deste, vem prevalecendo a idéia de que o direito-ciência é constituído de teorias sobre os ordenamentos jurídicos vigentes e suas exigências práticas. Em conformidade com isso havia e há a idéia de que o direito-objeto deste conhecimento é basicamente um fenômeno de disciplina social sob a forma repressiva, punitiva. Essas idéias reproduzem, na verdade, uma concepção da sociedade típica do século XIX. [...] Na verdade, a chamada ciência (dogmática) do direito, sendo uma sistematização do ordenamento e sua interpretação, suas ‘teorias’ chamadas, no conjunto, de ‘doutrina’, são antes complexos argumentativos, e não teoria no sentido zetético, isto é, sistemas de proposições descritivas que, de um lado, compõem um conjunto lógico de termos primitivos, não observáveis [...]”.

⁷⁰As vertentes teóricas críticas são diversificadas e assumem diferentes designações, tais como pós-positivismo, neoconstitucionalismo, e teoria jurídica crítica. Para uma melhor compreensão dessas concepções teóricas, cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

mediante critérios de imputação (ideal de limpeza).⁷¹ O estudioso do direito não se orienta pela aferição dos aspectos da realidade subjacente, de modo que, a sua função é compreender as “formas” jurídicas e aplicá-las segundo uma lógica racional de adequação/inadequação. Essa visão conduziu os juristas a acreditarem no mantra da purificação extrema do direito, afastando-o de questões ruidosas relacionadas à política, à moral ou à economia. Essa busca pelo ideal máximo de pureza e ordem confinou a ciência do direito a uma análise eminentemente estrutural,⁷² elevando a norma jurídica, seja numa perspectiva estática, seja num viés dinâmico, e o ordenamento jurídico à centralidade de suas preocupações.

O próximo e definitivo passo na concretização dessa perspectiva foi o absoluto relativismo ético apregoado na obra de Hans Kelsen. Para o teórico austríaco, uma axiologia normativa, isto é, a consideração sobre elementos de justiça e ética das normas jurídicas, não poderia ser objeto da ciência do direito. Assim, partindo do pressuposto da relatividade do valor moral, que implica a grande diversidade de considerações subjetivas ou comunitárias sobre o que é justo, bom ou belo, Kelsen (1998, p. 74) pontifica que o “Direito constitui um

⁷¹Valendo-se da teorização de Hans Kelsen, Andityas Matos (2005, p.194-197) esclarece a relevância do princípio da imputação para o regramento das relações humanas: “O mundo normativo é guiado pelo princípio da imputação, derivado do primitivo princípio da retribuição que liga a um determinado pressuposto a sua consequência [...]. Tal operação se dá em uma cadeia fechada. Por isso se diz que a série imputativa não é indefinida como a causal. Com efeito, a primeira possui um ponto terminal. [...] O princípio da causalidade se rege por fatos, ou seja, caso haja algum fato que a lei natural-causal não consiga explicar, deve a mesma ser reformulada. Ao contrário o princípio da imputação pretende reger comportamentos”. Em Kelsen (1998, p. 102/101): “A distinção entre causalidade e a imputação reside em que – como já notamos – a relação entre o pressuposto, como causa, e a consequência, como efeito, que é expressa na lei natural, não é produzida, tal como a relação numa lei moral ou jurídica, através de uma norma posta pelos homens, mas é independente de toda intervenção desta espécie. [...] ‘Imputação’ designa uma relação normativa. É esta relação – e não qualquer outra – que é expressa na palavra ‘dever-ser’, sempre que esta é usada numa lei moral ou jurídica. Uma outra distinção entre causalidade e imputação consiste em que toda a causa concreta pressupõe, como efeito, uma outra causa, e todo o efeito concreto deve ser considerado como causa de um outro efeito, por tal forma que a cadeia de causa e efeito – de harmonia com a essência da causalidade – é interminável nos dois sentidos. Daí vem que todo o evento concreto seja o ponto de intercepção de um número em princípio ilimitado de séries causais. A situação é completamente diferente no caso da imputação. [...] O número de elos de uma série imputativa não é, como o número de elos de uma série causal, ilimitado, mas limitado. Existe um ponto terminal da imputação. Na série causal, porém, tal ponto não existe”.

⁷²Nessa perspectiva, Norberto Bobbio (2007, p. XII/XIII): “O predomínio da teoria pura do direito no campo dos estudos jurídicos teve por efeito que os estudos de teoria geral do direito foram orientados, por um longo período, mais em direção à análise da estrutura dos ordenamentos jurídicos do que à análise da sua função. É desnecessário mencionar as importantes contribuições dadas, nos últimos anos, para a ampliação e o aprofundamento da análise estrutural, de cujo ventre fecundo nasceu diretamente uma disciplina nova e fascinante, a lógica deôntica. Contudo, o direito não é um sistema fechado e independente, ainda que nada nos impeça de assim considerá-lo quando nos pomos do ponto de vista das estruturas formais. Em relação ao sistema social considerado em seu todo, em todas as suas articulações e inter-relações, o direito é um subsistema que se posiciona ao lado dos outros subsistemas, tais como o econômico, o cultural e o político, e em parte se sobrepõe e contrapõe a eles. Ora, aquilo que o distingue dos outros subsistemas, junto aos quais constitui o sistema social em seu todo, é a função”. Para uma análise da lógica deôntica, cf. VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977; e também: VILANOVA, Lourival. **Lógica Jurídica**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

valor precisamente pelo fato de ser norma”. Essa associação propicia a separação entre forma e conteúdo, pois o direito, apenas pelo fato de ser norma (forma) já é, por si só, um valor.

A perspectiva positivista associada à dogmática jurídica, profundamente arraigada no pensamento ocidental dos juristas vinculados ao sistema romano-germânico, causou no ensino jurídico brasileiro vícios permanentes, conforme ressalta Marcus Faro de Castro (2012, p. 9): a) a desvinculação da reflexão do jurista sobre o direito e a realidade social; b) uma dificuldade de exame de categorias mistas, tais como as políticas públicas, impedindo-o de avaliar os impactos sobre a vida social; c) uma perspectiva conservadora sobre a ordem jurídica e, o que é pior, essencialmente refratária a propostas transformadoras. Diante desses problemas, o referido autor traça as perspectivas para a sua resolução:

Os juristas brasileiros absorveram a cultura crítica ‘conceitualista’ do direito europeu continental. Tratar o direito intelectualmente a partir de conceitos prontos, contudo, apresenta desvantagens. Sob o conceitualismo, o direito prático, que se aplica à ‘matéria’ do social, passa a ficar dependente de ‘formas’ que a ela acabam sendo impostas frequentemente de maneira associada ao uso da força (efetiva ou ameaçada), ou ao emprego de algum outro modo de intimidação, algum constrangimento iníquo. Não haver, na cultura jurídica, espaço para se reconhecer a ‘insuficiência da forma’ faz da prática do direito um instrumento político velado. [...] O mais comum, no ensino jurídico brasileiro, até hoje, é apresentar uma imagem do direito como um conjunto de conceitos descontextualizados, que passaram a existir desde a Antiguidade, no mundo ocidental (tido como o mundo civilizado), e evoluíram em uma sucessão de ‘formas’ até o presente, para o bem da humanidade – e, conseqüentemente, para o bem do povo brasileiro. [...] Dada a cultura conceitualista, a ‘coerência interna’, um construto puramente formal, confere a falsa aparência de legitimidade à doutrina autorreferenciada.

Trilhando as reflexões de Marcus Faro de Castro (2012), o apego exagerado às formas abstratas conduz o jurista a práticas extremamente conservadoras, conformando-se a um “papel negativo” em relação à mudança social. O desafio da transformação, a imersão na realidade subjacente, inerente a um papel positivo do jurista, propicia a formulação de novas práticas e posturas em relação à ordem jurídica e a realidade social, conduzindo a ciência do direito a assumir uma função promotora da mudança social. Essa “visão alternativa” assume como premissas: a) a vinculação da ciência do direito à experiência da vida mundana; b) a contextualização do fenômeno jurídico como fenômeno social, e a partir dessa finalidade, promover o exame interdisciplinar dos conceitos jurídicos, atribuindo-lhes uma função transformadora (CASTRO, 2012, p. 19).

O academicismo conservador, que adota as formas herdadas como pressuposto cognitivo, ancora-se na desconsideração absoluta dos defeitos e contingências das instituições políticas, jurídicas e econômicas transmitidas incontestadamente mediante pacto

inter-geracional.⁷³ A aceitação submissa de uma estrutura político-social herdada e avessa a transformações propicia o que Mangabeira Unger (2004, p. 17) denominou de “fetichismo institucional”, consistente na “crença de que concepções institucionais abstratas, como a democracia política, a economia de mercado e uma sociedade civil livre, têm uma expressão institucional única, natural e necessária”.

Nesse sentido, partindo-se de uma perspectiva pluralista, a ciência do direito deve empreender uma atividade imaginativa fundada em dois momentos interligados dialeticamente: o mapeamento e a crítica. O mapeamento consiste no levantamento descritivo dos elementos estruturais de uma sociedade, contrapondo-os aos ideais juridicamente enunciados e viabilizando, assim, a crítica. A partir desse manancial analítico, empreende-se um conhecimento jurídico propositivo e transformador. Desta forma, segundo Unger (2004, p.163):

O mapeamento é a tentativa de descrever em detalhe a microestrutura institucional juridicamente definida da sociedade por relação aos seus ideais juridicamente enunciados. Chame o segundo momento dessa prática analítica de crítica: a versão revista do que o jurista racionalista menospreza como sendo a transformação da análise jurídica em conflito ideológico. Sua tarefa é explorar a interação entre as estruturas institucionais detalhadas da sociedade, tais como representadas pelo direito, e os ideais ou programas professados que essas estruturas frustram ou tornam realidade.

No âmbito do direito tributário, apesar dos esforços doutrinários recentes,⁷⁴ verifica-se que a estrutura institucional juridicamente definida na sociedade brasileira demonstra uma exacerbada vinculação ao formalismo jurídico e a adoção hegemônica de uma ciência dogmática de cunho positivista. Essa racionalidade científica aplicada ao direito tributário, trilhada como método de autonomização da disciplina e definição de seu objeto científico, causou inegável fetichismo em relação ao conceito de tributo e a visão analítica da norma tributária.

⁷³Um exemplo de instituição herdada e incontestada é a propriedade privada. Apesar da característica funcional adotada pela maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, a propriedade mantém-se aferrada a um conceito abstrato vinculado a um direito fundamental do indivíduo a ser garantido pelo Estado. Essa idealização burguesa da propriedade privada tornou-se tão arraigada no pensamento moderno que se transformou numa herança intocável, mesmo após a experiência comunista da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS. Para uma compreensão histórica da propriedade, cf. GASSEN, Valcir. **A Natureza Histórica da Instituição do Direito de Propriedade**. In: WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 4ª ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: 2009. p. 156-178.

⁷⁴Uma série de propostas alternativas à visão estritamente formalista e dogmático-positivista do Direito Tributário pode ser vista na obra organizada por Valcir Gassen, que é o produto das reflexões originárias do Grupo de Pesquisa Estado, Constituição e Direito Tributário, coordenado por ele na Universidade de Brasília. Cf. GASSEN, Valcir (org.) **Equidade e Eficiência da Matriz Tributária Brasileira: Diálogos sobre Estado, Constituição e Direito Tributário**. Brasília: Consulex, 2012. 408p.

Assim, a função histórica do tributo no financiamento das despesas inerentes à organização política estatal foi seccionada pela doutrina brasileira a pretexto de purificação científica dos estudos tributários, pois considerações econômicas e financeiras sobre os tributos causariam prejuízos à sistematização dessa seara do conhecimento jurídico e, por conseguinte, à ordenação das categorias fundamentais do direito tributário.

Não obstante, uma adequada compreensão do fenômeno tributário demanda a análise do binômio “ingressos-gastos públicos” (SPAGNOL, 2004, p. 25), uma vez que o exercício do poder de tributar vincula-se a uma finalidade específica, qual seja, o financiamento da atividade estatal conducente à satisfação e garantia dos direitos fundamentais arrolados na Constituição. Ademais, o tributo é necessariamente instrumental, isto é, logicamente vinculado às despesas aprovadas pelo Poder Legislativo na peça orçamentária anual.

Desta forma, para melhor empreendermos o mapeamento das instituições jurídico-tributárias com vistas à sua crítica, é relevante um aprofundamento sobre os pressupostos contemporâneos da racionalidade jurídica atual.

1.2.1 FORMALISMO, POSITIVISMO E DOGMÁTICA JURÍDICA: O ESTATUTO TEÓRICO DA CIÊNCIA DO DIREITO

Apregando a separação entre a filosofia e o direito, campos do saber que albergam fenômenos sociais distintos, Marcus Faro de Castro (2012, p. 27) assevera que Plantão, contrapondo-se à sofística e às crenças religiosas das ‘divindades funcionais’, plasmou uma teoria filosófica fundada na adoção de premissas absolutas, desconectadas do mundo sensível, nominando-as de “ideias” ou “formas”.⁷⁵ Essas formas seriam o elemento seccionador entre o “mundo das ideias”, imutável e atemporal, e o “mundo das aparências”, cambiante e precário.

As formas platônicas possuem uma qualidade ôntica não caracterizável por classificações, revelando-se como arquétipos atemporais verificáveis apenas por associação a atributos particulares. Nessa perspectiva lógica, as formas tornam-se elementos de

⁷⁵Richard Tarnas (2001, p. 20), esclarece que: “O que é comumente entendido como platonismo gira em torno de sua doutrina fundamental, a comprovada existência de Idéias ou Formas arquetípicas. [...] A compreensão do platônico exige saber que essas Formas são primordiais, ao passo que os objetivos visíveis da realizada convencional estão sendo seus derivados diretos”. Ainda, o Autor explicita que a doutrina platônica das formas arquetípicas foi construída pela utilização das palavras gregas *idea* e *eidos*, posteriormente traduzidas para o latim como *idéia* e *forma*”.

adaptação da matéria, substrato correspondente ao mundo das aparências (CASTRO, 2012, p. 28).

Deste modo, as ideias correspondentes à beleza, bondade, justiça, etc. sustentariam a própria concepção do universo platônico idealizado em contraposição ao “mundo das aparências” permeável à deformação dos arquetípicos formais. Assim, como assevera Guido Fassò (1982a, p. 51), a ideia arquetípica de justiça em Platão consistiria na “[...] perfeita harmonia dos elementos da alma, respondendo sempre à exigência de impulsar a busca da essência absoluta de todas as coisas, de todo valor [...]” (tradução nossa).⁷⁶ A metafísica platônica exige uma consciência que parte do particular ao universal, da aparência à essência, de modo que a aferição das características intrínsecas das coisas conduziram o intérprete a apreender as formas transcendentais. Em Platão, “os objetos percebidos com os sentidos são na verdade cristalizações de essências primordiais, que só podem ser apreendidas pela mente ativa e intuitiva” (TARNAS, 2001, p. 22).

Aristóteles, como discípulo de Platão, também diferencia a forma e a matéria, adotando, todavia, uma postura crítica em relação à doutrina de seu mentor. Ele acreditava que as formas arquetípicas eram imanentes ao mundo e, desta forma, seriam perceptíveis pela experiência, apreensíveis pelos sentidos. Assim, “a ideia ou forma não transcende a coisa, mas é sua essência intrínseca, e ao conhecimento verdadeiro se chega, não, como em Platão, através de reminiscências já apreendidas em uma vida anterior, mas pela via da experiência, mediante a elaboração que o intelecto realiza dos dados subministrados pelos sentidos” (FASSÒ, 1982a, p. 60, tradução nossa).⁷⁷

A metafísica platônica foi confrontada ao empirismo aristotélico. O “mundo das aparências” compreendido como a realidade sensorial em Aristóteles torna-se o fundamento entre a “substância” e as suas características particulares. A partir dessa concepção, Aristóteles introduz a noção de categorias, consistente na determinação da substância das coisas, o que difere de suas qualidades. Mediante sua percepção sensorial, o filósofo pode identificar a substância de cada uma das coisas, categorizando-a, o que não se confunde com suas qualidades, que são características particulares que em nada acrescentam ao conceito ontológico original da coisa. Nessa linha expositiva, Richard Tarnas esclarece (2001, p. 72):

⁷⁶No original: “[...] perfecta armonía de los elementos del alma, respondiéndole siempre a la exigencia de impulsar la búsqueda de la esencia absoluta de toda cosa, de todo valor [...]”.

⁷⁷No original: “La idea o *forma* no trasciende la cosa, sino que es su esencia intrínseca, y al conocimiento verdadero se llega, no, como en Platón, a través de reminiscencias ya apreendidas en una vida anterior, sino por la vía de la experiencia, mediante la elaboración que el intelecto realiza de los datos suministrados por los sentidos”.

Para Aristóteles, o mundo real é constituído de substâncias distintas e separadas umas das outras, embora caracterizadas por qualidades e outros tipos de existência comuns com outras substâncias. Essa identidade, no entanto, não significa a existência de uma Idéia transcendente da qual derive a qualidade comum, a qual é uma universalidade que o intelecto pode reconhecer nas coisas sensíveis, mas não uma entidade que subsiste por si. O universal pode ser conceitualmente distinguido do indivíduo concreto, mas não é ontologicamente independente. Em si, não é uma substância.

A cosmovisão platônica e aristotélica sobre as formas sedimentaram a construção de um conhecimento desvinculado do “mítico”, dissociando-se, por conseguinte, das construções poéticas de Homero e Sófocles. O pensamento helênico passou a progredir na busca racional de explicações para a experiência mundana, consolidando a premissa de que o legítimo conhecimento só poderia ser adquirido através do emprego da razão humana e da observação empírica, o que, tornar-se-á o lema da ciência a partir do século XVI.

É interessante notar que a filosofia helênica, ao contrapor a “forma” e a “matéria”, ou a “substância” e a “qualidade”, e a metafísica e o empirismo, criou uma racionalidade característica adotada como fundamento para o conhecimento verdadeiro. Essa racionalidade amparava-se num método próprio simplificador e inteligível, voltado à formulação de proposições que se pretendiam verdadeiras e conducentes, ao final, à criação de conceitos, mediante procedimento que parte do particular ao universal.⁷⁸

O uso das formas assume, portanto, duas finalidades: num primeiro momento, ela representa uma categorização das coisas, delimita seus traços característicos; num segundo momento, a forma é uma ferramenta para o exercício do conhecimento filosófico e, posteriormente, do conhecimento científico.

Na perspectiva da filosofia do conhecimento, a forma apresenta-se sob duas ordens: uma constitutiva, representativa da sua oposição ao substrato, à matéria passível de categorização; outra subjetiva, referente ao aspecto da apreensão ou cognição do objeto, designando a adequação ou inadequação da coisa sensorialmente percebida à forma. Essas duas ordens atuam em cópula disjuntiva, pois “o esquema constitutivo realiza a imposição sintética de uma forma a um substrato (a matéria, o informe), o esquema subjetivo separa

⁷⁸Nesse sentido, Marcus Faro de Castro (2012, p. 32) assevera: “A lógica pode ser considerada um método da filosofia e, enquanto tal, deve conter as regras destinadas a assegurar que a organização do pensamento conduza à formulação de proposições ‘verdadeiras’, ou seja, enunciados que expressem a verdade filosófica. [...] Assim, um conjunto de procedimentos de organização do discurso, que emergia como meio de estruturação da consciência alternativo ao engajamento com os ritualismos religiosos e com a poesia, desenvolveu-se na Grécia antiga, a fim de que certos enunciados fossem produzidos. Os filósofos desenvolveram e fizeram uso da dialética para produzir o discurso filosófico. Nesse sentido, a dialética pode ser considerada como ‘lógica dialética’. [...] O que se pretende é que, com a repetição do exercício de dois procedimentos, seja desenvolvido um movimento que leve a graus cada vez mais altos de abstração, e, ao final, conduza a conceitos”.

analiticamente uma forma de um substrato” (ANDLER, FAGOU-LARGEAULT, SAINT-SERNIN, 2005b, p. 853).

Percebe-se que o uso das formas implica um procedimento objetivo de categorização e uma atividade intelectual de associação/diferenciação. Ademais, o uso das formas assegura uma normatividade própria aos juízos relacionados a determinada coisa, atribuindo-lhe um caráter positivo ou negativo em relação à própria forma-parâmetro.

Essa funcionalidade das formas apresenta grande utilidade para o conhecimento científico, especialmente para as ciências normativas. A concepção de regras está essencialmente vinculada à preconcepção das formas, e nessa associação é que reside sua utilidade prática. Disso decorre sua finalidade teórica fundamental, consoante assevera Andler, Fagou-Largeault e Saint-Sernin (2005b, p. 880):

O mais evidente em toda formalização é sua utilidade prática. Uma vez formalizados, uma operação, um processo, uma representação são *transportáveis* ou *transponíveis*: podemos nos servir novamente deles em uma multidão de ocasiões. Desse ponto de vista, a formalização é uma questão de grau: se há, nos negócios humanos, relativamente pouca formalização avançada, há um pouco de formalização superficial em toda parte. Todo comportamento governado por regras implica um certo grau de formalização, pois uma regra por definição, é aplicável a um diversidade infinita de situações.

Não há dúvidas de que o direito pressupõe certos rigores formais, isto é, a regulação das relações sociais demanda a fixação de “formas” associadas a regras de observância geral pelos indivíduos. Todavia, o formalismo jurídico, ou as teorias formalistas do direito, lapidaram as “formas” jurídicas surgidas de um empreendimento intelectual essencialmente voltado para a *praxis*, transformando-a em conceitos abstratos e universais. Essa postura pragmática, denominada de *jurisprudencia*, utilizou-se do método dialético para criação de formas jurídicas essencialmente vinculadas à resolução de questões cotidianas.⁷⁹ Especialmente através dos éditos pretorianos, a *jurisprudencia* romanística compilou um conjunto de fórmulas aplicáveis a situações conflitivas de sua práxis.⁸⁰ Todavia, é importante ressaltar que as decisões formuladas pelos pretores não detinham qualquer

⁷⁹Segundo Marcus Faro de Castro (2012, p. 36/37), a *jurisprudencia* pode ser conceituada da seguinte forma: “[...] um conjunto de práticas institucionais e intelectuais mediante as quais os romanos passaram a tratar de muitos problemas de sua vida social”. E complementa: “A *jurisprudencia* era, portanto, um modo intelectualmente estilizado de prática da política, em relação a alguns setores do costume tradicional romano” (grifos no original). Ainda, cf. Ferraz Júnior (2011, p. 32 *et seq.*); Wieacker (1967, p. 15 *et seq.*); Hespanha (2005, p. 121 *et seq.*).

⁸⁰Em Tércio Ferraz Jr. (2005, p. 33), colhe-se a seguinte explanação: “O edito do pretor, no qual o direito pretoriano estava contido, por exemplo, consistia em esquemas de ação para determinados fatos-tipos e em fórmulas para a condução de processos. Por isso, não apenas faltavam certas regras (como as de preenchimento de contratos) mas, também, quando revestiam o aspecto de fórmulas (no caso de contratos de compra e venda), estas frequentemente eram apenas molduras que deveriam, então, ser preenchidas para uma aplicação prática”.

rigorismo ou sistematização, apresentando-se, em seu conjunto, bastante lacunosa. Conforme alerta Antonio Manuel Hespanha (2005, p. 125):

O direito ganha, desta forma, um carácter casuístico que incentiva uma averiguação muito fina da justiça de cada caso concreto. Para além disso, o momento da resolução dos casos é muito criativo, pois a lei não amarra, de modo nenhum, a inventiva do magistrado, que fica bastante livre para imaginar soluções específicas para cada situação. Isso explica, porventura, o desenvolvimento de uma enorme produção literária de juristas, treinados na prática de aconselhar as partes e o próprio pretor, que averiguam e discutem a solução mais adequada para resolver casos reais ou hipotéticos. Designam-se a si mesmo como técnicos na distinção entre o justo e o injusto, sabedores práticos do direito (*iuris-prudentes*) e produzem, na época áurea da sua atividade (entre 130 a.C. e 230 d.C.) centenas de milhares de páginas de consultas e opiniões, de resolução de questões, de regras de direito, de comentários ao édito do pretor.

A mudança dessa perspectiva pragmática e essencialmente casuística inicia-se com o trabalho dos jurisconsultos associados ao *Concilium Imperial*. Esses juízes profissionais empreenderam uma teorização inicial sobre determinadas práticas jurídicas através de manifestações escritas denominadas *responsa*. Essas manifestações eram observadas em virtude da autoridade concedida pelo Imperador aos juízes profissionais, normalmente personalidades destacadas da sociedade romana. Não obstante, a partir do uso intensivo da dialética, isto é, um método de argumentação lógico baseado na exploração de opiniões e contradições para se alcançar uma síntese racional, origina-se um pensamento prudencial congregado por regras, princípios, fórmulas e métodos de interpretação (FERRAZ JR., 2011, p. 36).

A partir daí, o direito alcançou paulatinamente um nível de abstração maior, adotando “formas” jurídicas voltadas à fundamentação de decisões corretas para a resolução de situações de conflito ocorridas cotidianamente. Mas, como adverte Marcus Faro de Castro (2012, p. 38), a *jurisprudencia* não reflete uma sistematização lógico-conceitual do direito, pois a sua aplicação prática restringia-se a classes mais abastadas da sociedade romana, de modo que os demais estratos sociais vinculavam-se a uma concepção essencialmente tradicional e religiosa da *praxis* social.

Ademais, nas províncias que integravam o império romano ou nos locais sob sua influência, vigoravam práticas jurídicas vulgares decorrentes da replicação de ordens imperiais (*constitutiones principum*) associadas a um direito tradicional local. Assim, em realidade, a *jurisprudencia* romana vai se revelar, nas palavras de Hespanha (2005, p. 125),

um “tesouro literário” sobre o qual se debruçarão os juristas europeus a partir da Baixa Idade Média com a descoberta do *Corpus Iuris Civilis*.⁸¹

A *jurisprudencia* romana, apesar de seu casuísmo, foi uma elaboração intelectual fundamental para o formalismo jurídico que se iniciaria a partir da análise de juristas medievais dos livros que integram o *Corpus Iuris Civilis*. De fato, segundo Marcus Faro de Castro (2012, p. 42), a *jurisprudencia* trouxe a possibilidade de “libertar a subjetividade (consciência) da determinação a partir de um não conceito (religioso)”, transformando o direito romano no veículo promotor de uma liberdade concreta frente às tradições e a “aquisição da consciência dessa liberdade”.

Com a queda do império romano, as ordens jurídicas medievais se organizaram a partir de três grandes pilares: os escombros estruturantes da burocracia e de uma administração centralizada no poder monárquico absoluto, legados pelo império romano ocidental; a igreja romana, promotora de uma dogmática jurídica; e as tradições dos povos bárbaros (WIEACKER, 1967, p. 16). Tais elementos engendraram duas mudanças significativas para a construção de uma nova racionalidade jurídica: a sacralização do direito, em virtude da adoção pelo Cristianismo de uma perspectiva política de dominação (FERRAZ JR, 2011, p. 38); o surgimento de um pluralismo jurídico decorrente da coexistência de distintos projetos de poder (HESPANHA, 2005, p. 161).

Nesse sentido, Marcus Faro de Castro (2012, p. 69/70) esclarece que o pluralismo jurídico encontrado no período medieval estava intrinsecamente associado a projetos protagonizados por distintos grupos de interesse: “os clérigos (direito canônico); os comerciantes nas cidades (direito comercial); os príncipes feudais e seus súditos (direito feudal); o Sacro Imperador e também as coalizões entre ‘príncipes novos’ e grupos burgueses (direito civil)”. Não obstante, apenas os projetos hegemônicos vinculados ao direito canônico e ao direito civil empreenderam a estruturação de programas conceituais (formas) logicamente sistematizados e vinculados a premissas metafísicas.

⁸¹A formação do *Corpus Iuris Civilis* é retratada sinteticamente por Hespanha (2005, p. 126/127): “[...] nos meados do século VI, o Imperador Justiniano, um apaixonado pela cultura clássica e um nostálgico das antigas grandezas de Roma, empreende uma tarefa de recolha de textos jurídicos da tradição literária romana, desde as obras dos juristas romanos clássicos, que mandou reunir numa compilação que chamou *Digesto* (i.e., resumo, seleção) ou *Pandectas* (i.e., obra enciclopédica), 529 d.C., até à legislação imperial dos seus antecessores, que foi recolhida no *Código* (i.e., livro), 529 d.C. A sua obra de recolha foi completada por um manual de introdução, as *Instituições*, 530 d.C., e por uma compilação póstuma, as *Novelas*, 565 d.C., as ‘constituições novas’ promulgadas pelo próprio Justiniano depois da saída do *Código*. É este conjunto de livros – a que, a partir do século XVI, se dá o nome de *Corpus Iuris Civilis* – que vai constituir a memória medieval e moderna do direito romano [...]”.

A influência da cristandade na construção do direito decorre da notável disseminação dos preceitos da fé cristã a partir de Constantino, a quem coube elevar o cristianismo à religião oficial do império romano.⁸² A difusão da sua influência na vida medieval se constata a partir da assunção pela igreja ocidental de diversas atividades de orientação pública, social e moral perante a comunidade. Amparada em sua legitimação social, a igreja cristã assume-se como instituição⁸³ política e reclama para si a autoridade como fundamento da relação de obediência dos indivíduos, atribuindo aos príncipes seculares o exercício do poder. A propósito, Ferraz Jr. (2011, p. 39) esclarece:

Após o século V, assumindo-se como instituição política, a Igreja adota a distinção romana entre *auctoritas* e *potestas*, reclamando para si a primeira e deixando a segunda, que não estava mais ‘nas mãos do povo’, como dizia Cícero, para os príncipes seculares. Tal separação, aliás, deixou, pela primeira vez, desde os romanos, o político sem autoridade, só com o poder. Como, ao contrário do romano, a autoridade de Cristo era transcendente ao mundo político, para justificá-la, o cristianismo teve de amalgamá-la com os padrões e as medidas transcendentais da tradição platônica com seu mundo de idéias. Juntam-se em seu pensamento, num só, os conceitos de início e de fundação com a idéia grega de medida transcendente da razão, de verdade.

⁸²Em Hespanha (2005, p. 148/149), colhe-se a fase transicional da clandestinidade da religião cristã para o desenvolvimento institucional da Igreja ocidental: “Tudo se modificou, porém, com a outorga da liberdade de culto pelo imperador Constantino, em 313 d.C. A jurisdição do Papa e dos bispos sobre os fiéis pode, agora, ser abertamente exercida, sendo mesmo fomentada pelo poder imperial, que atribui força de julgamento às decisões episcopais sobre litígios que lhes tivessem sido voluntariamente sujeitos e reserva para a jurisdição eclesiástica o julgamento das infrações puramente religiosas. A partir do século V, o Império – e, depois, os restantes poderes temporais – reconhece à Igreja o privilégio de foro, atribuindo-lhe uma jurisdição privativa sobre os clérigos. No século X, a Igreja arroga-se a jurisdição sobre todas as matérias relativas aos sacramentos, nomeadamente, sobre o casamento. Esta progressiva extensão do domínio jurídico-jurisdicional da Igreja foi ainda facilitada pela derrocada das estruturas políticas, jurídicas e jurisdicionais no Ocidente europeu consequente à queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) e às invasões germânicas”.

⁸³ O termo instituição adquiriu grande relevância a partir da consolidação da sociologia positivista, especialmente com Émile Durkheim. Abbagnano (1998, p. 571) esclarece que: “Na sociologia contemporânea, esse termo é de uso frequente e foi empregado, p.ex., por Durkheim como objeto específico da sociologia, definida precisamente como ‘ciência das instituições’ (*Règles de la méthode sociologique*, 2ª ed., p. XXIII). A instituição por vezes foi entendida como um conjunto de normas que regulam a ação social (exatamente como faz Durkheim); outras vezes, em sentido mais geral, como ‘qualquer atitude suficientemente recorrente num grupo social’”. Em Max Weber (2000, p. 31/33), o termo instituição é qualificado como uma espécie de associação. A associação consiste numa relação social de caráter restritivo, no sentido de que, a participação está condicionada à satisfação de condições previamente determinadas. Ela pode ser autônoma ou heterônoma, autocéfala ou heterocéfala. O primeiro binômio adota por critério de diferenciação a forma de constituição da ordem associativa, isto é, se as regras observadas pelos seus integrantes foram estabelecidas por eles próprios (autonomia) ou por terceiros (heteronomia). Já o segundo binômio vincula-se ao exercício do poder de direção, de modo que a associação autocéfala se caracteriza pelo fato da direção e respectivo quadro administrativo ser designado pela própria associação; de modo oposto, há a heterocéfalia quando a direção e seu quadro administrativo é nomeado por terceiro a ela não associado. Assim, uma instituição corresponde a uma associação dotada de ordens racionalmente estatuídas. De forma mais específica: “Uma ‘instituição’ é sobretudo o próprio Estado junto com todas suas associações heterocéfalas e – desde que suas ordens estejam racionalmente estatuídas – a igreja. As ordens de uma ‘instituição’ pretendem vigência para toda pessoa à qual *se aplicam* determinadas características (nascimento, domicílio, utilização de determinados serviços), sendo indiferente se pessoalmente se associou – como no caso da união – ou não e, menos ainda, se participou ou não na elaboração dos estatutos. São, portanto, ordens *impostas*, no sentido específico da palavra” (grifos no original).

A construção de um pensamento jurídico associado aos dogmas cristãos justificou a adoção da metafísica platônica como fundamento de validade para o atributo transcendental da divindade cristã (Deus). A teorização do direito medieval canônico associou a fundamentação metafísica da verdade bíblica à formação de um discurso jurídico racional orientador da ação e da tomada de decisões, utilizando-se do pensamento dogmático originário da teologia cristã.

Desta forma, o pensamento jurídico assume-se dogmático, tornando prescindível a investigação teórica de seus pressupostos de validade, o que pressupõe o postulado da “inegabilidade dos pontos de partida” (FERRAZ JR., 2011, p. 25), de modo que o jurista constrói seu discurso a partir de um ponto de partida irrefutável, que se constituirá em balizamento para o desenvolvimento do seu conhecimento. O jurista se obriga aos dogmas estabelecidos e, a partir deles, interpreta essa vinculação com referência ao contexto histórico-social. Corroborar essa percepção, a seguinte lição de Franz Wieacker (1967, p. 18):

Através do cristianismo, todo o direito positivo entrou numa relação ancilar com os valores sobrenaturais, perante os quais ele tinha sempre que se legitimar. A partir do momento em que Santo Agostinho pensou a comunidade jurídica terrena do império romano como cópia da cidade divina, a metafísica do direito – ainda que sob a forma da sua negação – tornou-se o tema condutor de todo o pensamento jurídico até ao século passado. Esta metafísica, inteiramente estranha às origens da cristandade, bem como às do direito romano, foi a descoberta de Platão, descoberta que os Padres da Igreja receberam e a teologia da alta Idade Média renovou. Ainda que ela seja considerada uma descoberta do espírito grego, o certo é que, para o pensamento jurídico europeu até a início da época moderna, foi quase exclusivamente mediada pela teologia.

Há que se ressaltar que a dogmática jurídica permeada pela teologia cristã apenas se fez possível a partir da monopolização da transmissão do conhecimento pela Igreja. A partir da queda do império romano, a organização pedagógica e escolar restringiu-se às escolas conventuais que se utilizavam do método trivial da antiguidade (o *trivium*)⁸⁴, consistente no

⁸⁴Segundo Ferraz Jr. (2011, p. 38): “A ciência (europeia) do direito propriamente dito nasce em Bolonha no século XI [...]. Com um caráter novo, mas sem abandonar o pensamento prudencial dos romanos, ela introduz uma nota diferente no pensamento jurídico: sua dogmaticidade. O pensamento dogmático, em sentido estrito, pode ser localizado, em suas origens, nesse período. Seu desenvolvimento foi possível graças a uma resenha crítica dos *digestos* justinianeus, a *Littera Boloniensis*, os quais foram transformados em textos escolares do ensino na universidade. Aceitos como base indiscutível do direito, tais textos foram submetidos a uma técnica de análise que provinha das técnicas explicativas usadas em aula, sobretudo no *Trivium* – Gramática, Retórica e Dialética, caracterizando-se pela glosa gramatical e filológica, donde a expressão *glosadores*, atribuída aos juristas de então. Em sua explicação, o jurista cuidava de uma harmonização entre todos eles, desenvolvendo uma atividade eminentemente exegética que se fazia necessária porque os textos nem sempre concordavam, dando lugar às *contrariedades*, as quais, por sua vez, levantavam as *dubitationes*, conduzindo o jurista a sua discussão, *controvérsia*, *dissentio*, *ambiguitas*, ao cabo da qual se chegava a uma *solutio*. A *solutio* era obtida quando se atingia, finalmente, uma concordância” (grifos no original).

ensino da gramática, da lógica (dialética) e da retórica. De acordo com Wieacker (1967, p.19), o monopólio do conhecimento pela Igreja tornou-se um excelente instrumento de dominação, pois a expressão literária escrita se constituiu na condição inicial para a manutenção atemporal da “legislação, administração, jurisprudência e tráfego jurídico”.

O projeto de construção do direito civil coexistiu nas universidades do continente europeu, partindo-se da escolástica e da teorização aristotélica. A união da doutrina do direito natural de São Tomás de Aquino associada ao formalismo jurídico, proporcionou a construção de formas jurídicas novas a partir das análises críticas tecidas sobre o *Corpus Iuris Civilis* nas universidades.

A dignidade e relevância adquirida pelo direito romano nesse período tornou-se o elemento de disputa entre estes distintos projetos de poder, contrapondo duas perspectivas distintas: uma vinculada às pretensões da Igreja, que considerava o direito romano como um estágio antecedente da comunidade cristã inaugurada com Constantino; outra, vinculada ao Sacro-Imperador e aos novos príncipes, associada ora a uma prerrogativa imperial de criar o direito (adoção de um conceito de soberania e absolutismo monárquico), ora a um virtualismo secular apropriado pelas correntes humanistas e pelas repúblicas italianas.⁸⁵ Esse ponto de vista é sintetizado por Wieacker (1967, p. 44/45):

Esta refração da ideia de Roma mostra precisamente que todos os partido vêem agora no direito romano pura e simplesmente o direito da comunidade jurídica humana. Para todos ele constituía o direito natural por força da sua dignidade histórica e autoridade metafísica; e assumiu, assim, no projecto conjunto do pensamento jurídico medieval, a categoria de uma moral válida em geral: tudo isto, no entanto, sem exigir, nem sequer na Itália, uma sua aplicação directa através dos corpos de magistrados. Assim, recorriam ao direito romano não só os juristas, como ainda os canonistas e mesmo os cultores da teologia moral, a partir do momento em que os decretistas tinha extraído precisamente das *Instituições* e do *Digesto* a ideia (originalmente estranha à teologia) de *jus naturale*. Por outro lado, mesmo a própria imagem do direito dos glosadores não era uma imagem técnico-jurídica. Ela radicava também na ideia mais genérica de direito natural da alta Idade Média, na qual as concepções e tópicos aristotélicos, estoicos, ciceronianos e patrísticos se tinham introduzido como os elementos mais firmes; isto foi favorecido pelo facto de o *Corpus Iuris*, pela sua parte, ter recolhido elementos do direito natural estoico. Os estímulos para uma rendição ao *Corpus Iuris* residiram, portanto, não apenas num interesse técnico-científico, mas na busca de um fundamento mais seguro para uma ética político-social dessa época.

A apropriação do *Corpus Iuris Civilis* pelo academicismo proporciona um discurso jurídico profano (*studium civile*) na universidade de Bolonha, ensejando a formação de uma *universitas scholarum*, isto é, uma corporação intelectual profana, que se constituirá na escola dos Glosadores (WIEACKER, 1967, p. 47). A partir desse movimento intelectual a

⁸⁵Cf. Wieacker (1967, p. 43/45); Castro, (2012, p. 76/75).

dogmática jurídica e o formalismo jurídico associaram-se na construção de um empreendimento eminentemente descritivo, qual seja, “explicitar ‘verdades’ supostamente contidas na Codificação e destinadas a valer como dogmas com inédita utilidade política” (CASTRO, 2012, p. 83).

Mediante uma exegese eminentemente textual, os Glosadores empreenderam a exposição dos significados presentes nas formas da *jurisprudencia* romana e, abeberando-se na doutrina do direito natural professada pela escolástica, criaram os dogmas para o exercício da autoridade política. Posteriormente, os Pós-Glosadores (Comentadores ou Consiliadores)⁸⁶ firmaram novas formas jurídicas adequadas ao contexto histórico de expansão das cidades e incremento das atividades mercantis. A atividade exegética dos Pós-Glosadores detinha eminente finalidade prática: a integração entre as formas romanas e as novas formas originárias do *ius commune* com o intuito de criar um corpo orgânico sistematizado em princípios universais. Essa orientação intelectual emergiu do inevitável conflito entre a fé cristã e a razão escolástica, proporcionando, segundo Hespanha (2005, p. 212) uma orientação filosófica realista e racionalista:

Instaura-se, portanto, uma atitude filosófica que poderemos classificar de *realista* e de *racionalista*. De realista porque se propõe investigar, não o que os textos sagrados ou da autoridade dizem das coisas, mas a própria natureza das coisas. De racionalista porque procura levar a cabo esta investigação com o auxílio de processos racionais, processos estes cuidadosamente disciplinados por regras de ‘pensar correctamente’ (lógica) aprendidas dos filósofos clássicos (sobretudo, de Aristóteles).

Com os Glosadores, a teorização do direito permaneceu profundamente marcada pelo formalismo, pela dogmática e pela sistematização, alternando apenas entre a justificação metafísica (jusnaturalismo) ou amoral (positivista) de seus pressupostos. De fato, através do construto dessas escolas, o saber jurídico passou a estar fortemente estruturado em princípios universais e institutos por eles informados, pavimentando a construção posterior de ‘sistemas’ jurídicos gerais conglobados por conceitos abstratos, empreendimento esse que será realizado pelo racionalismo moderno.

Assim, no período mediado pelo século XVII até o século XIX, o pensamento jurídico moderno focaliza suas preocupações na fixação das leis naturais da *praxis* social, associando-se a uma lógica mecanicista da filosofia natural. A preocupação do jurista torna-se a fixação de um sistema fundado em conceitos e leis imanentes do Direito Natural, adquirindo relevância o “esquema formal básico, por meio do qual interconectam os

⁸⁶Cf. Hespanha (2005, p. 210).

seguintes conceitos metafísicos: Estado de Natureza, Contrato Social e Sociedade Civil” (CASTRO, 2012, p. 114).

É interessante asseverar que o jusracionalismo moderno, apesar de estar calcado na revolução cultural provocada pelo iluminismo, representou uma continuidade de uma tradição coesa que remonta à tradição cultural greco-romana. Ademais, com o cientificismo, o pensamento jurídico incorpora o ideal de sistematização, assumindo um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado e adquirindo uma metodologia própria. Essa característica é ressaltada por Wieacker (1967, p. 310):

Com o sistema do jusracionalismo, a ciência jurídica positiva adoptou também a sua *construção conceitual*. Numa teoria que tinha de se comprovar perante o *fórum* da razão através da exactidão matemática das suas premissas, o conceito geral adquiriu uma nova dignidade metodológica. Agora, ele não era já apenas um apoio tópico, um artifício na exegese e harmonização dos textos, mas o símbolo central que exprimia a pretensão de ordenação lógica da ciência jurídica. As últimas fases do jusracionalismo, sobretudo, consideravam que a sua missão consistia numa demonstração das normas jurídicas que aspirasse à evidência lógica da prova matemática, e que consistisse, portanto, numa ininterrupta progressão dos conceitos mais gerais para os mais especiais: uma *demonstratio more geometrico*, a que corresponde, como precisamente se exprime no título e na forma expositiva da sua *Ethica more geometrico demonstrata*, a metafísica de Espinosa.

Neste momento, a teoria jurídica passa por nova lapidação. Associa o método científico-sistemático de construção de conceitos abstratos universais (formalismo) da qual, mediante procedimento lógico-dedutivo, extrai seus pressupostos ético-rationais que fundamentam as regras que conduzirão a ação e a tomada de decisões (dogmática). Assim, “a teoria jurídica consegue transformar o conjunto de regras que compõem o direito em regras técnicas controláveis na comparação de situações vigentes com as situações idealmente desejadas” (FERRAZ JR., 2011, p. 45).

A etapa subsequente desse processo evolutivo é marcada pela hegemonia do método científico no âmbito do pensamento jurídico e o repúdio à fundamentação metafísica do direito.⁸⁷ O contexto histórico das grandes codificações inauguradas a partir da Revolução Francesa, a preponderância da lei como fonte de produção jurídica, o controle do poder político pela burguesia, e a consolidação de uma burocracia administrativa e hierarquizada, efetivaram as condições para uma forte reação ao jusnaturalismo. O discurso jurídico justifica-se pela sua materialidade coercitiva e punitiva e passa a ser associado à própria ordem estatal.

⁸⁷Cf. Bobbio (1995, p. 131 *et seq.*); Wolkmer (2001, p. 25 *et seq.*; 2006, p. 187 *et seq.*)

Segundo Norberto Bobbio (1995, p. 119), dois são os fatos históricos conducentes ao surgimento das teorias juspositivistas: a emergência da lei como fonte exclusiva do direito e a adoção pelo jurista do método científico. A partir desses antecedentes, o direito como ciência tem por objeto a análise das normas postas, isto é, do direito positivo. A formação da consciência teórica positivista perpassa por um método simplificador integrado por duas atividades: a) a simplificação quantitativa, que empreende a redução do material de análise, o que foi concretizado através das codificações; b) a simplificação qualitativa, que busca a construção de um sistema lógico de institutos inter-relacionados, dotado de clareza e coerência.

A simplificação quantitativa e qualitativa torna-se o fio condutor para a formação do positivismo jurídico que, segundo Bobbio (1995, p. 131/132), apresenta as seguintes características: a) o direito é um fato e não um valor; b) o direito é definido em função de sua coatividade; c) a legislação é a fonte preeminente de produção normativa; d) a norma jurídica é qualificada como um comando; e) as normas jurídicas integram um todo unitário (ordenamento jurídico) dotado de coerência e completude; f) adoção do método mecanicista de interpretação do direito, de cunho essencialmente declarativo; g) enunciação do postulado de obediência absoluta da lei.

A perspectiva juspositivista tornou-se hegemônica a partir da metade do século XIX e engendrou a ciência dogmática do direito fundada em dois dogmas: a completude, isto é, a ordem jurídica não apresenta lacunas; e a subsunção, que orienta o raciocínio jurídico pela aplicação de um procedimento silogístico fundado na fixação de uma premissa maior (a norma jurídica) contraposta a uma premissa menor (o caso concreto), da qual se extrai a decisão. A dogmática jurídica, já científicizada, oferece um amplo grau de manipulação do direito, mas paga um preço por isso: “[...] um distanciamento progressivo da realidade, pois a ciência dogmática, sendo abstração de abstração, vai preocupar-se de modo cada vez mais preponderante com a função de suas próprias classificações, com a natureza jurídica de seus próprios conceitos, etc.” (FERRAZ JR., 2011, p. 55).

Esse é o “calcanhar de Aquiles” da ciência dogmática jurídica. Ressalte-se que, durante o transcurso da história, o saber jurídico revelou-se essencialmente pendular, de modo que o conhecimento jurídico tem oscilado entre o voluntarismo e o racionalismo. Colhe-se a distinção entre essas duas posturas epistemológicas em Hespanha (2005, p. 220/221):

Para o voluntarismo, o direito é o produto de uma vontade – a vontade divina, a vontade do legislador ou do príncipe, a vontade geral – cujo conteúdo é, em princípio, arbitrário. Daí que o jurista apenas tenha uma forma de descobrir o que é justo – interpretar, da forma mais humilde possível, a vontade da entidade que *quis* o direito. Este torna-se, assim, num dado indisponível a que o intérprete apenas tem que obedecer. Para o racionalismo, pelo contrário, o direito constitui uma ordem pré-estabelecida – inscrita na natureza humana ou na natureza das coisas – à qual se pode aceder mediante um uso adequado da razão. Os efeitos de uma ou de outra atitude são opostos. Nas épocas em que predominam concepções do primeiro tipo, parece haver uma pequena margem para se exercitar uma atividade doutrinal autónoma sobre o direito. Pois esta consiste numa *via ratiocinante* de acesso ao ‘justo’ (à solução justa ou jurídica dos problemas), via esta que o voluntarismo começa por negar. [...] A atitude do voluntarismo não é, de modo algum, *pensar* o direito mas, em vez disso, *obedecer* ao direito. Já nas épocas em que domina um concepção racionalista do direito, se propõe uma técnica, mais ou menos rigorosa, de encontrar racionalmente o justo. Como agora se acredita que o direito pode ser encontrado ratiocinando, toda a preocupação dos juristas é fixar o caminho, o curso, que a razão terá que percorrer (discurso) para encontrar a solução jurídica. E vai surgir, assim, uma intensa atividade metodológica tendente a descobrir as correctas regras do pensamento jurídico.

O voluntarismo presente no juspositivismo decorre da consolidação do modo capitalista de produção e a estabilização da burguesia como classe social dominante. Exsurge, assim, a demanda por uma mutabilidade e controle do direito, o que perpassava pelo monopólio das fontes jurídicas pelo Estado.

O juspositivismo impôs-se como uma arquitetura lógico-formal unitária, respaldada por um arcabouço normativo-dogmático que conferia a segurança, hierarquia e certeza a um monismo jurídico legitimador de uma concepção social e econômica integrada e harmônica do mundo. Com o positivismo, a dogmática jurídica associada ao formalismo torna-se estéril de premissas valorativas, reduzindo-se apenas à análise das formas existentes na ordem jurídica vigente. Em consequência, “a instrumentalidade do Direito enquanto técnica coativa, marcada pela sanção organizada, repousa na autoridade estatal e nos mecanismos formais que diluem os influxos condicionantes das formas ideológicas” (WOLKMER, 2001, p. 62).

A dogmática jurídica deixa de estar associada a conceitos metafísicos racionais. O princípio da inegabilidade dos pontos de partida, no âmbito do positivismo, consiste na fundamentação hipotética do próprio ordenamento jurídico numa norma pressuposta, que é denominada norma fundamental em Hans Kelsen (1998).⁸⁸ Com esse ponto de partida, o

⁸⁸Norberto Bobbio (1997a, p. 59) bem explana essa questão: “A norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais poder de fixar normas válidas, impõe a todos aqueles aos quais se referem as normas constitucionais o dever de obedecê-las. É uma norma ao mesmo tempo atributiva e imperativa, segundo se considere do ponto de vista do poder ao qual dá origem ou da obrigação que dela nasce. [...] Note-se bem: a norma fundamental não é expressa, mas nós a pressupomos para fundar o sistema normativo. Para fundar o sistema normativo é necessária uma norma última, além da qual seria inútil. [...] Posto um ordenamento de normas de diversas procedências, a unidade do ordenamento postula que as normas que o

juspositivismo logrou construir toda a unidade e coerência do edifício jurídico, deduzindo seu elemento basilar, a norma jurídica.⁸⁹

Todavia, seguindo o movimento pendular, a partir de meados do século XIX, iniciou-se esforços doutrinários de crítica ao positivismo jurídico e à dogmática avalorativa-formalista que o acalentava. O desenvolvimento do capitalismo e os resultados do progresso científico propiciaram o surgimento de críticas à excessiva assepsia conduzida pelo positivismo em relação à realidade social subjacente. A partir dessa constatação, tem-se efetivado um retorno, ainda que mediado pelo direito estatal, de uma perspectiva axiológica.

A nova argumentação principiológico-valorativa relacionada a uma associação entre o direito natural e o direito positivo demonstra essa mudança.⁹⁰ Ainda, o conhecimento jurídico caminhou no sentido da ruptura com o monopólio da legalidade dogmático-positivista, introduzindo discussões interdisciplinares e sócio-políticas sobre o fenômeno jurídico, com vistas à aproximação do direito estatal aos debates sobre o exercício do poder, as ideologias⁹¹ e as práticas sociais.⁹²

compõem sejam unificadas. Essa *reductio ad unum* não pode ser realizada se no ápice do sistema não se põe uma norma única, da qual todas as outras, direta ou indiretamente, derivem” (grifo no original).

⁸⁹Nesse aspecto, colhe-se a observação de Andityas Matos (2005, p. 103): “Kelsen operou no Direito o que Kant operara na Filosofia, ou seja, a separação das esferas do ser e do dever-ser. Com isso pôde fundar a ciência do direito, que tem seu objeto formal próprio (a norma jurídica positiva), seu método específico (o normológico, que descreve as normas jurídicas por meio de proposições jurídicas) e seu axioma fundamental (a *Grundnorm*)”.

⁹⁰Cf. Zagrebelsky (2009, p. 116 *et seq.*); Dworkin (2002, p. 35 *et seq.*). Para uma proposta finalística dos princípios jurídicos, cf. Ávila (2008, p. 78/79).

⁹¹Marilena Chauí (1980, p. 22) explicita que o termo ideologia surgiu primeiramente no livro de Destutt de Tracy, denominado ‘Eléments d’Idéologie (Elementos de Ideologia). O autor pretendia “elaborar uma ciência da gênese das idéias, tratando-as como fenômenos naturais que exprimem a relação do corpo humano, enquanto organismo vivo, com o meio ambiente”. Com Auguste Comte, teórico do positivismo filosófico, o termo adquiriu a denotação de conjunto de ideias de uma época, seja para designar uma opinião majoritária, seja para identificar uma doutrina elaborada por teóricos em determinado momento. Em Émile Durkheim, o termo ideologia é utilizado para designar o conhecimento não científico, isto é, o conhecimento destituído de objetividade e, por conseguinte, eminentemente subjetivo. Karl Marx imprime ao termo ideologia a representação da luta de classes, de modo que a palavra passa a designar um pensamento típico de uma classe para assegurar-lhe a hegemonia e o domínio sobre outra ou outras. Neste sentido, Chauí (1980, p. 31) define ideologia como “fato social justamente porque é *produzida* pelas relações sociais, possui razões muito determinadas para surgir e se conservar, não sendo um amontoado de idéias falsas que prejudicam a ciência, mas uma certa maneira de produção das idéias pela sociedade, ou melhor, por formas históricas determinadas das relações sociais” (grifo no original). Para maior aprofundamento sobre a teorização da ideologia na contemporaneidade, cf. ZIZEK, Slavoj (Org.). **Um Mapa da Ideologia**. Trad.: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

⁹²Ferraz Jr. (1998) empreende um interessante estudo sobre a função social da dogmática jurídica, tentando aproximar o seu referencial tecnológico, isto é, um instrumento para a tomada de decisão e para a ação à complexidade crescente da sociedade, o que induz a um aumento da abstração conceitual para fazer frente à situação de incerteza.

Neste sentido, a crítica ao positivismo jurídico propõe a restauração da prudência⁹³ e do pluralismo⁹⁴ como consciência de um direito adaptável à realidade e que refoge a uma lógica matemática *more geometrico*.

1.2.2 A DOGMÁTICA JURÍDICA APLICADA AO DIREITO TRIBUTÁRIO: A GLORIFICAÇÃO DO FATO GERADOR

O estatuto teórico da ciência jurídica congregou, a partir de meados do século XIX até o período contemporâneo, a dogmática jurídica e o formalismo positivista. O dogmatismo jurídico cientificizado apropria-se do processo de subsunção como instrumento de aplicação das formas normativas, assumindo um esquematismo binário simplificador: adequação/inadequação. Desta forma, o jurista torna-se um descritor da natureza jurídica e dos regimes jurídicos relacionados aos distintos objetos da ciência dogmática, empreendendo a construção de enormes redes de conceitos correlacionados. Esse perfil

⁹³Com relação à retomada da prudência em contraposição à ciência, Zagreblesky (2009, p. 123) assevera: “Resulta aqui oportuna a contraposição, cujo profundo significado originário já não se percebe hoje, entre *scientia juris* e *juris prudentia*, a primeira como racionalidade formal, a segunda como racionalidade material, isto é, orientada aos conteúdos. Em termos aristotélicos, *episteme* frente a *phronesis*; em termos escolásticos, *ratio speculativa* frente a *ratio practica*. Enquanto o critério que preside as primeiras e a oposição qualitativa verdadeiro-falso, tudo-nada, o que preside as segundas é uma progressão quantitativa que vai desde o menos ao mais apropriado, desde o menos ao mais oportuno, desde o menos ao mais adequado e produtivo. São as mentalidades contrapostas em geral. Na linguagem que hoje costuma se usar, esta atenção ao possível na realização de princípios se denomina ‘razoabilidade’: uma discutível expressão para aludir ao que classicamente se conhecia como prudência no tratamento do direito. Está claro que este modo de situar-se frente ao direito constitui somente uma atitude, uma predisposição para até soluções dúcteis que tomem em consideração todas as razões que podem reivindicar bons princípios a seu favor” (tradução nossa). No original: “Resulta aquí oportuna la contraposición, cuyo profundo significado originario ya no se percebe hoy, entre *scientia juris* y *juris prudentia*, la primera como racionalidad formal, la segunda como racionalidad material, es decir, orientada a los contenidos. En términos aristotélicos, *episteme* frente a *phronesis*; en términos escolásticos, *ratio speculativa* frente a *ratio practica*. Mientras el criterio que preside las primeras es la oposición cualitativa verdadero-falso, todo-nada, el que preside las segundas es una progresión cuantitativa que va desde lo menos a lo más apropiado, desde lo menos a lo más oportuno, desde lo menos a lo más adecuado y productivo. Son las mentalidades contrapuestas en general. En el lenguaje que hoy suele usarse, esta atención a lo posible en la realización de los principios se denomina ‘razonabilidad’: una discutible expresión para aludir a lo que clásicamente se conocía como la ‘prudencia’ en el tratamiento del derecho. Está claro que este modo de situarse frente al derecho constituye solamente una actitud, una predisposición hacia soluciones dúctiles que tomen en consideración todas las razones que puedan reivindicar buenos principios a su favor”.

⁹⁴Sobre o pluralismo, observe-se a orientação doutrinal de Wolkmer (2001, p. 76): “Evidentemente que a substituição do clássico modelo jurídico técnico-dogmático por um novo paradigma aponta, no dizer de Campilongo, para um amplo processo de ‘flexibilidade, abrangência e racionalidade substantiva’ que leva à superação da ‘rígida identificação formal do Direito com a lei’ e à revisão do ‘princípio do monopólio estatal da produção normativa’. [...] A clara indicação de um novo paradigma de validade para o Direito alicerçado num certo tipo particular de pluralismo, capaz de reconhecer e legitimar normatividades extra e infra estatais (institucionalizadas ou não), engendradas por carências e necessidades próprias das contingências de sujeitos coletivos recentes, e de apreender as especificidades das representações formadas juridicamente no contexto de sociedades do Capitalismo periférico, marcadas por estruturas de igualdades precárias e pulverizadas por espaços de conflitos intermitentes”.

teórico associa a ciência dogmática a uma atividade essencialmente tecnológica, segundo a arguta observação de Ferraz Jr. (2011, p. 60):

Desse modo, podemos dizer que a ciência dogmática cumpre as funções típicas de uma *tecnologia*. Sendo um pensamento conceitual, vinculado ao direito posto, a dogmática pode instrumentalizar-se a serviço da ação sobre a sociedade. Nesse sentido, ela, ao mesmo tempo, funciona como um agente pedagógico – junto a estudantes, advogados, juízes, etc. – que institucionaliza a tradição jurídica, e como um agente social cria uma ‘realidade’ consensual a respeito do direito, na medida em que seus corpos doutrinários delimitam um campo de solução de problemas considerados relevantes e cortam outros, dos quais ela desvia a atenção. [...] Nestes termos, um pensamento tecnológico é, sobretudo, um pensamento fechado à problematização de seus pressupostos – suas premissas e conceitos básicos têm de ser tomados de modo não problemático – a fim de cumprir sua função: criar condições para a ação.

Esse paradigma científico-tecnológico da dogmática foi efusivamente abraçado pelos juristas atuantes na seara tributária, propiciando uma teorização exclusivamente voltada à análise minuciosa da estrutura da norma tributária e à sistematização dos institutos relacionados ao conceito abstrato de tributo. Relegou-se toda uma relevante análise sobre as finalidades do exercício do poder de tributar e seus efeitos sobre a sociedade e o indivíduo.

Segundo expõe Manuel Atienza (1985, p. 53) o enfrentamento teórico da indagação sobre o que é o direito pressupõe três enfoques distintos: estruturalista, funcional ou valorativa. O primeiro enfoque se preocupa primordialmente em analisar os elementos integrativos do direito e suas relações intrínsecas; já a perspectiva funcional empreende uma pesquisa sobre as funções do direito, isto é, a definição de sua finalidade; por fim, a visão valorativa concentra-se na análise do direito como sistema ou ordem ideal, atendo-se à verificação da justiça de suas premissas. Obviamente, estas três propostas analíticas podem se apresentar em conexão, de modo que o estudioso empreenda uma análise estrutural, secundada pela dissecação finalística e, por fim, a pesquisa dos valores resguardados pelo direito.

Todavia, ainda com Atienza (1985), a proposta estruturalista tornou-se hegemônica no âmbito da teoria jurídica, especialmente em decorrência da cientificização do direito e a predominância da dogmática formalista de cunho positivista.⁹⁵ Nessa linha de raciocínio, o direito torna-se submetido a uma racionalidade lógico-formal e transforma-se no instrumento de legitimação do poder político e tecnologia de dominação (SANTOS, 2000, p. 143). Isso somente se fez possível após a depuração total do direito em relação a elementos exógenos, principalmente políticos, econômicos e morais, empreendendo-se uma rigorosa

⁹⁵Cf. tópico 1.1.3.1 supra.

construção formal de conceitos correlacionados e interdependentes. Além disso, a coatividade do direito e seu elemento revelador, a sanção, torna-se o ato final da estruturação do direito. Nesse aspecto, observe-se a seguinte passagem de Kelsen (1998, p. 36):

Neste sentido, as ordens sociais a que chamamos Direito são ordens coativas da conduta humana. Exigem uma determinada conduta humana na medida em que ligam à conduta oposta um ato de coerção dirigido à pessoa que assim se conduz (ou aos seus familiares). [...] Dizer que o Direito é uma ordem coativa significa que as suas normas estatuem atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica. Isto não significa, porém, que em todos os casos da sua efetivação se tenha de empregar a coação física. Tal apenas terá de suceder quando essa efetivação encontre resistência, o que não é normalmente o caso.

A hegemonia da concepção estruturalista do direito logo se demonstrou insuficiente para apreender a complexidade do fenômeno jurídico. Norberto Bobbio (2007, p. XIII) ressaltou o “problema da função” como tema excluído das preocupações de juristas dedicados à construção científica de uma teoria jurídica purificada. Todavia, o intruso bate à porta, elevado à condição de novidade pela difusão da sociologia do direito a partir do século XX. Desta forma, o teórico italiano profetiza (BOBBIO, 2007, p. XIII):

Contudo, o direito não é um sistema fechado e independente, ainda que nada nos impeça de assim considerá-lo quando nos pomos do ponto de vista das estruturas formais. Em relação ao sistema social considerado em seu todo, em todas as suas articulações e inter-relações, o direito é um subsistema que se posiciona ao lado dos outros subsistemas, tais como o econômico, o cultural e o político, e em parte se sobrepõe e contrapõe a eles. Ora, aquilo que o distingue dos outros subsistemas, junto aos quais constitui o sistema social em seu todo, é a função. [...] A passagem da teoria estrutural para a teoria funcional é também a passagem de uma teoria formal (ou pura!) para uma teoria sociológica (impura?).

Em tópico anterior⁹⁶ já pontuamos que o ideal da pureza representa uma ilusão da ordem como fundamento absoluto para a coesão social, objetivo exclusivo das construções teóricas empreendidas pelos juristas a partir da hegemonia do método-científico positivista.⁹⁷ É notoriamente conhecida a assertiva de Kelsen (1998, p. 1) de que sua teoria “é ciência jurídica e não política do Direito”. Não obstante, a complexidade e o pluralismo

⁹⁶Cf. tópico 1.1.1 supra.

⁹⁷Essa constatação é bastante enfatizada por Boaventura Sousa Santos (2000, p. 119/120): “Ao direito moderno foi atribuída a tarefa de assegurar a ordem exigida pelo capitalismo, cujo desenvolvimento ocorrera num clima de caos social que era, em parte, obra sua. O direito moderno passou, assim, a constituir um racionalizador de segunda ordem da vida social, um substituto da cientificização da sociedade, o *ersatz* que mais se aproximava – pelo menos no momento – da plena cientificização da sociedade que só poderia ser fruto da própria ciência moderna. Para desempenhar essa função, o direito moderno teve de se submeter à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência moderna e tornar-se ele próprio científico. A cientificização do direito moderno envolveu também a sua estatização, já que a prevalência política da ordem sobre o caos foi atribuída ao Estado moderno, pelo menos transitoriamente, enquanto a ciência e a tecnologia a não pudessem assegurar a si mesmas”.

das sociedades contemporâneas apresentam diversos problemas, cujo enfrentamento demanda não apenas uma análise lógico-formal de suas instituições, mas, especialmente, a construção de instrumentos que permitam o reconhecimento de novos direitos e a solução dos conflitos sociais decorrentes de carências e necessidades verificáveis no seio da sociedade, fato este facilmente perceptível em países que apresentam graves desigualdades sociais, como o Brasil.

Por conseguinte, a teoria jurídica descomprometida com “os fatos da ordem do ser” (KELSEN, 1998, p. 114) não são características de um direito como “ideologia” (KELSEN, 1998, p. 114), mas a consideração do direito frente a uma “experiência de normatividade histórico-concreta” que permitem uma postura crítica frente a determinada ordem jurídica estatal (WOLKMER, 2001, p. 79).

No âmbito do direito tributário, a orientação dogmático-formal de cunho positivista adquiriu foros de premissa epistemológica incontestável, tornando-se monopolística na doutrina brasileira. Essa visão foi construída a partir de esforços doutrinários para o reconhecimento do direito tributário como disciplina autônoma a partir da 1ª Guerra Mundial (MORAES, 1979, p. 116). Desta forma, empreendeu-se a identificação de princípios e normas próprias a esse ramo do direito (caráter dogmático), além de institutos ou categorias específicas (caráter estrutural), conferindo-lhe o viés cientificista apregoado pela epistemologia jurídica dominante.

Tornou-se uníssona a pretensão de segregação do direito tributário e da ciência das finanças em terra *brasilis*, culminando na ácida acusação de Alfredo Augusto Becker (1972, p. 03/14) sobre a existência de um “manicômio jurídico-tributário”, a demência da doutrina e a construção de um “sistema dos fundamentos óbvios”.⁹⁸ Ruy Barbosa Nogueira (1995, p. 21) dá o tom sobre a perspectiva assumida pela doutrina brasileira a partir da década de 1950:

Sem dúvida, ainda temos vivido debaixo de soluções empíricas e ocasionais, neste ramo do Direito. É dever da doutrina jurídico-financeira e fiscal a elaboração unitária, sobretudo para possibilitar a melhoria técnica da legislação, como fornecer conceitos mais seguros para a correta interpretação e aplicação das leis que atuam no importante e extenso campo da atividade financeira e tributária do Poder Público. A instituição, em nosso país, do ensino do Direito Financeiro e especialmente Tributário foi, pois, de maior relevância. Veio atender a um verdadeiro estado de necessidade e abre perspectivas para que se possam estudar e debater, com

⁹⁸Criticando as características da doutrina até então existente, Becker adverte (1972, p. 05): “Além da infeliz mancebia do Direito Tributário com a Ciência das Finanças Públicas que os desviriliza, pois exaure toda juridicidade da regra tributária, sucede que a maior parte das obras tributárias que pretendem ser jurídicas, quando não padecem daquela hibridez, são simples coletâneas de leis fiscais singelamente comentadas à base de acórdãos contraditórios e paupérrimos de argumentação cientificamente jurídica, cuja utilização prática está condicionada à curta vigência da lei fiscal, por natureza a mais mutável das leis”.

amplitude a Reforma Tributária já implantada e especialmente o Código Tributário Nacional [...].

A doutrina emergente do direito tributário enfrentou um cipoal de leis tributárias casuísticas, destituídas de qualquer sistematicidade ou fundamento na capacidade econômica do contribuinte. Os tributos eram criados segundo critérios empíricos, considerada a necessidade de financiamento das atividades estatais. De fato, “vários tributos eram meramente escriturais, exações com fatos geradores estribados em contratos, aposições de selos, etc” (BALTHAZAR, 2006, p. 133).

Bernardo Ribeiro de Moraes (1979, p. 92/93) enumerou os principais problemas do sistema tributário nacional anteriormente ao início da reforma realizada pelo governo militar a partir de 1964: a) o enfoque exclusivamente jurídico do âmbito de incidência tributária, desconsiderando-se o elemento econômico indicativo da capacidade contributiva; b) a discriminação das rendas tributárias observava critério meramente empírico e, portanto, apresentava profunda desconexão com a exigência constitucional de autonomia financeira dos entes da federação; c) desconsideração com as inter-relações existentes entre os tributos federais, estaduais e municipais, proporcionando ao sistema tributário uma profunda irracionalidade e baixa eficiência econômica. A crítica exacerbada de Becker (2004, p. 13) retrata a confusão desse período:

Há 40 anos, o Sistema Tributário brasileiro era estruturado de acordo com a forma e a cor das estampilhas. Havia estampilhas federais, estaduais, municipais e as diretrizes da Política Fiscal concentravam-se em disciplinar – arduamente a hierarquia dos formatos das estampilhas e a tropicalidade das suas cores. Estas e aquelas obedeciam a uma sagrada ordem de mutações: segundo a competência constitucional impositiva; segundo a natureza e o valor do tributo; segundo os dotes e a imaginação do artífice gravador da matriz da estampilha, que contribuía até com mais inteligência que o legislador para a criação do tributo. Naquele tempo, graças ao colorido e ao formato das estampilhas, o chamado Sistema Tributário era um Carnaval. Só havia confusão, muito papel colorido e era até divertido.

A consciência jurídico-tributária brasileira voltou-se integralmente à estruturação da dogmática tributária positivista, empreendendo esforços para a criação de uma ciência que tem por objeto a norma tributária e a sistematização de seus institutos a partir do conceito de fato gerador. Aliás, essa consciência jurídica pode ser expressamente atribuída a Dino Jarach, consoante reconhece Geraldo Ataliba no prefácio à obra desse tributarista ítalo-argentino (JARACH, 1989, p. 07).

A teorização de Jarach concentra-se em duas premissas que se tornaram o norte e, ao mesmo tempo, os limites teóricos dos juristas brasileiros: o conceito jurídico de tributo e a teoria do fato imponible.

Em Dino Jarach, o conceito de tributo é obtido mediante a parcelização analítica dos elementos integrantes da definição por ele apresentada, denotando a profunda influência do método científico e da lógica mecanicista. Assim, enuncia o autor que “o tributo é uma prestação pecuniária coativa de um sujeito (contribuinte) ao Estado ou outra entidade pública que tenha direito a exigí-lo” (JARACH, 1989, p. 42). A partir dessa assertiva, efetua-se o exame sobre a “natureza jurídica do tributo” a partir da conceitualização das suas parcelas dotadas de significado: a) “tributo é uma prestação coativa”; b) “tributo é uma prestação pecuniária”; c) “objeto de uma relação cuja fonte é a lei, entre dois sujeitos”; d) “natureza da relação de direito e de relação obrigatória”; e) sujeito a “medidas legais e administrativas necessárias a assegurar ou a controlar o cumprimento da obrigação” (JARACH, 1989, p. 43).

É interessante notar que precisamente os elementos indicados por Jarach como componentes do conceito de tributo foram todos incorporados por Ruben Gomes de Sousa na definição empreendida pelo Código Tributário Nacional, que em seu artigo 3º, enuncia: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (BRASIL, 2013).

Nessa senda, os tributaristas brasileiros,⁹⁹ majoritariamente, adotaram a perspectiva atomista para a elucidação do significado técnico da palavra tributo, elevando-o à categoria central da dogmática tributária, conforme atestam as palavras de Geraldo Ataliba (2001, p. 33/34):

⁹⁹Cf. COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro: Comentários à Constituição e ao Código Tributário Nacional, artigo por artigo**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001; BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed. Atualização de Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001; ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. **Manual de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006; MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. Paulo de Barros Carvalho (2003, p. 19), além da análise crítica dos elementos integrantes do conceito de tributo, efetiva uma análise semântica do vocábulo, atribuindo-o seis significados distintos: “a) ‘tributo’ como quantia em dinheiro; b) ‘tributo’ como prestação correspondente ao dever jurídico do sujeito passivo; c) ‘tributo’ como direito subjetivo de que é titular o sujeito ativo; d) ‘tributo’ como sinônimo de relação jurídica tributária; e) ‘tributo’ como norma jurídica tributária; f) ‘tributo’ como norma, fato e relação jurídica”. Podemos indicar como exceção a esse método epistemológico, a abordagem realizada por Ricardo Lobo Torres (2006, p. 370), que busca elementos constitucionais para a definição de tributo associando-os a uma perspectiva finalista. Veja-se: “*Tributo é o dever fundamental, consistente em prestação pecuniária, que, limitado pelas liberdades fundamentais, sob a diretiva dos princípios constitucionais da capacidade contributiva, do custo/benefício ou da solidariedade do grupo e com a finalidade principal ou acessória de obtenção de receita para as necessidades públicas ou para atividades protegidas pelo Estado, é exigido de quem tenha realizado o fato descrito em lei elaborada de acordo com a competência específica outorgada pela Constituição*” (grifos no original).

O aperfeiçoamento da observação que enseja a formulação de uma noção acabada e completa, permitindo-se a construção de um conceito válido – na medida que efetivamente retrata e espelha o objeto observado – caracteriza devidamente o objeto e o isola dos demais. Identificado, recebe uma designação convencional, pela qual se reconhece um instituto, assim entendido um feixe de princípios e normas, reunidos sob o conceito, regulando unitariamente um fato ou situação jurídica, que passa a ter entidade e existência autônoma no mundo do direito. Tal é o que ocorre com o tributo, categoria jurídico-positiva, que se engendrou sob o conceito deduzido da observação dos fenômenos produzidos no direito constitucional positivo.

A segunda premissa da dogmática tributária positivista consistiu na construção de uma análise sobre a norma tributária em uma perspectiva estática e dinâmica, adotando-se como ponto de partida o conceito de fato imponível (fato gerador, fato jurígeno, etc.). seguindo essa orientação, Dino Jarach (1989, p. 85) enuncia que a categoria elementar para o exame do direito tributário material¹⁰⁰ é o antecedente fático da norma impositiva, equiparando-o ao conceito de delito no direito penal.

Assim, leciona o teórico italiano que o percuente exame do pressuposto de fato permitiria a verificação do nascimento da obrigação tributária, a constatação da espécie tributária, a elucidação da influência da autonomia da vontade frente à relação jurídica tributária e, por fim, a determinação da autonomia dogmática do direito tributário (JARACH, 1989, p. 83).

Novamente, a doutrina pátria aderiu entusiasticamente à tese de Dino Jarach, propiciando a hegemonia de uma “teoria glorificadora do fato gerador como símbolo de purificação dos estudos tributários” (SPAGNOL, 2004, p. 17).¹⁰¹ Essa vertente teórica, conduziu Geraldo Ataliba (2001, p. 54) à apresentação da norma tributária numa estrutura integrada pela hipótese e o mandamento, retirando o caráter sancionatório do âmbito objetivo da obrigação tributária.¹⁰² Adicionalmente, apresentou o pressuposto normativo causador, por ele nominado como hipótese de incidência, como uma descrição abstrata do legislador, diferenciando-a ontologicamente do fato ocorrido concretamente, designando-o de fato imponível.

Consolidado o objeto da dogmática tributária – o conceito de tributo e a teoria da norma tributária, numa perspectiva kelseniana (estática e dinâmica) – iniciou-se uma progressiva atividade de dissecação da estrutura normativa, aliado a um esforço

¹⁰⁰Para Dino Jarach (1989, p. 45), “o conjunto de normas jurídicas que disciplinam a relação jurídica principal e as acessórias constitui o direito tributário substantivo, ou, como se costuma denominá-lo frequentemente, o direito tributário material. É este, a nosso ver, o direito tributário propriamente dito, estrutural e dogmaticamente autônomo. A este se refere o presente ensaio de uma teoria jurídica do fato imponível”.

¹⁰¹A tese relativa à glorificação do fato gerador é de lavra de Amílcar de Araújo Falcão (1994, p. 11/12).

¹⁰²Ataliba (2001, p. 53) assim se manifesta: “Em suma: se a norma jurídica tem a seguinte estrutura: 1) hipótese, 2) mandamento 3) sanção, só é obrigação tributária a que nasce por força (2) mandamento. Aquelas obrigações pecuniárias que decorrem da (3) sanção, não são tributárias”.

sistematizador de construção de conceitos relacionados. Cada estudioso, ao focalizar o tema, buscou acrescentar um elemento novo, uma identidade específica à estrutura da norma tributária, além de utilizar terminologia própria, o que causou um manancial de vocábulos e expressões técnicas da qual extraíam significados particularistas. Desse empreendimento científico,¹⁰³ a norma tributária foi desdobrada em distintos aspectos (elementos, critérios, etc.), o que permitiria o exame específico das categorias dogmático-tributárias: sujeito ativo e parafiscalidade; sujeito passivo e responsabilidade tributária; base de cálculo e alíquota; espécies tributárias – impostos, taxas, contribuições, etc.; competência tributária e imunidade; além de toda uma tipologia exonerativa – isenção, alíquota zero, redução de base de cálculo, etc.¹⁰⁴

Essa preocupação estruturalista pode ser identificada em diversos expoentes da doutrina brasileira. Alfredo Augusto Becker (1972, p. 298), identifica que a estrutura lógica da norma de tributação é integrada pela hipótese de incidência, que é composta por um único núcleo e de um ou mais elementos adjetivos, associados a coordenadas de tempo e de lugar; e pela regra, que prescreve os efeitos jurídicos próprios dessa norma, especialmente o surgimento da relação jurídica tributária. Geraldo Ataliba (2001, p. 76) defendeu a estrutura binária da norma tributária (hipótese de incidência e mandamento), apresentando, como elementos da hipótese de incidência, os aspectos pessoal, temporal, espacial e material. Ademais, inseriu a base de cálculo, por ele denominada de base imponible, no seio do aspecto material da hipótese de incidência, alocando a alíquota no âmbito do mandamento.

Seguindo essa trilha epistemológica, Paulo de Barros Carvalho (2002), partiu da premissa da estrutura binária da norma de tributação, mas aprofundou sua atomização, enxertando diversos elementos no mandamento, por ele denominado “consequência”. Assim, indicou a presença na hipótese de incidência (“hipótese tributária”) dos seguintes elementos (“critérios”): material, espacial, e temporal. Retirou o aspecto pessoal da hipótese de incidência e alocou-o na consequência da norma tributária, associando-o ao critério quantitativo, que é integrado pela base de cálculo e a alíquota.

¹⁰³É sintomática a adoção pela doutrina nacional do método científico originário das ciências naturais, caracterizado por ser simplificador e mecanicista. Nesse contexto, é exemplar a seguinte lição de Paulo de Barros Carvalho (2002, p. 123): “A hipótese das normas jurídicas representa sempre a descrição de um fato. Assim, compreendida, tem a integridade de todas as outras categorias jurídicas. Isso não impede, contudo, que possamos promover a decomposição lógica desse conceito, com a finalidade de destrinchá-lo para, dessa operação intelectual, enuclear dados fundamentais, que informarão estudo sistemático desta categoria jurídica. Daí dizemos que as hipóteses são conjuntos de critérios que nos permitem identificar fatos do universo físico, o que equivale a afirmar, com o mesmo significado, que se trata da descrição legal de eventos da realidade tangível”.

¹⁰⁴Cf. CARVALHO (2002; 2003) e COELHO (2003).

Sacha Calmon Coêlho (2003, p. 92/94) realizou esforço teórico semelhante, mas contrapôs-se a Paulo de Barros Carvalho em alguns pontos. De fato, acrescentou modificações ao desenho normativo efetuado por Carvalho, integrando à hipótese de incidência os aspectos pessoal, material, espacial e temporal. Indicou, ainda, como elementos estruturais do mandamento, além dos aspectos pessoal e quantitativo, referências características da relação jurídico-tributária: “como, onde, de que modo, quando, em que montante satisfazer ao débito em favor do sujeito ativo” (COÊLHO, 2003, p. 98).

Ao final desse alento purificador, a dogmática-tributária contemporânea restringe-se ao exame do conceito de tributo para empreender uma classificação lógico-formal das espécies atualmente discriminadas no texto constitucional. Assim, promove esforço argumentativo para enquadramento da tipologia impositiva atualmente existente nas categorias do imposto, taxa e contribuições; discute profusamente sobre a natureza tributária do empréstimo compulsório e das contribuições especiais; arma uma batalha para a desqualificação da contribuição de iluminação pública como espécie do gênero contribuições. Surgem distintas escolas doutrinárias¹⁰⁵ que se limitam a discutir a quantidade de espécies tributárias e as respectivas características.

Em outro foco, o exame das normas impositivas restringe-se a discursos milimétricos sobre a natureza jurídica de determinada atividade econômica, avaliação dos elementos que integram os distintos aspectos da hipótese de incidência ou do mandamento; preocupações sobre a “zona cinzenta” decorrente da ambiguidade e vaguidão da linguagem jurídica, ou os esforços dos entes federados em prol de uma maior arrecadação, causadores de violações à repartição constitucional de competências e a discriminação de receitas.

Portanto, o *locus* investigativo da dogmática tributária reside apenas no espectro semântico da linguagem técnica utilizada pelo tributarista, deixando-se em segundo plano a perspectiva pragmática, isto é, a percepção dessa linguagem pelo destinatário da norma.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Em relação à classificação dos tributos em espécies, costuma-se associar os autores às seguintes correntes doutrinárias: a) aqueles que defendem a existência de apenas duas espécies tributárias – impostos e taxas, agregados à escola bipartide; b) os defensores da presença de três espécies tributárias – impostos, taxas e contribuição de melhoria, que capitaneiam a escola tripartide; c) os que propõem quatro espécies tributárias – impostos, taxas, contribuição de melhoria e empréstimo compulsório, que integram a escola quadripartide; d) por fim, os teóricos que se filiam a corrente quinquipartidade, sustentando a existência de cinco espécies tributárias – imposto, taxa, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório e contribuições. É óbvio que as classificações são úteis ou inúteis segundo o critério eleito de sistematização e aplicação à realidade. Em direito tributário às classificações são essencialmente mutáveis e alternam-se segundo o sabor das modificações legislativas.

¹⁰⁶ Cf. FERRAZ JR. (2011, p. 15). É ilustrativa sobre a hegemonia da investigação semântica dos vocábulos utilizados pela dogmática tributária, a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o significado da expressão “folha de salários” adotada pela Constituição da República de 1988 como elemento nuclear da hipótese de incidência da contribuição previdenciária descrita no artigo 195 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso

Obviamente a mutação dos comportamentos e relações sociais na atualidade, inerente à vertente pluralista, as diversas exigências e demandas voltadas ao Estado e, principalmente, a maior consciência entre a relação ingressos e despesas, tem revelado a profunda insuficiência da dogmática tributária para uma adequada compreensão do fenômeno tributário. Marco Aurélio Greco (2011, p. 13) lamenta a omissão da doutrina em relação a uma orientação funcionalista do fenômeno tributário, reconhecendo, não obstante, que “o formalismo e o estruturalismo encontram espaço propício em contextos autoritários como instrumento de proteção de valores democráticos ou conservadores em que não se pretenda dar espaço para discussões de caráter substancial quanto aos fatos sociais”. Propõe, assim, a substancialização do debate tributário, de modo que haja uma preocupação não apenas em relação à “idolatria da lei”, mas, adicionalmente, à legitimidade da tributação enquanto fundamentada em valores prestigiados pelo ordenamento jurídico.

Acrescente-se a proposta de Marcus Faro de Castro (2011) no sentido de que algumas relações entre a política, o direito e a economia não podem ser descontextualizadas no âmbito da realidade fática. Esse inter-relacionamento revela-se como orientação para a busca de alternativas ao formalismo jurídico e ao dogmatismo convencional, especialmente no âmbito da tradição formalista hegemônica da doutrina tributária tradicional. Neste viés, segundo Castro (2011, p. 10.11), “o direito tributário deve, do ponto de vista didático, ser fundido com o ‘direito financeiro’ e dar muito mais ênfase à chamada ‘extrafiscalidade’ do que a antiga dogmática permite”.

Novamente, a perspectiva funcional do direito se apresenta de forma evidente. A partir da análise jurídica da política econômica, associada ao papel estratégico da política fiscal e, especialmente, da extrafiscalidade, a conexão epistemológica entre direito e economia proporciona uma avaliação sobre a “experiência empírica da fruição de direitos” (CASTRO, 2011, p. 25), evidenciando as distorções passíveis de correção para o engajamento em processos de mudança da ordem social e econômica.¹⁰⁷

Extraordinário 565.160, repercussão geral reconhecida pelo Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 10 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+565160%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+565160%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 27 jan. 2013).

¹⁰⁷Nesse sentido, Castro (2011, p. 26) assevera: “Dependendo da justiça que se queira fazer em cada caso, deverão ser analisadas as incidências tributárias e como elas enfraquecem (ou fortalecem) a liberdade de negociação dos titulares de direitos fundamentais (de consumo e produção) nos diferentes contratos (agregados contratuais) de que participem. Em nenhuma dessas hipóteses de atuação poderá o jurista prescindir de cálculos, projeções, correlações, levantamentos objetivos sobre a realidade considerada”.

Um dos elementos centrais dessa perspectiva transformadora reside na superação de uma visão sistemática do direito tributário para um viés matricial do poder de tributar, racionalizando o exercício da tributação sobre parâmetros concretos sujeitados aos influxos da economia e política. Assim, com Valcir Gassen (2012, p. 42/43), a definição da matriz tributária integrada à ampla compreensão dos objetos da imposição – patrimônio, renda e consumo – permite evidenciar que a liberdade e a propriedade são parâmetros convencionais, da qual são extraídos direitos fundamentais equiparáveis em sua essência a outros direitos fundamentais desejados pela sociedade, tais como a igualdade substancial e a justa distribuição de bens sociais. Nessa ordem, a vertente funcionalista associa-se à valorativa, de modo que a extrafiscalidade, além de se revelar como elemento finalístico da atividade impositiva, apresenta-se como vetor de legitimação da atuação estatal.

Portanto, a evidência de uma maior consciência fiscal,¹⁰⁸ aliada a uma crise paradigmática inerente à crescente complexidade social e à reivindicação de direitos por parte de segmentos sociais marginalizados, demonstra a incapacidade da dogmática tributária no enfrentamento da flexibilidade e fluidez da contemporaneidade (pós-moderna e pós-positivista?), o que se agrava ante o surgimento de espécies tributárias inadaptáveis aos rígidos conceitos elaborados sob o influxo do positivismo e do formalismo.

1.3 ASSUMINDO O CAMINHO DA MUDANÇA: O DIREITO E SUA PERSPECTIVA FUNCIONAL

A construção de teorias jurídicas por diversos estudiosos durante o processo histórico normalmente está conectada a três indagações basilares: O que é o direito? Para que serve o direito? Como deveria ser o direito? A formulação de respostas a essas perguntas, apesar de essencialmente conectadas, propiciou a consolidação de perspectivas jurídicas diversas, quais sejam, o estruturalismo, que se preocupa com a sistematicidade do direito; o funcionalismo, centrado na satisfação de interesses sociais e na implementação das funções a que o direito se propõe realizar; a ética jurídica, que se dispõe a analisar o direito

¹⁰⁸A expressão é elucidada por Baleeiro (2004, p. 196): “Os escritores de língua inglesa chama de *tax consciousness*, que se pode traduzir pela expressão ‘consciência fiscal’, o estado de espírito de quem sabe em quanto montam aproximadamente os seus sacrifícios de dinheiro para a manutenção dos serviços públicos. Em uma democracia, essa consciência nítida da parte que incumbe a cada cidadão na distribuição das despesas indispensáveis ao funcionamento do Estado, é reputada essencial a um elevado padrão cívico. Em verdade, pequena parte da população, atingida por impostos diretos e pessoais, compreende bem quanto lhe coube no rateio do custo da máquina governamental” (grifo no original).

como expressão de determinados valores sociais ou concepções de justiça (ATIENZA, 1985, p. 53).

O desenvolvimento do pensamento jurídico e da própria racionalidade do direito a partir do século XIX conduziu os juristas à quase monopolização da perspectiva estruturalista. A fixação do objetivo de construção de uma ciência jurídica, proposta essa profundamente influenciada pelo método científico que vinha sendo desenvolvido desde o século XVII, proporcionou o que Norberto Bobbio (2007, p. 54/55) denominou de especialização analítica do direito, pois “o movimento em direção ao estudo da estrutura do ordenamento jurídico foi favorecido por uma rígida divisão do trabalho entre juristas (que observavam o direito a partir de seu interior) e sociólogos (que o observam a partir de seu exterior)”. Disso decorrem os esforços na formulação de um empreendimento científico conceitual e purificado dos juízos e valores provenientes de elementos externos ao direito, proporcionando o encastelamento dos juristas positivistas frente a propostas e discussões funcionalistas.

Essa visão intimista do direito, despreocupada com o elemento externo, consolidou uma perspectiva conservadora do jurista, que se tornou um difusor de regras positivadas, afastando-se de intentos reflexivos e críticos.¹⁰⁹ Assim, a preocupação do jurista torna-se restringida à seleção das fontes do direito, ou seja, a definição dos elementos normativos integrantes do sistema jurídico, procedendo-se, numa segunda etapa, à sua interpretação segundo critérios da hermenêutica clássica pautada pelos parâmetros da unidade, coerência e completude da ordem jurídica.¹¹⁰ A racionalidade jurídica sob uma perspectiva conservadora resume-se à fixação das “regras do jogo”, como argutamente observou Max Weber (2009b, p.101):

[...] o formalismo jurídico específico, ao fazer funcionar o aparato jurídico como uma máquina tecnicamente racional, concede ao interesse individual no direito o máximo relativo de margem para sua liberdade de ação e, particularmente, para o cálculo racional das consequências e possibilidades jurídicas de suas ações referentes a fins. Trata o procedimento jurídico como forma específica de uma luta de interesses pacífica, ligando esta a determinadas ‘regras do jogo’, fixas e invioláveis.

¹⁰⁹ A crítica pode ser definida, com fundamento em Wolkmer (2002, p. 11), como “[...] conhecimento que não é dogmático, nem permanente, (mas) que existe num contínuo processo de fazer-se a si próprio. E, seguindo a posição de que não existe conhecimento sem práxis, o conhecimento ‘crítico’ seria aquele relacionado com um certo tipo de ação que resulta na transformação da realidade. Somente uma teoria ‘crítica’ pode resultar na libertação do ser humano, pois não existe transformação da realidade sem a libertação do ser humano. A ‘crítica’, enquanto processo histórico identificado ao utópico, ao radical e ao desmistificador, assume a ‘função de abrir alternativas de ação e margem de possibilidades que se projetam sobre as continuidades históricas’”.

¹¹⁰ Cf. Bobbio (2008).

No polo oposto apresenta-se a visão criadora do jurista, cuja manipulação do direito através da pesquisa o conduz a propostas transformadoras. O jurista não se apresenta como um guardião de regras postas, mas um colaborador ativo na sua criação e, principalmente, um crítico sobre as funções do direito na sociedade.¹¹¹

Consoante demonstra Bobbio (2007, p. 38), essas imagens do jurista perante a sociedade se conectam a três variáveis: a institucional, relacionada à tipologia do sistema jurídico que é objeto do jurista; a social, pertinente aos aspectos sociais enfrentados pelo jurista; e, cultural, associada às convicções subjetivas do jurista que conformam a influência ideológica sobre seu trabalho.

A partir dessa enumeração, Bobbio indica que a variável institucional coarcta-se à existência de um sistema jurídico aberto ou fechado, isto é, um sistema que está rigidamente delimitado em relação à suas fontes formais, tornando-se hermético e presuntivamente completo; ou um sistema maleável e flexível, aberto a novas linhas demarcatórias entre fontes formais e fontes materiais, de modo que está especialmente vincado pelo pluralismo das fontes.

A variável social retrata, de um lado, uma sociedade estável, consciente de seu *modus vivendi* e concordante com o padrão cultural estabelecido; e de outro lado, a existência de uma sociedade submetida a influxos contestatórios e mutacionais, apresentando rupturas discursivas em relação ao modelo cultural vigente.

Já, a variável cultural é permeada pela concepção autonômica e independente do objeto de trabalho do jurista, conduzindo-o a uma atuação intramuros no âmbito do sistema jurídico; o que se contrapõe a uma percepção cultural da necessidade de intercâmbio de experiências entre as distintas disciplinas do conhecimento social para melhor apreender a realidade adjacente. Assim, segundo Bobbio (2007, p. 40):

Uma vez que, com base na segunda concepção da função do jurista, o direito não é um sistema de regras *já postas e transmitidas*, mas um conjunto de regras em movimento, *a serem postas e repropostas* continuamente, o objeto da ciência jurídica deve ser não tanto as regras, isto é, as valorações dos fatos sociais nas quais as regras consistem, mas os próprios fatos sociais dos quais as regras jurídicas são valorações. [...] Nessa perspectiva, a principal atividade do jurista não é mais a

¹¹¹ Assumindo uma concepção experimentalista e propugnando pela análise jurídica como imaginação institucional, Mangabeira Unger (2004, p. 12) tece profunda crítica sobre o projeto positivista aplicado às ciências sociais a partir do século XIX: “As ciências sociais positivas, de sua parte, prescindem completamente da ideia de mudança estrutural, tratando as estruturas e preconcepções básicas como o resíduo cumulativo de um sem-número de episódios passados de resolução de problemas ou de concessões, ou, como o resultado de convergência por tentativa-e-erro às melhores práticas disponíveis. Em tal ambiente intelectual, a transformação e a invenção das estruturas formativas de uma sociedade tornam-se literalmente inimagináveis”.

interpretação de um direito já construído, mas a pesquisa de um direito a ser construído, *in fieri*, não tanto a *convalidação*, com base em uma análise das fontes formais do direito que é, mas a *legitimação* com base em princípios materiais de justiça, do direito que deve ser. As sucessivas operações dessa pesquisa são: a) a análise da situação para a qual se quer encontrar a regra ou as regras apropriadas, mediante as técnicas de pesquisa elaboradas e praticadas pelas ciências sociais; b) a análise e o confronto dos diversos critérios de valoração com base nos quais a situação pode ser regulada (fique claro que, entre esses critérios de valoração, estão, também, as regras postas ou transmitidas); c) a escolha da valoração e formulação da regra (grifos no original).

Diante dessa visão propositiva do jurista, verifica-se o surgimento de uma teorização crítica contraposta à teorização científica do direito¹¹², conferindo relevo, por outro lado, aos enfoques funcional e axiológico. Por consequência, observa-se uma passagem da função tradicionalmente repressiva do direito propugnada pelos estruturalistas para uma função promocional, aliado a formulações inovadoras de institutos jurídicos pautados por práticas sociais avalizadas por ajustes experimentais.¹¹³

Provavelmente, um aspecto catalizador dessa mutação consiste na desconfiguração paulatina da funcionalidade repressiva da ordem jurídica, amparada por instrumentos normativos persuasivos para a abstenção de uma conduta rejeitada, em prol de uma funcionalidade promocional do direito. A partir dessa passagem funcional, torna-se mais relevante a concessão de estímulos para a obtenção de comportamentos desejáveis, utilizando-se da técnica de encorajamento, cuja finalidade é “não apenas tutelar, mas também a provocar o exercício dos atos conformes, desequilibrando, no caso de atos permitidos, a possibilidade de fazer e a possibilidade de não fazer, tornando os atos obrigatórios particularmente atraentes [...]” (BOBBIO, 2007, p. 14/15).

¹¹² Em relação à diferenciação entre a teoria crítica e a teoria científica, é interessante a percepção de Raymond Geuss (1988, p.91): “Primeiro, elas diferem em seu propósito ou fim, e, por conseguinte, na maneira pela qual os agentes possam utilizá-las ou a elas recorrer. As teorias científicas têm como propósito ou fim a manipulação satisfatória do mundo exterior; elas têm ‘uso instrumental’. Se forem corretas, elas capacitam os agentes que as controlam a competir eficazmente com o ambiente e assim perseguir com êxito os fins por eles escolhidos. As teorias críticas visam à emancipação e ao esclarecimento, ao tornar os agentes cientes de coerções ocultas, libertando-se assim dessas coerções e deixando-os em condições de determinar onde se encontram seus verdadeiros interesses. Segundo, as teorias críticas e científicas diferem em sua estrutura ‘lógica’ ou ‘cognitiva’. As teorias científicas são ‘objetificantes’. Isto significa que pelo menos em casos típicos pode-se distinguir entre a teoria e os ‘objetos’ a que a teoria se refere; a teoria não é em si parte do objeto-domínio que ela descreve. A teoria de Newton não é ela própria uma partícula em movimento. Por outro lado, as teorias críticas alegam ser ‘reflexivas’ ou ‘auto-referentes’: uma teoria crítica é sempre ela própria uma parte do objeto-domínio que ela descreve; as teorias críticas são sempre em parte a respeito de si mesmas. Finalmente, teorias críticas e científicas diferem quanto ao tipo de evidência que seria relevante para determinar se elas são cognitivamente aceitáveis ou não, isto é, elas admitem e requerem tipos diferentes de confirmação. As teorias científicas requerem confirmação empírica por meio da observação e do experimento; as teorias críticas são cognitivamente aceitáveis apenas se elas sobreviverem a um processo mais complicado de avaliação, cuja parte central é uma demonstração de que elas são ‘reflexivamente aceitáveis’”.

¹¹³ Cf. Bobbio (2007, p. 45); Unger (2004, p. 16/17).

A técnica de encorajamento, de um ponto de vista funcional, está atrelada a posturas transformadoras e inovadoras. Notoriamente, as Constituições surgidas sob o paradigma do Estado social apresentam diversos dispositivos que se valem da palavra “promover”, em detrimento dos termos “assegurar” e “garantir”. A Constituição Republicana de 1988 é pródiga na utilização dessa terminologia, sobrelevando-se o preceito normativo do art. 3º, cujo conteúdo é inegavelmente funcionalista. Sob essa ótica, a função promocional adquire maior relevância. A concepção finalística do direito vincula-se à concretização de direitos fundamentais e dos valores constitucionais.

As potencialidades transformadoras do direito estão associadas a novos programas políticos que, diante da inserção da maior parte da população no processo eleitoral e o subsequente aumento das reivindicações pela igualdade na fruição de direitos subjetivos de carácter social, embrionariamente associados à capacidade econômica individual (educação, saúde, alimentação, trabalho, lazer, moradia, segurança, etc.), ensejaram a agregação de pontos de vista teleológicos. Desta forma, o direito introjetou a temática própria das políticas públicas (política sanitária, fiscal, previdenciária, etc.) abrindo-se a influxos pragmáticos e conectando-se a racionalidades próprias de outras ciências sociais.

Essa mudança finalística inicia-se com o movimento crítico denominado realismo jurídico, cuja epítome é a rejeição da transcendentalidade filosófica ou à sistematicidade da ordem jurídica para a formulação de ideias e posturas com vistas à manipulação dos fatos sociais e ao gerenciamento de interesses diversos e, muitas vezes, oponíveis.¹¹⁴ Tal

¹¹⁴ Em Atienza (2001, p. 279), colhem-se alguns expoentes do realismo jurídico europeu continental: “Em um sentido muito amplo, concepções jurídicas realistas seriam todas as de carácter antiformalista, isto é, as que deram lugar à ‘revolta contra o formalismo’ que tem lugar nos fins do XIX e começo do XX. [...] Em Europa, essa revolta (iniciada no XIX por Rudolf von Ihering) levada a cabo (já no XX) por uma série de juristas que, de uma ou outra forma, trataram de conectar o Direito com a realidade social: para propugnar que as normas se interpretarão em conta dos interesses e necessidades sociais (Philip Heck e a ‘Jurisprudência dos interesses’); para introduzir a ideia de que existe um ‘Direito vivo’, espontâneo, ao dado do Direito estatal (o sociologismo jurídico de Eugen Ehrlich); para destacar o carácter subjetivo e livre das decisões judiciais (Hermann Kantorowicz e a ‘Escola do Direito Livre’); para criticar ‘o fetichismo da lei’ (François Geny); para identificar o direito como uma regra da vida social (Leon Duguit); ou para defender a ideia do pluralismo e de que o Direito não pode ver-se exclusivamente como norma, senão como instituição ou como ordenamento (Maurice Hauriou; Santi Romano)” (tradução nossa). No original: “En un sentido muy amplio, concepciones jurídicas realistas serían todas las de carácter antiformalista, esto es, las que dieron lugar a la ‘revuelta contra el formalismo’ que tiene lugar a finales del XIX y comienzos del XX. [...] En Europa, esa revuelta (iniciada en el XIX por Rudolf von Ihering) la llevan a cabo (ya en el XX) una serie de juristas que, de una u otra forma, trataron de conectar el Derecho con la realidad social: para propugnar que las normas se interpretaran teniendo en cuenta los intereses y necesidades sociales (Philip Heck y la ‘Jurisprudencia de intereses’); para introducir la idea de que existe un ‘Derecho vivo’, espontáneo, al dado del Derecho estatal (el sociologismo jurídico de Eugen Ehrlich); para destacar el carácter subjetivo y libre de las decisiones judiciales (Hermann Kantorowicz y la ‘Escuela del Derecho Libre’); para criticar el ‘fetichismo de la ley’ (François Geny); para identificar el Derecho como una regla de la vida social (Leon Duguit); o para defender la idea del pluralismo jurídico y de que el Derecho no puede verse exclusivamente como norma, sino como institución o como ordenamiento (Maurice Hauriou; Santi Romano)”.

efervescência no âmbito teleológico-social se justificava pelo profundo conflito existente no seio da sociedade burgo-capitalista, cujos efeitos mais visíveis contrapunham os interesses do empresariado, dos trabalhadores e dos consumidores (CASTRO, 2012, p. 196). Assim, as dificuldades em relação a uma ruptura com a ordem burguesa (tese, aliás, defendida por concepções marxistas), aliado a argumentos concernentes ao papel transformador do direito, conduziu o jurista a utilizar-se de elementos e dados técnico-científicos para justificar suas propostas teóricas e engajamento crítico, conduzindo-o a uma maior aproximação com as expectativas promocionais das políticas públicas. Nessa linha de raciocínio, Castro (2012, p. 200) traduz sinteticamente o contexto dessa mudança pragmática:

A ‘ordem burguesa’ havia criado a expectativa de que as ‘formas’ do ‘direito burguês’ – com sua ênfase na proteção à situação posicional de certos grupos de homens (proprietários) e na preservação da prerrogativa deles de negociar privadamente, isso é, sem publicidade, o conteúdo dos contratos (mediante a liberdade de contratar) – seriam suficientes para assegurar a ordem, a paz social e o desenvolvimento paulatino. Porém, com a massificação do sufrágio, a construção de várias ‘formas’, que antes ficava entregue à negociação privada dos contratos liberais clássicos, passou a ser determinada, sobretudo, pelo processo legislativo (um processo público), apoiado na representação eleitoral. A missão dos juristas passava agora a ser a de ‘integrar’ intelectualmente as ‘formas’ prescritivas resultantes desse processo como um todo, a fim de que as mudanças buscadas pela sociedade se transformassem em realidade.

Ainda com Castro (2012, p. 203/204), pode-se afirmar que a entrada em cena das fórmulas provenientes das políticas públicas impulsionou a configuração do Estado social, especialmente no pós-Segunda Guerra Mundial, consagrando políticas de redistribuição de renda. Ademais, a interseção entre os referenciais do público e privado foi profundamente dissolvida mediante a intensa regulação estatal sobre setores sociais anteriormente sujeitos a livre atuação dos particulares.

Por fim, a proeminência das políticas públicas no contexto atual proporciona um déficit de sistematicidade ao direito, uma vez que as premissas estruturalistas voltadas à construção de uma ordem hierarquizada de conceitos abstratos endorreferentes tornam-se insuficientes para a adequada compreensão do fenômeno social e das propostas de regulação e mudança. Surgem, assim, temáticas especializadas (direito urbanístico, direito bancário, direito regulatório, direito sanitário, etc.) que diluem os referenciais teóricos historicamente construídos, ensejando uma “aguda fragmentação e incoerência normativa” que contribui para a irrupção de divergências sobre ideais de bem-estar, além de conflitos na distribuição de bens e a utilização de recursos escassos (CASTRO, 2012, p. 205).

Desta forma, a teoria jurídica busca um “meio-termo” entre flexibilidade e sistematicidade, assumindo um viés racionalizador dos conflitos sociais e políticos que embalam a formulação das políticas públicas. Esse intento não se apresenta de fácil resolução, e tem se revelado como o cerne de teorizações pautadas por propostas conciliatórias entre direito e moral, autonomia pública e privada e o paradigma democrático-constitucionalista como elemento ordenador.¹¹⁵

Talvez, seguindo a orientação de Norberto Bobbio (2007, p. 97), a resolução desse problema tenha por ponto de partida a superação de uma visão privatista da economia e a correspondente concepção negativa do Estado que compõem o paradigma liberal-burguês. Aliás, trata-se de perspectiva pendular que constantemente se renova e se retrai a depender das sucessivas crises do capitalismo e suas consequências na esfera política (maior ou menor expansão das políticas públicas) e na esfera jurídica (juridicização e desjuridicização; regulamentação e desregulamentação; inflação legislativa e abstenção legislativa). Isto porque as discussões teóricas sobre as funções do direito geralmente recaem na temática pertinente às condições pragmáticas de fruição dos direitos subjetivos, a manutenção de uma estrutura classista conducente ao conservadorismo institucional e, por fim, o papel do Estado na (re)distribuição de bens e alocação de recursos.

Não obstante, é interessante notar que as discussões políticas sobre a importância do papel do Estado intervencionista, ou a crítica à ampla ingerência do Estado na esfera individual, propiciam uma hermenêutica circular das condições institucionais existentes em determinado momento histórico. Esse círculo exegético conduz os estudiosos a conclusões renitentes, normalmente já professadas no passado, e que geram propostas teóricas estéreis acerca da função do direito.

De todo modo, uma perspectiva funcionalista deve expor seus referenciais teóricos, indicando se a discussão funcional se conecta à perspectiva societal como totalidade de indivíduos, ou a perspectiva da função em relação ao indivíduo em si; ademais, a função do direito pode partir de uma perspectiva *ex parte principis* ou *ex parte populis*,¹¹⁶ isto é, o direito pode ser justificado como instrumento de governo e controle para os governantes ou um meio de defesa dos membros da sociedade frente a atividade estatal.

¹¹⁵ Cf. Marcelo Neves (2007; 2008); Habermas (2003); Dworkin (2002); Castro (2012); Atienza (2001).

¹¹⁶ Bobbio (2010, p. 63) esclarece essa distinção: “Considerada a relação política como uma relação específica entre dois sujeitos dos quais um tem o direito de comandar e o outro o dever de obedecer, o problema do Estado pode ser tratado prevalentemente do ponto de vista do governante ou do ponto de vista do governado: *ex parte principis* ou *ex parte populi*?”.

A fixação do perfil teórico funcionalista é fundamental para a proposição de um vínculo instrumental do direito com relação a fins. Assim, como bem explicita Bobbio (2007, p. 105):

A lógica da análise funcional é a lógica da relação meio-fim, para a qual um fim, uma vez alcançado, torna-se meio para a realização de um outro fim, e assim por diante, até se fixar em um fim proposto ou aceito como último. Aqui também está claro que a resposta à pergunta ‘quais são as funções do direito’ muda conforme nos detenhmos nos fins intermediários ou desejemos observar o fim último – ou aquele fim que acreditamos ser o último – ou, então, somente os fins que, embora sendo intermediários, são, por sua vez, o resultado da conquista de fins que, em contraposição ao último, podemos chamar de ‘primeiros’.

Disso resulta que as funções do direito são fundamentalmente contingentes e vinculadas ao viés societal ou individual assumido para a consecução dos fins a ele estabelecidos. Colocando de uma maneira direta, as sociedades desenvolvidas podem estabelecer como função do direito a manutenção estrita das condições individuais para a concretização de seus projetos de vida, rejeitando-se uma participação ativa do Estado na promoção ou redistribuição do rol de direitos subjetivos consensualmente estabelecidos. Em contrapartida, sociedades em desenvolvimento podem desejar uma maior participação estatal na garantia de direitos subjetivos, assegurando aos indivíduos condições efetivas de fruição, muitas vezes obstada por circunstâncias fáticas desigualadoras ou refratárias à aquisição de posições ativas de fruição desses direitos.

Assim, a abordagem funcionalista deve se acautelar em relação aos referenciais analíticos por ela adotados. Não é possível conceber discussões funcionais de teóricos alemães sobre as características de sua sociedade, Estado e direito em similitude aos instrumentos jurídicos e os fins assumidos por teóricos brasileiros em relação a essas mesmas categorias. As disparidades evolutivas e de complexificação justificam abordagens particulares. Isto se torna muito transparente quando se observa as discussões díspares conduzidas por Marcelo Neves (2008) e Mangabeira Unger (2004), mas que apresentam um tronco comum: perspectivas particularistas para sociedades em distintos graus de desenvolvimento.

Empreendendo uma síntese dialética entre o paradigma sistêmico de Niklas Luhmann e o paradigma procedimentalista de Jürgen Habermas, Marcelo Neves (2008, p. XVII) se propõe a “esboçar os elementos de uma teoria dos fundamentos normativos e das condições empíricas do Estado Democrático de Direito na sociedade supercomplexa da modernidade”. Interessa-nos mais diretamente a análise conduzida por Marcelo Neves sobre a interseção entre a atividade estatal e a busca por justiça, o que perpassa a adoção de uma

divisão centro-periferia, indicativa de uma “profunda desigualdade econômica no desenvolvimento inter-regional” (NEVES, 2008, p. 226). Daí a formulação dos conceitos de modernidade central e modernidade periférica.¹¹⁷

Com relação às sociedades integradas à modernidade central, o cerne do debate conduzido por Marcelo Neves reside nos limites da atividade estatal, ensejando a análise do papel crescente do Estado seja quantitativamente como qualitativamente. É interessante notar que, a partir da universalização de um sistema assecuratório de fruição de um amplo rol de direitos subjetivos, a sociedade atinge um grau de satisfação tendente ao conservadorismo. Nessa ótica, a atividade estatal torna-se intrusiva e proporciona a colonização do mundo da vida, isto é, a subjugação da autonomia privada a um panorama regulatório do Estado. Insurgem-se, assim, os teóricos contra a excessiva juridificação do social e, por conseguinte, opõe-se aos excessos decorrentes da expansão crescente do direito, conforme explicita Neves (2008, p. 232):

O recurso permanente ao Estado importa o recalque da emergência de formas autônomas e plurais de discursividades ou racionalidades sociais. Disso resultam graves consequências para a esfera pública pluralista enquanto campo de tensão entre sistemas político e jurídico, de um lado, e os demais subsistemas sociais e o mundo da vida, de outro – um campo de tensão que, por sua vez, exige mediação de conflito ou dissenso através dos procedimentos constitucionais (políticos e jurídicos). A regulação excessiva obstaculiza o surgimento de alternativas criativas a partir da esfera pública. Anestesiada esta, o Estado isola-se (paradoxalmente, porque se expande) sem suficiente amparo heterolegitimador. Torna-se difícil, dessa maneira, reconhecer e processar o dissenso estrutural resultante da pluralidade de valores e interesses.

Em sentido crítico, Neves assevera que propostas de desjuridificação não seriam adequadas à resolução da expansão estatalista, pois desconsideram a complexidade da sociedade moderna e exigem a instrumentalidade das formas jurídicas e o voluntarismo político que só propiciam uma exasperação da atividade estatal. Assim, na modernidade central, “a complexidade social exige o aumento dos encargos do Estado”, mas em contrapartida essa mesma complexidade importa na “redução da capacidade regulatória do direito” (NEVES, 2008, p. 234). Em consequência, a atividade jurisdicional e a atividade

¹¹⁷ Neves admite que essa diferenciação binária não encontra plena representação na sociedade mundial, conforme se observa da seguinte exposição (2008, p. 227): “Claro que se trata aproximadamente de conceitos típico-ideais no sentido weberiano, os quais, enquanto ‘utopias’ gnosiológicas, nunca são encontrados em forma pura na realidade social, servindo antes como esquemas de sua interpretação com ênfase unilateral em determinados elementos mais relevantes à abordagem. Não cabe desconhecer, pois, que a sociedade mundial de hoje é multifacetada e possibilita a aplicação do esquema ‘centro e periferia’ em vários níveis. Tampouco se deve desconhecer que os recentes desenvolvimentos da sociedade mundial apontam no sentido de uma mobilidade nas posições de centro e periferia, podendo-se observar também tendências a uma paradoxal periferização do centro”.

política se encontram em constante embate, o que, em situações limite conduziriam a um déficit de legitimação do próprio Estado.

Em polo oposto, as sociedades submetidas à modernidade periférica não apresentam condições fiáveis para a construção de consensos mediante uma esfera pública pluralista. Torna-se característico da modernidade periférica o dissenso estrutural da esfera pública, a construção de uma cidadania mitigada e a monopolização da atividade estatal em prol de interesses hegemônicos classistas. Assim, o direito é subjugado por injunções particularistas de poder, ensejando condições propícias de restrição a parcela majoritária dos indivíduos aos benefícios advindos da atividade estatal. Portanto, discussões sobre a crise do Estado social no âmbito da modernidade periférica apresentam-se descontextualizadas por força da ausência de mecanismos de universalização dos direitos, além de óbices intransponíveis à sua efetiva fruição. Dessa circunstância fática surge a diferenciação proposta por Neves (2008, p. 248/250) entre sobreintegrados e subintegrados:

Do lado dos subintegrados, generalizam-se situações em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, mas dependem de suas prescrições impositivas. Portanto, os 'subcidadãos' não estão inteiramente excluídos. Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdade. Os direitos fundamentais não desempenham nenhum papel significativo no seu horizonte de agir e vivenciar, inclusive no concernente à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais. [...] A subintegração é inseparável da sobreintegração. Esta se refere à prática de grupos privilegiados que, principalmente com o apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do direito. Os sobreintegrados, em princípio, são titulares de direitos, competências, poderes e prerrogativas, mas não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades. Sua postura em relação à ordem jurídica é eminentemente instrumental: usam, desusam ou abusam-na conforme as constelações concretas e particularistas de seus interesses. Nesse contexto, o direito não se apresenta como horizonte de agir e vivenciar político-jurídico do sobrecidadão, mas antes um meio de consecução de seus objetivos econômicos, políticos e relacionais.

A realidade empírica brasileira conduz Neves a identificar dois problemas fundamentais: a cultura da impunidade, ou melhor, o fetichismo legalista aplicável exclusivamente aos subintegrados e os bloqueios à concretização normativa da Constituição. Neste cenário, propostas de mudança estrutural na experiência brasileira não justificam a adoção de medidas alternativas ao contexto relacional entre direito, Estado e sociedade, mas, sim, a efetiva orientação pela legalidade.

Uma forma de enfrentamento da cultura da impunidade na experiência cívica brasileira seria o reconhecimento de que os sobreintegrados são motivados por considerações de interesse e expectativas egoísticas. A partir dessa premissa, a formatação do direito e do Estado torna-se resultado das “feições assumidas pelos conflitos e pelo jogo de interesses que se dão no plano geral da sociedade” (REIS, 1993, p.148). Conducente a essa ótica, a construção funcional do direito assumiria o papel neutralizador dos interesses particularistas e a abertura máxima a interesses múltiplos para a formação de um complexo de mecanismos organizacionais e institucionais integrados ao Estado com vistas à implantação de padrões de moralidade e civismo.

Tendo em conta a necessidade de compreensão da realidade empírica brasileira e a crítica sobre a inadaptabilidade de modelos teóricos alienígenas, conforme alerta Marcelo Neves, é importante considerar a utilização de instrumentos institucionais voltados à concretização da legalidade de forma geral no âmbito da sociedade brasileira. Com essa premissa, a proposta de Roberto Mangabeira Unger sobre horizontes experimentais apresenta-se de extrema utilidade para a construção de uma análise jurídica transformadora da realidade brasileira.

Partindo da premissa de que o projeto democrático se propõe a aquilatar a sociedade contemporânea pragmaticamente e moralmente, Unger (2004, p. 16) expõe que essa proposta firma-se na defesa do progresso material e na promoção da liberdade individual mediante a concessão de direitos subjetivos que, em tese, propiciariam a libertação do indivíduo frente a “esquemas triturantes de divisão e hierarquia social”. Todavia, o avanço do projeto democrático encontra resistência na crença generalizadora de que as mudanças exigidas recaem numa expressão unívoca de instituições necessárias e naturais.¹¹⁸

¹¹⁸ A propriedade é exemplo de instituição necessária e natural. A partir de John Locke a propriedade tornou-se a medula de uma sociedade liberal, cumprindo ao Estado assegurar sua proteção como forma de garantia da liberdade. Com o surgimento do Estado moderno, associado à centralidade do homem-indivíduo no pensamento iluminista, há uma inequívoca cisão da propriedade: a propriedade pública e a propriedade privada. Segundo alerta Valcir Gassen (2009, p. 168), o direito de propriedade foi sacralizado após a Revolução Industrial, creditando-se historicamente sob a força de um fetichismo institucional inabalável. De fato, apesar da funcionalização do direito de propriedade, “no modo de produção capitalista, a propriedade privada da terra é uma das formas que assume o *sagrado* direito de propriedade; tudo está à mercê de apropriação como coisa privada”. Não obstante, essa mudança não atinge as formas basilares da propriedade no modo de produção capitalista, entendida como conjunto complexo de normas que regulam direitos e deveres entre o particular e a coletividade. Desta forma, essa instituição tem sido submetida a uma racionalização extremamente conservadora e avessa a qualquer forma de transformação, exceto pelo pensamento comunista que suscitou o retorno à coletivização da propriedade, mas que sucumbiu ao devir histórico vivenciado no século XX.

Esse fetichismo institucional, segundo sua própria admoestação, tornou-se “um tipo de superstição que permeia a cultura contemporânea” (UNGER, 2004, p. 17), de modo a proporcionar a noção de que o processo evolutivo da modernidade culminou na fixação de instituições imutáveis e únicas possíveis para a consecução da prosperidade, tais como a economia de mercado e a democracia representativa.¹¹⁹

A fixidez institucional implica na rejeição a duas questões fundamentais para uma proposta de análise experimental do direito: primeiro, o fato de que existe uma multiplicidade de instrumentos para a implantação de objetivos práticos firmados pela sociedade; a segunda reside na conclusão de que a escolha das instituições econômicas, sociais e políticas moldam o *modus vivendi* da sociedade e as expectativas civilizatórias em determinado momento histórico. Por óbvio, e essa perspectiva sobreleva-se na obra de Unger, as peculiaridades e crenças particulares de cada sociedade influenciam na escolha desses instrumentos indicando a possibilidade de alternativas particulares e inovadoras a serem adotadas em determinada comunidade política em momentos históricos diversos. Assim, segundo Unger (2004, p. 17):

A premissa desse debate emergente é que democracias representativas, economias de mercado e sociedades civis livres podem assumir formas jurídico-institucionais muito diferentes daquelas que vieram a predominar nas democracias industriais ricas. De acordo com essa crença, as variações existentes entre instituições do Estado e da economia dessas democracias representam um subconjunto de um espectro muito mais amplo de possibilidades institucionais não aproveitadas.

Mangabeira Unger critica a concepção (ou seria preconcepção?) de instituições universais e abstratas aplicáveis a qualquer forma de sociedade ou Estado, seja em relação às regulações do mercado, do direito ou da política. Precisamente no âmbito do pensamento jurídico contemporâneo, Unger (2004, p. 41) propõe a instrumentalização de alternativas e refinamento das condições inerentes à vocação do direito contemporâneo: “o compromisso com a formação de uma ordem política e econômica livre, pela combinação de direitos de escolha com regras criadas para assegurar o gozo efetivo desses direitos”.

¹¹⁹ Unger (2004, p. 20) identifica esse projeto político-social à corrente por ele nominada de socialdemocracia apurada, cujos atributos característicos seriam: “[...] primeiro, seu compromisso contínuo com o Estado de bem-estar e com o investimento em gente, tanto como um fim em si mesmo quanto como uma condição de êxito econômico; segundo, um desejo de livrar a economia de mercado regulada de constrangimentos estatistas, corporativistas e oligopolistas sobre a flexibilidade e a inovação econômica, principalmente na transição de um estilo pós-fordista de organização industrial, aliado à simpatia em relação a associações de base e participação popular nos governos e organizações sociais locais; e, terceiro, um conservadorismo institucional indisfarçado, expresso num ceticismo sobre os grandes projetos de reconstrução institucional e na aceitação das formas jurídicas atuais de economias de mercado, democracias representativas e sociedades civis livres”.

Nessa ordem de ideias, os direitos de escolha devem perpassar uma análise empírica dos interesses que permeiam determinado corpo social, associado a um refinamento peculiar desses interesses subjacentes. A associação do empirismo e da construção jurídica de propostas estruturais alternativas conduziria a uma discussão programática ou a uma reforma experimental permanente e contínua, marcada por transformações pontuais redefinidoras dos direitos de escolha e das formas de sua fruição.

Em síntese, propostas experimentalistas somente poderiam advir de uma análise jurídica institucionalmente imaginativa, frutificando uma relação interna entre o estabelecimento de ideais a serem cumpridos pelo projeto democrático associado a estruturas que assegurem seu resultado operacional e seu significado.

Colocadas essas questões, e voltando-se os olhos aos instrumentos jurídico-fiscais, constata-se a existência de um espaço amplo de possibilidades para práticas transformadoras propulsionadas por instrumentos extrafiscais imbricados com a conformação de um Estado social. Portanto, abordaremos em seguida o perfil do Estado social e suas condições de legitimidade para, posteriormente, abordarmos a extrafiscalidade como instrumento de legitimação conducente a um ideal de justiça fiscal.

CAPÍTULO 2 ESTADO, SOCIEDADE E DIREITO: SOBRE A FUNÇÃO E A LEGITIMIDADE DO ESTADO SOCIAL

A legitimação e o poder do discurso jurídico organizado em nome da verdade se encontra no fato de que ele se apresenta miticamente como a revelação de segredos; simula mostrar os segredos do funcionamento social do direito para conseguir um efeito (totalitário) de uniformidade, que reforça a intenção política da unificação dos atores sociais e da produção de uma viagem da sociedade transparente e homogênea. Claro que desta forma proporciona a imagem de uma sociedade nada democrática” (WARAT, 1995, p. 90).

A realidade do Estado, o qual tem de ser suposta aqui como unidade, consiste na sua ação ou função, a qual, tal como ela é, não precisa ser querida como um fim, nem por todos os membros nem sequer por um somente. O Estado existe unicamente em seus efeitos. ‘A função é a existência pensada em atividade’ (Goethe) (HELLER, 1998, p. 258/259).¹²⁰

¹²⁰ No original: “La realidad del Estado, el cual ha de ser supuesto aquí como unidad, consiste en su acción o función, la cual, tal como ella es, no precisa que sea querida como fin, ni por todos los miembros ni siquiera por uno solo. El Estado existe únicamente en sus efectos. ‘La función es la existencia pensada en actividad’ (Goethe)”.

Empreendida a contextualização da contemporaneidade (tempos pós-modernos?), pode-se extrair duas conclusões que irão nortear o exame do Estado a partir desse momento: primeiro, a constatação de que as mudanças paulatinas do saber humano e do pensamento jurídico conduziu o homem a uma perspectiva individualista, que contribuiu consideravelmente para o sentimento de solidão e alienação, que o impulsiona a acreditar na ideia de que a realização pessoal se resume à satisfação de desejos imediatistas e particularistas de consumo; segundo, a evolução do pensamento jurídico culminou, na atualidade, na fixação de formas jurídicas conservadoras e perpetuadoras de uma estrutura institucional desestabilizadora, ilusionista e alheia a questões relacionadas à transmissão hereditária de privilégios, violação de compromissos constitucionais e construção de obstáculos ao efetivo gozo de direitos por grandes parcelas do corpo social.

Disso decorre a constante e renitente temática da crise do Estado, ou mais radicalmente, a formulação de propostas teóricas tendentes à sua supressão como etapa antecedente à igualdade universal.¹²¹ Convém realçar que a temática pertinente ao Estado é infundável, complexa e multifacetada, admitindo distintas abordagens teóricas e múltiplos enfoques por parte das ciências sociais.

Não obstante, como já visto anteriormente¹²², é desejável uma perspectiva interdisciplinar. A conexão entre a perspectiva política, jurídica, econômica, histórica, filosófica e sociológica permitirá uma adequada compreensão sobre as condições da propalada crise e da formulação característica do Estado social à luz da perspectiva constitucionalista e do projeto democrático. Disso decorre nosso desinteresse por uma análise exclusivamente científico-jurídica nos moldes da separação entre o ponto de vista sociológico e jurídico na obra de Georg Jellinek (2000),¹²³ ou a construção teórica

¹²¹ Essas propostas podem ser sintetizadas na perspectiva marxista de abolição do Estado pela revolução comunista. Em sua obra conjunta com Friedrich Engels, Karl Marx assevera (1984, p. 38): “Precisamente porque os indivíduos procuram apenas o seu interesse particular, o qual para eles não coincide com o seu interesse comunitário – a verdade é que o geral é a forma ilusória de existência na comunidade-, este é feito valer como um interesse que lhes é ‘alheio’ e ‘independente’ deles, como um interesse ‘geral’ que é também ele, por seu turno, particular e peculiar, ou eles próprios têm de se mover nesta discórdia, como na democracia. Por outro lado, também a luta *prática* destes interesses particulares, que *realmente* se opõem constantemente aos interesses comunitários e aos interesses comunitários ilusórios, torna necessários a intervenção e refreamento *práticos* pelo interesse ‘geral’ ilusório como Estado” (grifos no original).

¹²² Cf. Tópico 1.1.2.

¹²³ Georg Jellinek (2000, p. 60/61) realiza uma sistematização da doutrina do Estado em duas vertentes principais: a doutrina geral do Estado, que se propõe a identificar e investigar seus fenômenos gerais e suas determinações fundamentais; e a doutrina particular do Estado, que tem por objeto de investigação as instituições próprias de um Estado historicamente situado. A doutrina geral do Estado se subdividiria na doutrina social e na doutrina jurídica, conforme leciona Jellinek: “A doutrina geral do Estado tem de investigar este em sua plenitude e singularmente atendendo a duas ordens principais de fenômenos que correspondem a dois pontos de vista básicos para esta ciência: o Estado é, de um lado, uma construção social, e de outro, uma instituição jurídica. Conforme a isto, divide-se a doutrina do Estado em *doutrina social e*

formulada por Hans Kelsen (2005), que detém por objeto pura e simplesmente o elemento jurídico da ordenação estatal.¹²⁴

Aparenta-nos mais condizente com a orientação assumida no presente trabalho uma formulação teórica que empreende a superação do formalismo e a conexão entre a realidade social subjacente à atividade estatal e a superação do solipsismo para a compreensão da mútua implicação e coordenação entre sociedade, Estado e o indivíduo¹²⁵.

Desta forma, o exame do Estado e a produção teórica decorrente pressupõe uma contextualização, isto é, torna-se fundamental compreender que o estudioso não se desvincula da vida estatal da qual está inserido. Por isso, Herman Heller (1998, p. 47) opõe-se a uma concepção anárquico-subjetiva sobre temas conglobantes ao Estado, pois insuficiente para desenvolver problemas teóricos e práticos relacionados a questionamentos sobre a natureza, função ou unidade do Estado, incluindo-se suas relações com a sociedade, o direito, opinião pública, partidos políticos, dentre outros elementos de conexão. Assim, estipula Heller que:

Todo conhecimento sobre o Estado tem que partir do suposto de que a vida estatal inclui sempre o que investiga; este pertence a ela de um modo existencial e não pode nunca abandoná-la. Não é o Estado um objeto estranho ao sujeito que interroga, algo

doutrina jurídica do Estado. Por conseguinte, a doutrina geral do Estado abarca: a doutrina geral sociológica do Estado (*Allgemeine Soziallehre des Staates*) e a doutrina geral do direito público (*Allgemeine Staatsrechtslehre*)” (tradução nossa). No original: “La doctrina general del Estado ha de investigar a éste en su plenitud y singularmente atendiendo a dos órdenes principales de fenómenos que corresponden a los dos puntos de vista básicos para esta ciencia: el Estado es, de un lado, una construcción social, y de otro, una institución jurídica. Conforme a esto, divídese la doctrina del Estado en *doctrina social y doctrina jurídica del Estado*. Por consiguiente, la doctrina general do Estado abarca: la doctrina general sociológica del Estado (*Allgemeine Soziallehre des Staates*) y la doctrina general del derecho público (*Allgemeine Staatsrechtslehre*)”.

¹²⁴ Sob uma perspectiva jurídica, Kelsen (2005, p. 262) retrata o Estado como a própria ordem jurídica nacional de uma comunidade. Assim: “De um ponto de vista jurídico, o problema do Estado, portanto, surge como o problema da ordem jurídica nacional. O Direito Positivo surge empiricamente na forma de ordens jurídicas nacionais relacionadas entre si por uma ordem jurídica internacional”.

¹²⁵ Nessa perspectiva, colhem-se as lições de Urbano Carvelli em prefácio à obra de Martin Kriele (2009, p.15/16): “Numa visão unidimensional, as causas e as consequências que advêm de longos processos de maturação e acabam conformando o Estado permanecem quase sempre obscuras ou desconsideradas. O que se apresenta são simplesmente tipologias conceituais na forma de resultados. Assim, um entendimento dos resultados sem o devido conhecimento e sequer a compreensão das causas e das consequências que os originaram, conduz simplesmente a uma parca dominância de alguns jargões específicos sobre o Estado, desembocando necessariamente no diletantismo jurídico do bacharelado, o qual vem sendo fartamente criticado nos últimos anos. Porém, ao se focar uma visão multidimensional do Estado e se tratar intensivamente das causas e das consequências que resultaram na conformação de sua estrutura, o interessado logo perceberá a evidente causalidade entre as inúmeras microvariáveis que compõem o Estado e chegará à questão da substancialidade do material genético imanente determinante de sua concepção estrutural: o *zoon politikon*. Assim, chegamos finalmente ao denominador comum de uma visão polidimensional do Estado, a qual conta com três macrovariáveis imprescindíveis: o Estado, a sociedade e a pessoa humana”.

que, especialmente, se ache ‘frente a ele’; pelo contrário, o que constitui a essência da relação é a identidade dialética do sujeito e objeto (tradução nossa).¹²⁶

Necessariamente, a compreensão do fenômeno estatal deve se pautar pela perquirição das ideias fundamentais historicamente construídas pelo pensamento humano (KRIELE, 2009, p. 21), adaptando-as à realidade subjacente. De fato, apesar de uma formatação ideal comum a todas as civilizações, a organização política pode desenvolver-se, transformar-se e alterar-se de acordo com plúrimas formas e métodos (HELLER, 1998, p. 51), o que demonstra sua profunda vinculação ao elemento cultural dos povos.

Apesar de se revelarem como objetivos de legitimação do Estado, a persecução da paz, liberdade e equidade é profundamente sensibilizada por elementos culturais, uma vez que a atividade humana pode se valer de instrumentos diversos para alcançar o fim a ela proposto. Portanto, a tendência doutrinária majoritária de fixar conceitos abstratos e imutáveis sobre situações e formas humanas, assumindo uma perspectiva mecanicista das ciências naturais, impede a apreensão de condições peculiares de determinada sociedade e Estado.

A partir desse intento e seguindo as premissas de Hermann Heller (1998, p. 71), compreende-se que qualquer teorização sobre o Estado deve partir da própria realidade na qual está inserido. A conexão de sentido que perpassa Estado e a realidade somente poderá se pautar pela identificação e análise da ação social e os objetivos a que se propõe. Os fins do Estado não são idênticos aos fins subjetivos dos indivíduos, de modo que uma prática finalística estatal somente poderá ser assimilada a partir de uma identidade com a realidade social. Com efeito, Heller estatui (1998, p. 71):

Quem quer determinar cientificamente o sentido do Estado, por força deverá de apoiar-se sempre, em última instância, na conduta do homem e os objetivos que se propõe. Por esta razão, os fins subjetivos dos indivíduos e ‘o fim’ do Estado devem ser separados com escrúpulos. Entendemos por fim o efeito da vontade calculado de antemão, isto é, aquilo que se propõe psiquicamente alcançar um sujeito real de um modo concreto, já seja consciente ou inconscientemente. Quando falamos do fim objetivo ou, melhor, do sentido do Estado, se propõem conseguir todos ou a maioria dos homens, senão a aquele ‘fim’ que deve cumprir o Estado no sentido da conexão real, que aparece atuada por homens e sobre os quais, a sua vez, opera (tradução nossa).¹²⁷

¹²⁶ No original: “Todo conocimiento sobre el Estado tiene que partir del supuesto de que la vida estatal incluye siempre al que investiga; éste pertenece a ella de un modo existencial y no puede nunca abandonarla. No es el Estado un objeto extraño al sujeto que interroga, algo que, especialmente, se halle ‘frente a él’; por el contrario, lo que constituye la esencia de tal relación es la identidad dialéctica de sujeto y objeto”.

¹²⁷ No original: “Quien quiera determinar científicamente el sentido del Estado, por fuerza habrá de apoyarse siempre, en última instancia, en la conducta real del hombre y los objetivos que se propone. Por esta razón, los fines subjetivos de los individuos y ‘el fin’ del Estado deben ser separados con escrupulosidad suma.

Disso decorre o grave problema da apropriação irrestrita de teorias alienígenas sobre o Estado e a sociedade. Esse alerta é precisamente apresentado por Marcelo Neves quando do exame da teoria crítica de Habermas sobre o Estado Social.¹²⁸ Em suas palavras (2008, p. 274/275):

Sendo assim, é muito problemático o projeto de uma simples transferência de funções político-sociais do Estado para uma política interna mundial transnacional, com o fim de criar um regime global de bem-estar renovado. De acordo com esse projeto, o meio sistêmico da política romperia ou superaria suas fronteiras de operação e, libertado de sua vinculação territorial ao Estado, procederá a uma ‘regulação’ mundial da economia em direção de um regime de bem-estar. Destarte, não se observa que os limites da política e do direito como sistemas sociais independem da extensão do âmbito espacial de validade das respectivas instituições, não havendo nenhum indício, também no contexto da sociedade mundial do presente, de que as instituições jurídico-políticas globais possam ter mais êxito do que as locais ou regionais. Por fim, não se dá a devida consideração ao fato de que os Estados de bem-estar afetados pela economia globalizada somente puderam surgir nas circunstâncias economicamente favoráveis de algumas regiões privilegiadas e com base em uma prática político-jurídica que soube aproveitar essas circunstâncias.

Considerando-se que o Estado é o produto da vivência e consciência real do homem situado historicamente, sendo dotado de finalidades específicas, conclui-se que essa realidade social se constitui na dialética entre natureza e cultura. Novamente, faz-se importante a referência à concepção de Hermann Heller (1998, p.101):

Não existe, por um lado, realidade social alguma desligada da natureza, os processos corporais penetram, em realidade, até as manifestações anímicas mais afastadas do material. Mas, por outra parte, tampouco existe – coisa que com frequência se esquece – uma natureza completamente virgem de todo contato com a efetividade social e não submetida às transformações histórico-sociais, ou, se existe, sua importância, a este respeito e para o conhecimento da realidade social, é exígua. Por

Entendemos por fin el efecto de la voluntad calculado de antemano, es decir, aquello que se propone psíquicamente alcanzar un sujeto real de un modo concreto, ya sea consciente o inconscientemente. Cuando hablamos del fin objetivo o, mejor, del sentido del Estado, se proponen conseguir todos o la mayoría de los hombres, sino a aquel ‘fin’ que debe cumplir el Estado en el seno de la conexión real, que aparece actuada por hombres y sobre los cuales, a su vez, opera”.

¹²⁸ A partir de uma racionalidade procedimental, Habermas situa a legitimidade do Estado na preservação da autonomia privada e da autonomia cidadã de seus membros, o que resguarda a comunicação em suas diversas formas. Nesse sentido, Habermas afirma que (2003b, p.147): “A referência às condições comunicacionais, das quais emerge o poder político, bem como a referência às formas de comunicação, das quais depende a produção do direito legítimo e através das quais ele se reproduz, se voltam a estruturas abstratas de reconhecimento mútuo, as quais formam uma espécie de pele que recobre, através do direito legítimo, a sociedade em geral”. Em virtude dessa concepção, Habermas critica o Estado social por assumir uma premissa redutora da autonomia privada, tornando-se paternalista e conformando os cidadãos como “clientes”. A excessiva juridificação engendrada pelo poder administrativo através de programas políticos, afastando-se os cidadãos do espaço público de legitimação do direito. Esse ponto é esclarecido por Luiz Moreira (2004, p. 59): “O paradoxo é o seguinte: as políticas do Estado Social e democrático visavam à integração social, no entanto, o processo de juridicização baseava-se, fundamentalmente, nos meios dinheiro, através do processo produtivo, e do poder, fundado na burocracia, o que ocasionou uma desintegração do modo de reprodução do mundo da vida, pois suas esferas de sociabilidade básica são reduzidas, paulatinamente, ao modelo jurídico”.

esta razão, o mesmo corpo humano é, em boa parte, produto da cultura, a superfície terrestre se acha hoje recoberta de uma pátina cultural; e a ciência não conhece as raças humanas naturais ‘puras’. Pretender isolar, nesta interpretação dialética, determinadas ‘partes’ é uma empresa sumamente atrevida (tradução nossa).¹²⁹

Tem-se, assim, a conexão de sentido para a adequada compreensão do Estado, sua legitimidade e função. Não obstante, com Ferraz Jr. (2003, p. 272) é preciso tecer a reflexão de que o Estado Moderno¹³⁰ foi construído sob os escombros da divisão da sociedade medieval em estamentos, afastando a lógica de inclusão/exclusão para definição dos segmentos sociais. A partir do século XVIII, especialmente em virtude dos preceitos burgueses inerentes ao período posterior à Revolução Francesa, o indivíduo paulatinamente se desvincula de seu *status* social, passando a ser identificado segundo a sua função no interior da sociedade.

Desse modo, “a sociedade organiza-se conforme funções (função política, função jurídica, função econômica, função social, função religiosa) que podem ser preenchidas – absolutamente – por qualquer indivíduo”. Dissolve-se, assim, o critério de inclusão/exclusão em estratos sociais com a finalidade de identificação do indivíduo, assumindo-se o código ter/não ter inerente ao capitalismo como modo de produção econômica.¹³¹ Por isso, as relações econômicas adquirem relevância no desenvolvimento da sociedade e para a qualificação do Estado, surgindo, assim, concepções teóricas sobre as funções estatais,

¹²⁹ No original: “No existe, por un lado, realidad social alguna desligada de la naturaleza, los procesos corporales penetran, en realidad, hasta las manifestaciones anímicas más alejadas de lo material. Pero, por otra parte, tampoco existe – cosa que con frecuencia se olvida – una naturaleza completamente virgen de todo contacto con la efectividad social y no sometida a las transformaciones histórico-sociales, o, si existe, su importancia, a este respecto y para el conocimiento de la realidad social, es exigua. Por esta razón, el mismo cuerpo humano es, en buena parte, producto de la cultura, la superficie terrestre se halla hoy recubierta de una pátina cultural; y la ciencia no conoce razas humanas naturales ‘puras’. Pretender aislar, en esta interpretación dialéctica, determinadas ‘partes’ es una empresa sumamente atrevida”.

¹³⁰ Segundo expõe Lenio Streck e José Bolzan de Moraes (2010, p. 39), as principais características do Estado Moderno seriam, sob o prisma material, o território e o povo, e sob o prisma formal, o governo, o poder e a autoridade. Goyard-Fabre (2002, p. 114) assevera que o Estado Moderno foi edificado, desde Maquiavel, a partir de três grandes princípios: ordem pública, autoridade centralizada do poder e constitucionalidade da ordem jurídica. Já Weber (2009b, 157), atribui ao Estado Moderno os caracteres de organização direcionada à dominação ordenada de um território e das pessoas que nele se encontram, detendo o monopólio da coação física ‘conforme a lei’. Para uma perspectiva da evolução histórica do Estado Moderno desde os seus primórdios, cf. BONAVIDES (2010).

¹³¹ Esse código binário encontra-se inserido na teorização sistêmica de Luhmann e é referido como o código específico da economia por Marcelo Neves (2008). Segundo esse autor, a expansão hipertrófica do código da economia sobre o impulso da globalização é sopesada pelo direito autônomo amparado nos diplomas constitucionais que atuam em nome da igualdade, cidadania participativa e propostas redistributivas. Ainda sobre o tema, Sérgio Couri (2001, p. 39) afirma: “A dinâmica censitária revelada pelo capitalismo cristalizou uma estrutura de classes específica, derivada, basicamente, do capital como patrocinador e amálgama dos demais fatores, e de sua autodestinação à multiplicação, da qual a produção é um meio. A estrutura de classes estabeleceu-se conforme estratos mais ou menos afluentes de rendimentos, de acordo com seus preços relativos”. Sobre a teoria dos sistemas de Luhmann e a perspectiva autopoética do direito, cf. CHAMON JR. (2005).

especialmente o liberalismo e o societalismo, e seus respectivos tipos estatais: Estado liberal e Estado social (*Welfare State*).

A dinâmica societal inconformista em relação ao *status* estimula a persecução de objetivos de bem-estar por parte do indivíduo. Todavia, essa busca por condições econômicas melhores propicia uma inequívoca insatisfação na superação de controles e condicionamentos para a ascensão social, especialmente para os instrumentos disponíveis de acesso à propriedade conformada sob o viés da sociedade burguesa. Desta forma, a atuação estatal pode se tornar um instrumento de manutenção do *status quo*, o que perpassa pelo aprofundamento de programas políticos repressivos, ou adotar uma postura transformadora equitativa e solidária, mediante a utilização de ferramentas inclusivas. Apesar da rejeição contemporânea ao marxismo, indevidamente associado ao fracasso do projeto socialista russo, obtém-se em Marx e Engels (1984, p. 21) uma importante reflexão:

O fato é, portanto, este: o de determinados indivíduos, que trabalham produtivamente de determinado modo, entrarem em determinadas relações sociais e políticas. A observação empírica tem de mostrar, em cada um dos casos, empiricamente e sem qualquer mistificação e especulação, a conexão da estrutura social e política com a produção. A estrutura social e o Estado decorrem constantemente do processo de vida de determinados indivíduos; mas destes indivíduos não como eles poderão parecer na sua própria representação ou na de outros, mas como eles são *realmente*, ou seja, como agem, como produzem materialmente, como trabalham, portanto, em determinados limites, premissas e condições materiais que não dependem da sua vontade. A produção das ideias, representações, da consciência está a princípio diretamente entrelaçada com a atividade material e o intercâmbio material dos homens, linguagem da vida real. O representar, o pensar, o intercâmbio espiritual dos homens aparecem aqui ainda como efluxo direto de seu comportamento material. O mesmo se aplica à produção espiritual como ela se apresenta na linguagem da política, das leis, da moral, da religião, da metafísica etc., de um povo. Os homens são os produtores das suas representações, ideias, etc., mas os homens reais, os homens que realizam (*die wirklichen, wirkenden Menschen*), tais como se encontram condicionados por um determinado desenvolvimento das suas forças produtivas e de intercâmbio que a estas corresponde até às suas formações mais avançadas. A consciência nunca pode ser outra coisa senão o ser consciente, e o ser dos homens é o processo real de vida (grifos no original).

Nessa perspectiva, com a hegemonia do capitalismo como modo de produção a partir do século XIX, resultando na emergência da burguesia como classe social dominante, tornou-se objeto de discussões a especificidade funcional do Estado moderno, ensejando uma dialética contínua entre liberalismo e societalismo. Essa dialética reside na permanente oposição e síntese entre liberdade, igualdade e justiça, firmando âncora em debates vinculados à eficiência produtiva e assistencialismo social.

O problema reside na constatação de Boaventura Sousa Santos (2000, p. 176) em relação à “mudança social normal”. O ideal da paulatina, gradual e fragmentada

transformação da sociedade pelo direito estatal ocasionou a construção de uma utopia na qual se produz soluções para problemas desconectados da realidade subjacente.

Torna-se agravante, ainda, a progressiva imposição da mudança social normal sob a égide de um modelo reformista universal a partir dos progressos obtidos pelos Estados da modernidade central. Esse processo histórico e não linear evidenciou a indisputabilidade das premissas teóricas, formalizando a construção de consensos universais para a atividade estatal e a sociedade conformada, sob os auspícios do desenvolvimento econômico, a exemplo da atuação da CEPAL – Comissão Econômica para a América Latina e Caribe na década de 50/60,¹³² e o Consenso de Washington, consubstanciação do neoliberalismo,¹³³ apregoado como solução dos problemas econômicos da América Latina no início do século XXI.¹³⁴

Segundo Santos (2000, p. 177), o reformismo como identidade da mudança social normal ampara-se na atuação estatal pautada por três estratégias: acumulação, hegemonia e confiança. Essas estratégias revelam-se na mobilização de “campos jurídicos com o fim de fomentar valores sociais activando códigos dicotômicos determinados”, ensejando um misto de “repetição social e de melhoria social”.

¹³² Roberto Campos (1994, p. 164 *et seq.*) relata a influência da CEPAL no Chile e no Peru como experimentos fracassados. Aliás, esse autor critica a proposta estruturalista da CEPAL para promoção do desenvolvimento econômico na América Latina. Segundo Campos (1994, p. 165): “Os estruturalistas da Cepal tiveram uma curiosa evolução: passaram de um ingênuo otimismo planejador, em torno da industrialização substitutiva de importações, na década dos cinquenta, para um excessivo pessimismo nos anos sessenta quando, desapontados com o esgotamento desse modelo, sucumbiram a teorias estagnacionistas”.

¹³³ Sobre o neoliberalismo, cf. COURI (2001).

¹³⁴ Em relação à parcialidade analítica sobre o tema do desenvolvimento econômico na América Latina, observem-se os esclarecimentos de Fernando Henrique Cardoso (1979, p.78/79): “O pensamento político e econômico latino-americano, na verdade, elaborou mais a análise das condições de êxito, dos objetivos e da ideologia de um dos polos: o setor moderno. Por exclusão e por oposição se ‘deduzia’ a posição oposta. Basicamente, às ‘massas’ se atribuía a função de dinamizar e pôr em xeque a ordem tradicional, no seu aspecto institucional, na sua dimensão social e inclusive nos seus fundamentos econômicos. Às aspirações, à política e às formas de mobilização correspondentes a essas massas se passou a designar movimento nacional-popular ou ‘populismo’. Correspondentemente, aos objetivos e à política econômica dos setores produtivos urbano-industriais se qualificou genericamente de nacional-desenvolvimentismo. Do encontro entre políticas populistas, que implicam necessariamente em aumento de participação social e política e em algum grau de redistribuição da renda em favor das massas urbanas, com o nacionalismo econômico, cuja base social está dada pela existência de grupos interessados no aumento da poupança e na reorientação das inversões para os setores produtivos e industriais voltados para o mercado interno resultaria no desenvolvimento nacional. Mesmo nesta visão esquemática da situação e sem que se considere a validade histórica dos supostos da análise, resulta claro que o modelo latino-americano de desenvolvimento passa pelo fio da navalha: as classes supostas em coalizão – que em sentido técnico teriam sido concebidas neste modelo mais como ‘setores’ ou ‘grupos’ no que respeita às classes produtoras e mais como ‘massa’ do que classe operária no que respeita às classes populares – tinham frente ao resto da sociedade um interesse comum, a ser consubstanciado através de políticas tendentes ao fortalecimento da economia urbana industrial, mas se opunham entre imediatamente pela orientação que cada uma delas tratava de impor ao processo de formação e distribuição de renda: mais salários ou mais acumulação. Por certo esta oposição pode ser mais latente que efetiva enquanto existe a possibilidade de transferir o ônus da acumulação para os outros grupos sociais, seja pela exclusão da massa rural na participação do incremento da renda interna, seja pela taxaçaõ e transferência da renda dos demais grupos econômicos em benefício do setor urbano industrial”.

No âmbito da estratégia de acumulação, a repetição social instaura a desigualdade econômica em virtude da apropriação privilegiada de bens por setores da burguesia dominante; em contraposição, a melhoria é divulgada através do alentado crescimento econômico.

Na perspectiva da hegemonia, a estratégia do Estado é focada na estabilidade política, paz social e conformismo cultural, justificando-se por melhoras na expansão dos direitos, incremento relativo da justiça social e maior difusão da informação e do conhecimento.

Por fim, no campo estratégico da confiança, o Estado atua na gestão dos riscos advindos da múltipla ação humana e da crescente complexidade social, de modo que a repetição social representa a consolidação da segurança a nível nacional, segurança jurídica e segurança técnica. Em contrapartida, a confiança proporciona melhoria em termos de reconhecimento internacional, acesso à Justiça e consolidação do conhecimento técnico-especializado.

Disso decorre a sensação da infinita e interminável construção do Estado social nos países de modernidade periférica. A mudança social normal, em si lenta, gradual e paulatina, propicia o arranjo necessário para o convencimento da sociedade de massas acerca do progresso e do desenvolvimento social. Esse pensamento assegura a hegemonia da ordem capitalista e da classe burguesa que, assim, varre para debaixo do tapete o temor revolucionário.

Com essas premissas, torna-se relevante a investigação das condições de legitimidade do Estado social e, especialmente, a inserção de políticas redistributivas pautadas por uma proposta extrafiscal. O objetivo perpassa pela qualificação da extrafiscalidade como indicador da mudança social normal ou, de modo contrário, instrumento de política fiscal efetivamente transformador da realidade social.

Há que se considerar que a conjugação histórica de adjetivações ao conceito de Estado busca a exaltação das notas típicas fundamentais para a identificação de sua finalidade e da respectiva evolução histórica, dando ensejo ao surgimento de tipos estatais tais como: Estado de direito, Estado liberal, Estado social, Estado democrático, Estado constitucional, Estado de bem-estar social, além das respectivas interpolações, sendo a mais atual o tipo Estado democrático de direito.

Normalmente, as análises sobre o Estado empreendem construções semânticas específicas com vistas a proporcionar uma delimitação do significado desejado para o

objetivo proposto pelo estudioso. Desta forma, as tipologias estatais são essencialmente associadas a circunstâncias históricas e premissas teóricas determinadas, que, a pretexto de esclarecer, proporcionam, contrariamente, profundas confusões de sentido. Ademais, a utilização indiscriminada de uma tipologia dificulta a compreensão atual do fenômeno estatal, o que causa influxos perniciosos no enfrentamento de temas relativos à função do Estado e a sua legitimidade.

2.1 MODELOS ESTATAIS E RACIOCÍNIO TIPOLÓGICO: O ESTADO LIBERAL E O ESTADO SOCIAL (BEM-ESTAR SOCIAL)

O raciocínio tipológico consiste numa forma de ordenação do pensamento baseada na identificação de caracteres gerais que permitem uma graduação a partir da associação desses elementos ao objeto estudado. Nesse sentido, por sua fluidez e abertura a comparações, o tipo opõe-se ao conceito classificatório, cuja sistematização opera-se pela divisão de classes e espécies rigidamente delimitada segundo características precisas. Os tipos não tem pretensão de definir, mas, ao contrário de ordenar os objetos segundo uma maior ou menor identidade às características típicas de antemão enunciadas. Nesse sentido, segundo Misabel Derzi (1998, p. 41):

O tipo, sendo uma ordem cujas notas características não são rígidas e limitadas, podendo faltar em certos casos algumas delas, é dotado de certa temporariedade ou permeabilidade mais adequada a um sistema jurídico aberto, histórico, onde as situações vitais problematizadas atuam constantemente no evoluir do próprio Direito.

Em relação à identificação dos modelos de Estado, um dos primeiros autores a utilizar-se do raciocínio tipológico foi Georg Jellinek. Em sua doutrina geral do Estado, Jellinek afirma que o raciocínio tipológico assegura uma pauta de identificação de Estados particulares pelas quais é possível afirmar presentes as características de determinado modelo típico de Estado. Desta forma, a construção de modelos estatais pela doutrina política, jurídica ou sociológica tem por objetivo a identificação de características gerais que permitam a qualificação de um Estado segundo, por exemplo, as instituições de direito público por ele apresentadas (separação dos poderes, submissão a uma constituição, legitimidade do poder, exercício da autoridade, etc.). Portanto, para Jellinek (2000, p. 84):

Teoricamente, da satisfação da necessidade sintética de resolver em uma unidade a pluralidade dos fenômenos, com o qual cumpre o mais alto fim da ciência; mas não somente é seu objetivo estabelecer claridade e unidade na variedade, senão ademais

compreender em seus fundamentos o fenômeno particular e dar-lhe um lugar na ordem total do processo social. Mediante a precisão dos elementos típicos se mostram também, por isto mesmo, como temos feito notar anteriormente as propriedades individuais de cada construção política, não contidas no tipo, como um algo que resta das propriedades conhecidas deste (tradução nossa).¹³⁵

A teoria do Estado conheceu uma múltipla gama de tipos estatais, cuja variabilidade atua segundo as notas típicas indicadas por determinado estudioso, seja das ciências jurídicas, sociológicas ou políticas. Qualquer abordagem dos tipos estatais deverá ter por preocupação a prévia identificação de seus caracteres típicos, permitindo-se, assim, a extração de significado pelo intérprete e a produção da comunicação entre aquele que faz o discurso (emissor) e o respectivo destinatário (receptor).

Portanto, quando se identifica tipos de Estado objetiva-se, numa perspectiva semântica, a construção de significado, que é integrado por sua denotação (extensão ou abrangência) e conotação (designação ou intensão). Aliado a isso, na seara pragmática, o tipo estatal pode ser adotado como elemento de persuasão ou influência na opinião e comportamento de terceiro.¹³⁶

Ao se associar um Estado particular (p.ex., o Estado brasileiro) com o tipo Estado democrático de direito, a impressão que se tem é de que há a adoção por determinada sociedade do princípio da participação popular na atividade governamental (seja pela elaboração de leis, seja pela indicação de seu governante ou autoridade dirigente, etc.) e que esta organização social se submete a uma ordem normativa de caráter jurídico (a partir do constitucionalismo essa ordem deflui de um documento único dotado de rigidez). De outro lado, ao associar determinado Estado com o tipo Estado autoritário, o receptor extrairá um significado pejorativo na qual a autoridade dirigente se utiliza do monopólio da coação em prol de seus interesses pessoais ou de determinado grupo que o apoia, inclusive mediante o expediente de supressão de direitos fundamentais anteriormente previstos.

Através da formulação do Estado moderno (centralidade incontestável do poder vinculado a determinado território), a evolução histórica das tipologias estatais seguiu-se mediante a associação de novos parâmetros político-normativos de limitação e exercício do

¹³⁵ No original: “Teóricamente, da satisfacción a la necesidad sintética de resolver en una unidad la pluralidad de los fenómenos, como lo cual cumple el más alto fin de la ciencia; pero no sólo es su objetivo establecer claridad y unidad en la variedad, sino además comprender en sus fundamentos el fenómeno particular y darle un lugar en el orden total del proceso social. Mediante la precisión de los elementos típicos se muestran también, por esto mismo, como hemos hecho notar anteriormente las propiedades individuales de cada construcción política, no contenidas en el tipo, como un algo que resta de las propiedades conocidas en éste”.

¹³⁶ Ferraz Jr. (2011, p. 15) esclarece que a análise sintática preocupa-se em “definir o uso do termo tendo em vista a relação formal dele com outros vocábulos”; a análise semântica busca a definição do uso do termo “tendo em vista a relação entre ele e o objeto que comunica”; já a análise pragmática trabalha o “uso do termo tendo em vista a relação do termo por quem e para quem o usa”.

poder, além da complexa e conjuntiva acumulação de funções. Desta forma, por uma interpretação focada em aspectos estruturantes do poder, é possível indicar os seguintes tipos estatais: Estado de direito e Estado constitucional. Já sob uma perspectiva funcional, torna-se possível indicar duas configurações tipológicas: Estado liberal e o Estado social.

2.1.1 TIPOLOGIA ESTRUTURAL DO ESTADO: O ESTADO DE DIREITO E O ESTADO CONSTITUCIONAL

A definição das notas típicas do Estado encontra esteio nos elementos históricos que contrastaram o humanismo¹³⁷ e a racionalidade jusnaturalista frente ao pensamento teocrático medieval. Um dos expoentes dessa mudança de rumos é Nicolau Maquiavel. Em relação ao aspecto semântico da palavra, a partir de Maquiavel o termo passa a designar “a organização de um grupo de indivíduos sobre um território em virtude de um poder de comando” (BOBBIO, 1987, p. 66)¹³⁸.

Mas, para além do elemento semântico, a teorização empreendida por Maquiavel assume uma visão determinista da condição humana e apregoa um realismo político nunca antes exposto por seus contemporâneos.¹³⁹ Quentin Skinner (1996) esclarece que Maquiavel admitia a discórdia cívica como condição elementar da política, o que, por outro lado, representaria um risco iminente para a liberdade. Ademais, ele opunha-se à ortodoxia reinante vinculada à fé cristã, pois indicava que os dogmas cristãos, em diversas oportunidades, seriam verdadeiros empecilhos na preservação do bem-comum da comunidade.¹⁴⁰ Desta forma, através do pensamento de Maquiavel, condutor para a

¹³⁷ O humanismo consistiu num movimento de retorno à visão clássica do mundo e da vida em contraposição ao ideal universalista do baixo medievo, especialmente o princípio do *ordenatio ad unum*, através da qual todo o conhecimento humano era subordinado à teologia cristã e reduzido a um fundamento metafísico divino. Cf. Fassó (1982b, p. 15).

¹³⁸ Maquiavel (1996, p. 3) inicia suas considerações na obra “O Príncipe” com a seguinte frase: “Todos os estados, todos os domínios que tiveram e têm poder sobre os homens foram e são ou repúblicas ou principados”. Obviamente a palavra “estado” não foi utilizada pelo teórico florentino no sentido de situação fática ou condição humana circunstancial, mas, sim, com nítida referência a uma organização política dotada de poder frente à vontade individual dos homens.

¹³⁹ Cf. Goyard-Fabre (2002, p. 15); Bercovici (2008, p. 56).

¹⁴⁰ Skinner (1996, p. 203/204) assevera que: “Maquiavel dá a resposta mais inequívoca possível. Não tem dúvidas de que a meta de manter a liberdade e segurança de uma República representa o valor mais elevado, e mesmo decisivo, da vida política. Por isso, não hesita em concluir que não tem cabimento utilizar uma escala de valores cristã no exame dos assuntos políticos. Obviamente, aconselha a atuarmos da forma mais virtuosa a nosso alcance. Mas também recomenda, se a liberdade de nossa pátria exigir que trilhemos o caminho dos malfetores, fazê-la sem hesitar. Isso Maquiavel afirma com brutal clareza, quando, no final do último discurso, formula uma sentença que - diz ele - ‘merece a atenção e deve ser seguida por todo cidadão que precise dar conselhos a seu país’”.

dessacralização da política, estabeleceram-se as bases para o florescimento de teorias políticas de caráter racionalista sobre o Estado.

Apesar da irrupção da modernidade política ser um legado maquiavélico, é a partir da construção conceitual de soberania em Jean Bodin e a vinculação territorial do poder que se fez possível a formatação das notas típicas do Estado Moderno¹⁴¹. Em Paulo Bonavides, colhe-se a seguinte afirmação: “[...] foi a soberania, por sem dúvida, o grande princípio que inaugurou o Estado Moderno, impossível de constituir-se se lhe falecesse a sólida doutrina de um poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária e monopolizadora de coerção”.

Bercovici (2008, p. 69) pontua que a teoria da soberania de Bodin justifica o exercício do poder mediante o desempenho da atividade legislativa pelo soberano, contribuindo para a formação da ideia da *potestas legislativa*. Assim, “a teoria da soberania de Bodin vai contribuir para a ideia de que em todo sistema jurídico deve haver uma norma ou conjunto de procedimentos últimos que coordenam todas as decisões, ou seja, deve haver um soberano” (BERCOVICI, 2008, p. 70).

A partir desse pressuposto teórico, o Estado moderno assumiu o princípio da autoridade, de modo que o poder estatal associou-se ao monopólio da criação do direito. Nessa trilha de pensamento, Thomas Hobbes conduz a fonte de produção legislativa

¹⁴¹ As notas típicas do Estado moderno se amparam no princípio da unidade e no princípio da representação. O princípio da unidade indica a delimitação territorial sobre o qual é exercido o poder político-jurídico incontestável. Nesse aspecto, Georg Jellinek (2000, p. 312/313) assevera a importância do absolutismo como pressuposto para a unidade do Estado: “A solução que maior significação tinha foi a absolutista, porque a monarquia absoluta é a primeira que tinha realizado no Ocidente, depois da época romana, a ideia da unidade do Estado. Tinha formado uma unidade interior de territórios que estavam originariamente separados uns dos outros, tinha criado um exército, não sujeito a contingências da fidelidade do vassalo; tinha instituído um aparelhamento do Estado; tinha colocado sob seu amparo a administração da justiça em todos os territórios que abarcava o Estado, o ao menos, tinha submetido a seu poder a administração da justiça feudal, e por último, a administração estabelecida pelas representações da nação, tinha convertida a estas, coordenadas com a do Estado, como antes eram, em subordinadas a ele. Mediante o desmoronamento dos poderes feudais tinha levado a cabo a monarquia absoluta, sem dar-se conta, o grande processo de nivelção, por cujo meio, uma sociedade altamente estruturada e dividida, tinha chegado a ser uma sociedade em que fundamentalmente todos os cidadãos, em princípio, gozam de igual capacidade jurídica”. No original: “La solución que mayor significación ha tenido ha sido la absolutista, porque la monarquía absoluta es la primera que ha realizado en Occidente, después de la época romana, la idea de la unidad del Estado. Ha formado una unidad interior de territorios que estaban originariamente separados unos de otros, ha creado un ejército, no sujeto a las contingencias de la fidelidad del vasallo; ha instituido una empleomanía del Estado; ha colocado bajo su amparo la administración de justicia en todos los territorios que abarcaba el Estado, o al menos, ha sometido a su poder la administración de justicia feudal, y por último, la administración establecida por las representaciones de la nación, ha convertido a éstas, de coordinadas con la del Estado, como antes eran, en subordinadas a él. Mediante el derrumbamiento de los poderes feudales ha llevado a cabo la monarquía absoluta, sin darse cuenta, el gran proceso de nivelación, por cuyo medio, una sociedad sumamente estructurada y dividida, ha llegado a ser una sociedad en que fundamentalmente todos los ciudadanos, en principio, gozan de igual capacidad jurídica”.

diretamente às mãos do soberano, único garantidor da preservação do Estado e, por consequência, da paz e da segurança individual imanente ao contrato social.

De outro lado, a partir da formulação do princípio da representação, efetiva-se uma distinção entre autor e ator, de modo que o exercício do poder se dá por outorga de poderes ao representante (ator). A diferenciação dialética entre autoria e representação, além da formulação teórica do contrato social, efetua a tradução do Estado como pessoa-ator de uma multiplicidade de homens-autores.¹⁴² Assim, segundo explicita Goyard-Fabre (2002, p. 91), “disso resulta que o povo ou ‘corpo público’ é permanentemente o autor das ações de que o Estado é o ator”.

Essa formulação teórica foi apropriada por monarcas que justificavam o exercício monopolista do poder sob os auspícios do direito divino, legitimando-se por fundamentos teológicos. Relembre-se a célebre frase de Luís XIV - “L’État, c’est moi!” – transformada no frontispício da teoria do direito divino dos reis. A partir desse momento, o Estado moderno fez-se absolutista, o que não significa a ausência de limites para o poder.¹⁴³ Com a progressiva secularização do Estado absolutista, a obra de Hobbes transforma-se na mais engenhosa teorização racional de fundamentação do exercício do poder pelo soberano (GOYARD-FABRE, 2002, p. 92).

Com a emergência econômica da classe burguesa, a oposição aos poderes absolutos do monarca, travestidos sob as teses da representação e do comando do Estado, passou a ser criticada. Exsurge, assim, os postulados da contenção do poder pelo direito e, por conseguinte, a afirmação do Estado de direito. O século XVIII resplandecia uma sociedade em mutação. Todavia, os agentes da mudança deveriam necessariamente se confrontar com os detentores do poder político, pois a monarquia absoluta não detinha interesse na alteração do *status quo*, mesmo que sua dependência econômica e, posteriormente, política, migrasse paulatinamente da nobreza e o clero em direção à burguesia ascendente.¹⁴⁴ Conforme explicita Hobsbawm (2010, p. 51):

¹⁴² Cf. Bercovici (2008, p. 89).

¹⁴³ Cf. Miranda (2011, p. 29); Kriele (2009, p. 134); Verdú (2007, p. 3/4); Bercovici (2008, p. 90/91); Bobbio (1987, 96/97)

¹⁴⁴ Nesse período, já são observáveis mudanças paulatinas que resplandecem a formação de uma indústria capitalista, o surgimento da sociedade burguesa liberal e a consolidação do Estado moderno e do mercado como instituição eminentemente regulada por interesses privados. De fato, o século XVIII revelava uma sociedade atrasada e eminentemente rural; detinha uma economia de subsistência essencialmente agrária, cuja força motriz residia no trabalho expropriatório de servos ou na escravidão de povos colonizados; um sistema de propriedade feudal transformada de unidade econômica produtiva para fonte de rendimentos provenientes de negócios arcaicos, como o arrendamento enfiteutico; a dinamicidade crescente das relações comerciais e manufatureiras, propiciando o surgimento de novos regramentos normativos consuetudinários e a mudança paradigmática do poder econômico; e uma racionalidade metafísica amparada no individualismo

A monarquia absoluta, apesar de teoricamente livre para fazer o que bem entendesse, na prática pertencia ao mundo que o Iluminismo tinha batizado de *féodalité* ou feudalismo, termo mais tarde popularizado pela Revolução Francesa. Uma monarquia deste tipo estava pronta a usar todos os recursos disponíveis para fortalecer sua autoridade, aumentar a renda tributável dentro de suas fronteiras e seu poderio fora delas, e isto bem poderia levá-la a fomentar o que de fato eram as forças da sociedade em ascensão. Ela se achava preparada para fortalecer seu poderio político lançando uma propriedade, uma classe ou uma província contra a outra. Contudo, seus horizontes eram o de sua história, de sua função e de sua classe. Ela quase nunca desejou, e nunca foi capaz de atingir, a total transformação econômica e social que exigiam o progresso da economia e os grupos sociais ascendentes.

Um conflito latente entre os interesses políticos da estrutura social estamental inerente ao feudalismo e a emergência da nova burguesia, cuja conciliação não poderia ser efetivada no seio da estrutura do regime político absolutista existente, propiciou a irrupção do processo revolucionário: um, de caráter econômico, representado pela Revolução Industrial, e ocorrido na Grã-Bretanha;¹⁴⁵ outro, de caráter político, representado pela Revolução Francesa, e gestado na França despótica.¹⁴⁶

Portanto, a estruturação do Estado moderno, que se inicia em Maquiavel pela segregação entre a teologia e a política, passando-se por Bodin na construção da soberania como termo descritivo da centralização e incontestabilidade do poder sobre determinado território e povo, é conduzida ao Estado de direito como representação do império das leis,

secular, racionalista e progressista que fomentou a perspectiva teórica do Iluminismo. Sobre a realidade histórica da sociedade européia no século XVIII, cf. HOBBSAWM (2010).

¹⁴⁵ Perquirindo os motivos pelos quais a Grã-Bretanha havia se tornado o *locus* privilegiado para a Revolução Industrial, Eric Hobsbawm (2010, p. 63/64) vaticina que nesse país a política havia se associado ao dinheiro. Assim, “as condições adequadas estavam visivelmente presentes na Grã-Bretanha, onde mais de um século se passara desde que o primeiro rei tinha sido formalmente julgado e executado pelo povo e desde que o lucro privado e o desenvolvimento econômico tinham sido aceitos como os supremos objetivos da política governamental. A solução britânica do problema agrário, singularmente revolucionária, já tinha sido encontrada na prática. Uma relativa quantidade de proprietários com espírito comercial já quase monopolizava a terra, que era cultivada por arrendatários empregando camponeses sem terra ou pequenos agricultores. [...] No geral, todavia, o dinheiro não só falava como governava. Tudo que os industriais precisavam para serem aceitos entre os governantes da sociedade era de bastante dinheiro”.

¹⁴⁶ Hobsbawm (2010) enumera os seguintes antecedentes da Revolução Francesa: a) a paulatina hegemonia econômica da Grã-Bretanha, cuja política já estava vinculada aos interesses expansionistas do capitalismo; b) o profundo conflito entre a estrutura feudal e a aristocracia da monarquia absoluta francesa frente as novas forças sociais ascendentes, fortemente influenciadas pela filosofia política e as teorias econômicas da época; c) a grave crise fiscal da monarquia, especialmente agravada pela incursão francesa na Revolução Americana, causando-lhe, ao final, a bancarrota; d) a voracidade da nobreza em preservar seus privilégios, assumindo postos administrativos anteriormente destinados a tecnocracia advinda das classes médias; e) as intenções homogêneas do terceiro estado (burguesia e campesinato) no sentido da dissolução da sociedade feudo-estamental, de modo que a crise econômica e a vinculação dos interesses reais ao *status quo* tornaram-se a fâisca necessária para incendiar o rastro de pólvora. Segundo o historiador britânico (2010, p. 105): “A Revolução Francesa não foi feita ou liderada por um partido ou movimento organizado, no sentido moderno, nem por homens que estivessem tentando levar a cabo um programa estruturado. Nem mesmo chegou a ter ‘líderes’ como as revoluções do século XX, até o surgimento da figura pós-revolucionária de Napoleão. Não obstante, um surpreendente consenso de ideias gerais entre um grupo social bastante coerente deu ao movimento revolucionário uma unidade efetiva”.

da predominância da atividade legislativa pelos parlamentos e a fixação dos limites do poder estatal. Aliás, como bem ressalta Goyard-Fabre (2002, p. 307):

[...] o surto da consciência política, já no século XVI e, sobretudo, desde o século XVIII, foi acompanhado por uma metamorfose espetacular: a luta pelo Poder, característica dos dois primeiros séculos da Modernidade, pouco a pouco deu lugar, por efeito do dinamismo e do progresso, à luta contra o Poder, e as reivindicações de liberdade tornaram-se cada vez mais intensas.

Norberto Bobbio (1997b, p. 15) esclarece que a construção de teorias políticas para meditar sobre o problema do abuso do poder é revelada na tradição do pensamento constitucionalista inglês. Como bem explicita Bercovici (2008, p. 94/95), o processo revolucionário associou-se à concepção de progresso pelas vias da racionalidade iluminista, tornando-se, assim, uma ruptura consciente com o passado. Na seara jurídica, a revolução representa a transubstanciação da ordem jurídico-política, o que implica a alteração total e profunda das instituições político-sociais vigentes.

O pano de fundo para a revolução constitucional inglesa reside na assunção ao trono de James I (1603) que defendia o direito divino dos reis e, portanto, sua insubmissão à ordem legal inglesa, integrada pelos costumes e precedentes judiciais representativos de uma tradição que remonta à Carta Magna de 1215. Essa posição absolutista causou a degradação do relacionamento entre a Monarquia e o Parlamento. Com a coroação de Carlos I, o que se revelava um desgaste progressivo, tornou-se a fundamente para a ruptura da ordem político-jurídica, culminando na sua decapitação em 1649 por determinação do Parlamento (FASSÒ, 1982b, p. 87/88).

É interessante notar que a consolidação da doutrina constitucionalista inglesa pressupôs o debate entre a razão de Estado,¹⁴⁷ consistente no conjunto de práticas e decisões de caráter político necessário à manutenção da unidade estatal mesmo que em detrimento de concepções humanistas relacionadas à ética e à justiça, contrapondo-se à argumentação

¹⁴⁷ Bercovici (2008, p. 74) assevera que a doutrina da razão de Estado consistiria na arte prática da prudência política direcionada à capacidade de manutenção pelo princípio da estabilidade das instituições políticas e da continuidade do Estado. Segundo essa premissa, a doutrina da razão de Estado foi uma construção contextualizada pelo século XVI, período em que ocorreram diversas guerras religiosas e instabilidades políticas. Desta forma, o discurso da conservação política tornou-se a base de justificação para as condutas desviantes da ordem ético-jurídica defendida pelos humanistas. Nesse sentido, segundo Bercovici (2008, p. 74): “A partir da Paz de Westfália (1648), a preocupação dos estudos e tratados é definir a razão de Estado de algum soberano territorial, com referência a outros soberanos, analisando as possibilidades e limites de sua legislação interna. Estudam-se as concepções de *necessitas*, bem público, interesse público, mas também a razão de Estado como um conceito jurídico: a transgressão da letra da lei para a realização de seu espírito, favorecendo cada vez mais a autoridade política. Por muito tempo, a razão de Estado foi a resposta positiva ao deterioramento das condições de existência do poder político em boa parte da Europa, consistindo em uma tentativa de exaltar a centralidade da esfera política, paralela ao projeto da soberania absoluta de Bodin”.

parlamentar da segurança pública (*salus Populi suprema lex est*), que justificava a adoção de medidas legislativas em detrimento dos interesses do monarca e para garantia da supremacia da representação do povo (BERCOVICI, 2008, p. 95).

Desde então, o tema da soberania popular e do poder constituinte subjazia o período transitório que se inicia com a *Commonwealth* e se encerra com a Revolução Gloriosa em 1688, cuja sublimação ocorre no ato de deposição do Rei James II. Neste ano, foi convocada uma convenção parlamentar que se reuniu em 1689 para declarar vago o trono inglês, elaborar um documento legislativo que estabelecia limites ao exercício do poder e garantias contra seu exercício abusivo pelo monarca, denominada *Bill of Rights*, e, por fim, criou a monarquia constitucional, mediante a submissão do rei William de Orange ao documento garantístico elaborado pelos convencionais ingleses.¹⁴⁸

A partir da tradição inglesa sobre a limitação do poder estatal, com Bobbio (1997b, p. 15) é possível identificar três correntes de pensamento cujos aspectos fundamentais se fundiram na racionalização do Estado de direito: a) o jusnaturalismo, cujas premissas identificavam no direito natural o elemento externo ao Estado para fins de contenção do poder, contrastando-o com as leis postas pelo soberano e que integravam o direito posto (direito positivo); b) a teoria da separação dos poderes, cujo objetivo era a fixação de limites internos ao Estado para o exercício do poder, mediante a sua distribuição entre estruturas políticas dotadas de funções específicas e atribuições fiscalizatórias mútuas; c) a teoria da soberania popular, cujo estatuto teórico propunha a vontade popular como eixo de justificação para o poder estatal e seu exercício; daí que apenas o consenso popular, a participação do povo na elaboração das leis seria efetivo impedimento ao exercício abusivo do poder.

O modelo do Estado surgido do constitucionalismo inglês e das vertentes teóricas francesas estabeleceram a primazia do *rule of law*, isto é, a ideia da lei como ato normativo supremo e irresistível frente à administração estatal e, principalmente, frente ao soberano. O princípio da legalidade consubstanciou a soberania legislativa e consolidou a vertente positivista da ciência do direito como ciência da legislação positiva. A respeito desse modelo histórico, observem-se as lições de Zagrebelsky (2009, p. 25/29):

Na tradição europeia, a impugnação do absolutismo significou a pretensão de substituir o rei por outro poder absoluto, a Assembleia soberana; em Inglaterra, a luta contra o absolutismo consistiu em opor as pretensões do rei e os 'privilégios e liberdades' tradicionais dos ingleses, representados ou defendidos pelo Parlamento.

¹⁴⁸ Cf. Bercovici (2008); Verdú (2007); Fassò (1982b); Skinner (1996).

[...] A primazia da lei assinalava assim a derrota das tradições jurídicas do Absolutismo e do *Anciën Régime*. O Estado de direito e o princípio da legalidade supunham a redução do direito à lei e a exclusão, ou pelo menos a submissão à lei, de todas as demais fontes do direito. [...] Em todas as manifestações do Estado de direito, a lei se configurava como a expressão da centralização do poder político, com independência dos modos em que esta se houvesse determinado historicamente e do órgão, o conjunto de órgãos, em que se houvesse realizado. A eminente ‘força’ da lei (*force de la loi - Herrschaft des Gesetzes*) se vinculava assim a um poder legislativo capaz de decisão soberana em nome de uma função ordenadora geral (tradução nossa).¹⁴⁹

Todo esse manancial teórico deságua na fórmula do Estado de direito, que é retratada na teorização do *rule of law* e na doutrina alemã do *Rechtsstaat*. Caracterizado, assim, como a evolução estrutural do Estado submetido ao regime da força (*Machtstaat*), passando pelo regime de polícia (*Polizeistaat*).¹⁵⁰ Ainda hoje, conforme se observa das leituras de Pablo Lucas Verdú,¹⁵¹ Gustavo Zagrebelsky¹⁵² e Jürgen Habermas,¹⁵³ não se observa qualquer consenso sobre as notas típicas do Estado de direito.

¹⁴⁹ No original: “En la tradición europea continental, la impugnación del absolutismo significó la pretensión de sustituir al rey por otro poder absoluto, la Asamblea soberana; en Inglaterra, la lucha contra el absolutismo consistió en oponer a las pretensiones del rey los ‘privilegios y libertades’ tradicionales de los ingleses, representados u defendidos por el Parlamento. [...] La primacía de la ley señalaba así la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del *Anciën Régime*. El Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho. [...] En todas las manifestaciones del Estado de derecho, la ley se configuraba como la expresión de la centralización del poder político, con independencia de los modos en que ésta se hubiese determinado históricamente y del órgano, o conjunto de órganos, en que se hubiese realizado. La eminente ‘fuerza’ de la ley (*force de la loi - Herrschaft des Gesetzes*) se vinculaba así a un poder legislativo capaz de decisión soberana en nombre de una función ordenadora general”.

¹⁵⁰ Cf. Zagrebelsky (2009, p. 21); Verdú (2007, p. 9).

¹⁵¹ Verdú (2007) concebe o Estado de direito numa perspectiva universalizadora, através da qual se agregaram características sucessivas que representaram vitórias na luta contra estruturas de poder. Portanto, esse autor assevera que: “O *Estado de Direito*, em qualquer de suas espécies – Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito, Estado Democrático de Direito -, é uma *conquista*. Quero dizer que cada uma dessas espécies foi estabelecida ou foi objeto de tentativas de estabelecimento por meio da luta contra estruturas de poder contrárias: o Estado Liberal de Direito em relação ao Antigo Regime; o Estado Social de Direito contra o individualismo e absentismo do Estado Liberal; o Estado Democrático de Direito, que forceja com as estruturas sociopolíticas do modelo anterior: resquícios individualistas, neocapitalismo opressor, sistema estabelecido privilegiado”.

¹⁵² Zagrebelsky (2009, p. 33/34) defende que o Estado constitucional representa um aperfeiçoamento frente ao Estado de direito, de modo que podemos identificá-lo como um novo modelo de estruturação do Estado. Segundo ele, “la importancia de la transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración”.

¹⁵³ Habermas, na contramão da tese de Zagrebelsky, defende uma adaptação e retorno ao modelo tipológico do Estado de direito. Mediante uma crítica à doutrina constitucionalista alemã, Habermas assevera que a ideia do Estado constitucional representou “um curto-circuito entre direitos à liberdade e o poder organizado do Estado”. Para o filósofo alemão, o Estado de direito na modernidade não representaria apenas o princípio da legalidade, mas, sim, a legitimação do direito em relação ao poder político organizado. Apesar de extenso, faz-se importante colacionar o seguinte excerto teórico de Habermas (2003a, p. 172): “A ideia do Estado de direito exige que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado, que o direito precisa tomar para a realização de suas funções próprias, não revistam apenas a forma do direito, como também se legitimem pelo direito corretamente estatuído. Não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o exercício do poder político, e sim, a ligação com o direito *legitimamente estatuído*. E, no nível pós-tradicional de justificação, só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade. Isso traz como

Dessa forma, optamos pelo referencial teórico de Zagrebelsky, indicativo de que a mudança paradigmática demonstra a existência de um modelo estrutural de Estado que concilia algumas características importantes da contemporaneidade: a) a submissão da legislação a uma relação de adequação ao direito constitucional; b) progressiva substituição da normatividade decorrente da lei, em perspectiva abstrata e genérica, para a normatização das relações sociais através de regulamentos técnicos expedidos pela Administração Pública especializada; c) heterogeneidade crescente do âmbito material da lei em decorrência do crescente pluralismo e da multiplicidade e diversidade de interesses assegurados pela atividade legislativa; d) substituição do mecanicismo jurídico pelo eixo unificador de valores emoldurados pela Constituição.

Assim, na companhia de Zagrebelsky, é possível afirmar que o Estado constitucional se revela como um modelo típico substitutivo ao tipo estatal nominado Estado de direito, tornando-se prevalente em meados do século XX:

A este respeito, podemos dizer, a grandes traços, que o que caracteriza o ‘Estado constitucional’ atual é antes de tudo a separação entre os distintos aspectos ou componentes do direito que no Estado de direito do século XIX estavam unificados ou ‘reduzidos’ na lei e para fazer-se possível na prática, a ‘soberania’ da lei devia supor também a recondução e, por tanto, a redução à própria lei de qualquer outro aspecto do direito. Nesta recondução e redução consistia propriamente – como se tem dito – o positivismo jurídico, ou seja, a teoria e a prática jurídica do Estado de direito oitocentista. Se o positivismo, todavia, não tinha sido abandonado nem em teoria nem na prática jurídica do tempo presente, e se os juristas continuam considerando seu trabalho basicamente um serviço à lei, ainda que integrada com a lei ‘constitucional’, não é porque ainda pode ser válido na nova situação, senão porque as ideologias jurídicas são adaptáveis. A superveniência ‘ideológica’ do positivismo jurídico é um exemplo da força da inércia das grandes concepções jurídicas, que constantemente continuam operando como resíduos, incluindo quando já tenham perdido sua razão de ser por causa da mudança das circunstâncias que originariamente as haviam justificado (tradução nossa).¹⁵⁴

consequência uma incorporação do exercício da autonomia política dos cidadãos no Estado – a legislação constitui-se como um poder no Estado. Ao passar da socialização horizontal dos civis, que se atribuem reciprocamente direitos, para formas verticais de organização socializadora, a prática de autodeterminação dos civis é institucionalizada – como formação informal da opinião na esfera pública política, como participação política no interior e no exterior dos partidos, como participação em votações gerais, na consulta e tomada de decisão de corporações parlamentares, etc. Uma soberania popular interligada internamente com as liberdades subjetivas, entrelaça-se, por seu turno, com o poder politicamente organizado, de modo a que o princípio ‘todo poder político parte do povo’ via ser concretizado através dos procedimentos e pressupostos comunicativos de uma formação institucionalmente diferenciada da opinião e da vontade” (grifo no original).

¹⁵⁴ No original: “A este respecto, podemos decir, a grandes rasgos, que lo que caracteriza al ‘Estado constitucional’ actual es ante todo la separación entre los distintos aspectos o componentes del derecho que en el Estado de derecho del siglo XIX estaban unificados o ‘reducidos’ en la ley y para hacer-se posible en la práctica, la ‘soberanía’ de la ley debía suponer también la reconducción y, por tanto, la reducción a la propia ley de cualquier otro aspecto del derecho. En esta reconducción y reducción consistía propiamente – como se ha dicho – el positivismo jurídico, es decir, la teoría y la práctica jurídica del Estado de derecho decimonónico. Si el positivismo todavía no ha sido abandonado ni en la teoría ni en la práctica jurídica del tiempo presente, y si los juristas continúan considerando su labor básicamente como un servicio a la ley,

Com a identificação das premissas estruturais, a associação da tipologia estatal a outros elementos típicos torna-se recurso retórico comum a diversos doutrinadores. Paulo Bonavides (2010, p. 43/60), por exemplo, utiliza-se do tipo estrutural Estado constitucional para, numa perspectiva histórico-evolutiva, associá-lo a notas típicas relacionadas à limitação dos poderes (o que, na realidade se revela no tipo estrutural do Estado de direito), nominando-o de “Estado constitucional da separação de Poderes”, e associando-o ao tipo funcional do Estado liberal; em seguida, Bonavides identifica, como sucessor histórico do primeiro modelo, o “Estado constitucional dos direitos fundamentais”, equiparando-o ao tipo funcional do Estado Social, permeado pelo constitucionalismo contemporâneo da normatividade aberta a valores (o que, estritamente, equipara-se ao Estado constitucional enunciado por Zagrebelsky); por fim, o constitucionalista brasileiro apregoa o tipo “Estado constitucional da democracia participativa”, modelo estatal congregador de todas as notas típicas associadas aos anteriores, com o acréscimo do princípio político da democracia substantivado como direito fundamental de 4ª geração.¹⁵⁵

Desta forma, a fixação de tipos estatais estruturais auxilia a compreensão das estruturas estatais reais, mas o raciocínio tipológico ainda é profundamente influenciado por concepções teóricas distintas, o que justifica uma maior sistematização dessa matéria. Portanto, com vistas ao propósito do presente trabalho, identificamos dois tipos estruturais estatais conectados a uma perspectiva histórica de mudanças político-sociais, evitando-se, assim, subjetivismos na identificação das características estruturais dos Estados na atualidade.

2.1.2 TIPOLOGIA FUNCIONAL DO ESTADO: O ESTADO LIBERAL E O ESTADO SOCIAL

Diante dos limites teóricos estipulados para a presente pesquisa, não caberia aqui uma análise aprofundada sobre o desenvolvimento de cada um dos tipos estruturais de Estado. Isto porque, dentre os tipos estatais historicamente sustentados pela teoria do Estado, interessa-nos mais especificamente os tipos funcionais do Estado liberal e Estado social, também denominado Estado de bem-estar social, ou, na conhecida expressão, *Welfare State*.

aunque integrada con la ley ‘constitucional’, no es porque aún pueda ser válido en la nueva situación, sino porque las ideologías jurídicas son adaptables. La superveniencia ‘ideológica’ del positivismo jurídico es un ejemplo de la fuerza de inercia de las grandes concepciones jurídicas, que a menudo continúan operando como residuos, incluso cuando ya han perdido su razón de ser a causa del cambio de las circunstancias que originariamente las habían justificado”.

¹⁵⁵ Para uma teorização dos direitos fundamentais e suas respectivas dimensões ou gerações, cf. Sarlet (2004); Mendes, Coelho e Branco (2000); Alexy (1993).

Isto porque as notas típicas desses dois tipos estatais estão intrinsecamente vinculadas à especialização funcional do Estado e, portanto, atuam fundamentalmente na definição de políticas redistributivas e a adoção de instrumentos funcionais, a exemplo da extrafiscalidade, que será abordada adiante. Ademais, a intrínseca vinculação desses modelos a rupturas histórico-sociais e à formação de duas poderosas correntes de pensamento (liberalismo e societalismo), propicia uma comparabilidade importante para fins de análise sobre a temática da legitimidade do Estado, a justiça e as políticas de redistribuição de renda.

Numa perspectiva histórica, o Estado liberal vincula-se ao pensamento crítico do Estado absolutista e do abuso do poder estatal, calcando-se nas correntes filosóficas jusnaturalistas de limitação do poder estatal por um elemento externo, o direito natural.¹⁵⁶ Desta forma, o pressuposto filosófico do Estado liberal, devidamente apropriado pela burguesia como fundamento discursivo para a dominação do poder político e posterior construção de sua hegemonia, é a existência de direitos imanentes ao homem, antecedentes à própria organização política, de modo que, independentemente da vontade individual, o exercício legítimo do poder não poderia restringi-los.

A formulação do conceito de liberdade passa a ser a premissa básica para a formulação do conjunto de direitos integrados a uma corrente político-econômica fortalecida pelas revoluções burguesas: o liberalismo clássico do século XVIII. Esse conceito estava fortemente vinculado à preservação da autonomia privada e à segurança das relações sociais e comerciais já amplamente estabelecidas, o que pressupunha o afastamento absoluto da interferência estatal. Conforme explicita Norberto Bobbio (1988, p. 8), os interesses burgueses foram externados no célebre discurso de Benjamin Constant no Ateneu Real de Paris em 1818, através da qual efetivou a dissociação entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos, tornando-se o panegírico do liberalismo burguês. O empreendimento de Constant tinha alvo certo: a exigência de limitação do poder e a necessidade de compartilhá-lo.

A formação da classe burguesa compartilha a evolução e desenvolvimento do comércio no período feudal, além da distinção formal do *status* burguês frente aos camponeses.¹⁵⁷ Em obra sobre a origem da burguesia e de sua ideologia, Michael Tigar e

¹⁵⁶ Jorge Miranda (2011, p. 30) enuncia como expoentes doutrinários dessas correntes filosóficas John Locke (*Segundo Tratado sob o Governo*), Montesquieu (*Do Espírito das Leis*), Rousseau (*Contrato Social*), Kant (além de obras filosóficas fundamentais, *Paz Perpétua*).

¹⁵⁷ Esse *status* burguês é ressaltado por Tigar e Levy (1978, p. 69): “A expansão do comércio e a separação das atividades artesanais das agrícolas deu força à exigência de que artesãos e mercadores tivessem *status* legal

Madeleine Levy (1978) demonstram que os levantes burgueses ocorridos no século XI representam as bases fundantes da concepção liberal que se consolidará no século XVII e XVIII. Em testemunho escolástico, Tigar e Levy (1978, p. 15) pontificam:

Inicialmente, pensávamos que os principais elementos da ideologia jurídica burguesa houvessem emergido nas revoluções inglesa e francesa e que nossa principal ênfase devia ser colocada nos séculos XVII e XVIII. Descobrimos, no entanto, à medida que passamos a consultar fontes primárias e secundárias na Europa e Estados Unidos, que a luta da burguesia até a vitória final de fato começara séculos antes, nos levantes urbanos do século XI. A história desses levantes não só constitui um emocionante capítulo na luta pela liberdade humana, mas modificou nossos pontos de vista sobre a relação entre direito e revolução.

Em virtude da rigidez estamental da sociedade feudal, contraposta à dinâmica comercial iniciada com a abertura de rotas comerciais pelo movimento religioso das Cruzadas, exigiu a criação de novas instituições jurídicas adequadas ao aprofundamento das relações comerciais em expansão. Assim, alguns comerciantes iniciaram um movimento primitivo de conurbação para assegurar o trânsito livre de mercadorias, fortemente prejudicada pela cobrança indiscriminada de pedágios, e, ao mesmo tempo, garantir-lhes proteção frente a salteadores e a sucessivas disputas territoriais dos senhores feudais.

O desenvolvimento desses aglomerados populacionais, denominados “comuna” e integrados por conjurados que se reuniam em juramento de igualdade e oposição ao sistema feudal, foram a forma embrionária das futuras cidades medievais.¹⁵⁸ Esse aspecto histórico é ressaltado por Michael Tigar e Madeleine Levy (1978, p. 94):

separado – nem senhor nem vassalo. A palavra ‘burguês’, como emblema de tal *status*, surgiu em uma Constituição de 1007. Alguns *seigneurs*, percebendo que podiam lucrar com a promoção do comércio, acederam a essas exigências. A maioria, no entanto, não se mostrou tão flexível e cedeu apenas depois de choques armados com os moradores das cidades. As cidades nas quais a burguesia havia adquirido certo grau de isenção das restrições feudais transformaram-se em pontos nodais ao longo das rotas de comércio. E permaneceram como focos de descontentamento em relação ao direito feudal”.

¹⁵⁸ Adotando como premissa o materialismo histórico e assumindo a divisão do trabalho como norte teórico, Marx e Engels (1984, p. 64/65) efetivam interpretação diferenciada desse movimento de criação das cidades, indicando-o como paradigma inicial para a posterior divisão social em duas grandes classes: os detentores dos instrumentos de produção e os detentores da força de trabalho: “A separação de cidade e campo pode ser também tomada como a divisão de capital e propriedade fundiária, como o começo de uma existência e desenvolvimento do capital independente da propriedade fundiária, do capital, ou seja, uma propriedade que tem a sua base meramente no trabalho e na troca. Nas cidades, que na Idade Média não tinham sido recebidas já feitas da história anterior e se formaram a partir dos servos da gleba que se tinham tornado livres, o trabalho particular de cada um era sua única propriedade, além do pequeno capital que trazia consigo e que consistia quase só da mais necessária ferramenta do ofício. [...] A fuga dos servos para as cidades teve ininterruptamente lugar durante toda a Idade Média. Estes servos, perseguidos no campo pelos seus senhores, vinham isolados para as cidades, onde já encontravam uma comunidade organizada contra a qual nada podiam e na qual tinham de se submeter à posição que lhes apontavam a necessidade do seu trabalho e o interesse dos seus concorrentes organizados na cidade. Estes operários, que entravam um por um, nunca puderam constituir um poder, porque se o seu trabalho era regulado pelas corporações e tinha de ser aprendido, os mestres das corporações, submetiam-nos a si e organizavam-nos segundo o seu interesse, ou, se o seu trabalho não tinha de ser aprendido, e não era por isso regulado pelas corporações, mas trabalho de

Tipicamente, a comuna – uma associação de várias dezenas a várias centenas de artesãos, servidores do senhor, modestos amanuenses, camponeses, servos fugidos e várias outras categorias de indivíduos – exigia direitos dentro do território da cidade, incluindo o de fazer as leis e administrá-las. Requeria o direito de organizar um mercado regular, isento de pedágio, e uma feira periódica para a qual pudessem vir sem impedimentos mercadores de locais distantes. Insistia no direito de regulamentar o trabalho dos artesãos dentro das muralhas da cidade. E em geral desejava que ficasse bem entendido que os servos que conseguissem chegar aos seus portões tornavam-se livres quando por eles passassem, ou após certo período de residência. Mais do que qualquer outra coisa essa condição traduzia a dissolução geral das obrigações feudais, em favor dos que residiam e trabalhavam na cidade.

Essa independência pressupunha o pagamento ao senhor feudal de quantias pecuniárias regulares (uma espécie de tributo pela liberação dos vínculos feudais). O reconhecimento da autonomia jurídica, comercial e regulatória dependia de diversos aspectos, e diferenciava-se segundo a vontade de cada senhor feudal. De todo modo, as cidades que se formaram a partir das comunas refletiam a evolução de formas paralelas de organização social (TIGAR; LEVY, 1978, p. 95).¹⁵⁹ O progresso econômico dessas cidades em virtude da expansão do comércio robusteceu sua relevância no contexto social medieval, transformando-se em centros do poder burguês e instrumentos de dissolução do sistema feudal de produção agrícola baseado no trabalho servil.¹⁶⁰

O desenvolvimento das relações de caráter comercial, especialmente vinculadas ao desenvolvimento dos mercados locais e, posteriormente, dos entrepostos comerciais, proporcionou um grande impulso à criação e aperfeiçoamento de figuras contratuais vinculadas ao comércio de mercadorias provenientes das rotas abertas pelas Cruzadas e, ainda, decorrentes das relações financeiras e fiduciárias embrionariamente realizadas por

jornada, nunca chegaram a uma organização, e permaneceram plebe desorganizada. A necessidade do trabalho de jornada nas cidades criou a plebe”.

¹⁵⁹ Hobsbawm (2010, p. 33) relata que por volta de 1789 poucas cidades medievais apresentavam um contexto social efetivamente urbano. Segundo o historiador britânico: “A palavra ‘urbano’ é certamente ambígua. Ela inclui as duas cidades europeias que por volta de 1789 podem ser chamadas de genuinamente grandes segundo os nossos padrões – Londres, com cerca de 1 milhão de habitantes, e Paris, com meio milhão – e umas 20 outras com uma população de 100 mil ou mais: duas na França, duas na Alemanha, talvez quatro na Espanha, talvez cinco na Itália (o Mediterrâneo era tradicionalmente o berço das cidades), duas na Rússia, e apenas uma em Portugal, na Polônia, na Holanda, na Áustria, na Irlanda, na Escócia e na Turquia europeia. Mas o termo ‘urbano’ também inclui a multidão de pequenas cidades de província, onde se encontrava realmente a maioria dos habitantes urbanos; aquelas onde o homem podia, a pé e em poucos minutos, vencer a distância entre a praça da catedral, rodeada pelos edifícios públicos e pelas casas das celebridades, e o campo”.

¹⁶⁰ Tigar e Levy (1978, p. 119) oferece-nos importante relato sobre a consolidação do poder burguês no século XIII e XIV: “A grande conquista da burguesia nesse período consistiu em arrancar dos senhores, em centenas de localidades separadas, o reconhecimento de um *status* independente da hierarquia feudal. O movimento urbano iniciou-se nas camadas mais baixas da sociedade e muitos de seus membros era servos de gleba. Exigiam eles a única concessão do *seigneur*: uma carta de autonomia, redigida de acordo com a lei local, reconhecendo que existia – como não havia existido antes – o *status* de *bourgeois*, *burgher*, ou burguês, e estabelecendo que esse *status* implicava certos direitos e deveres. A vida interna das cidades era regulada por coletivos de cidadãos, de acordo com cartas de autonomia redigidas por juristas a serviço do grupo”.

idades italianas. Paulatinamente, consolidou-se o sentimento concorrencial entre os mercadores burgueses, incitando-os a buscar melhores condições econômicas para a compra e venda de mercadorias. A prosperidade econômica afortunava uns em detrimento de outros, causando uma contínua disfunção na economia produtiva feudal.¹⁶¹

A prosperidade econômica permitiu a associação momentânea dos interesses burgueses aos interesses da Igreja e da nobreza. Para a Igreja, os mercadores itinerantes eram considerados peregrinos e, portanto, importantes difusores da teologia cristã. Além disso, o comércio tornou-se importante fonte de receitas e riquezas para o clero, pois a associação entre a Igreja, patrocinadora das Cruzadas, e grandes mercadores, que integravam esses movimentos de exaltação católica, propiciou, sem sombra de dúvida, um grande afluxo de riquezas. Aliado a essa orientação financeira, o monopólio da educação pertencente à Igreja permitiu a elaboração, através de seus sacerdotes versados em direito, de uma ideologia social burguesa pautada na edificação do direito comercial a partir do estudo do direito romano, a formulação de uma ética comercial e a criação de cortes de justiça e ritos processuais adequados às relações e disputas de caráter comercial (TIGAR; LEVY, 1978, p. 112).

A nobreza também se beneficiava financeiramente, pois arrecadava tributos e obtinha rendas através da consolidação dos mercados e das cidades em suas terras. De outro lado, à medida que as cidades adquiriam relevância e integravam grande número de habitantes, o poder dominial dos senhores feudais tornava-se crescente e, por consequência, eles adquiriam preeminência frente aos demais nobres.

Com a consolidação do *status* burguês e cristalização de sua ideologia social, Tigar e Levy (1978) indicam dois fundamentos importantes para a transformação da burguesia em classe social: a) o acesso de representantes da burguesia (normalmente filhos de mercadores burgueses) à educação formal, constituindo, posteriormente, uma classe média de advogados que se inseriram na administração estatal; b) a associação dos burgueses mais ricos aos monarcas, de modo que a concessão do *status* burguês passou a ser conferida pelo rei e não mais uma condição de reconhecimento por seus pares.

Assim, no século XIII, a burguesia tornou-se uma classe social economicamente poderosa e profundamente consciente de seus interesses: estabilidade das relações comerciais; segurança jurídica; centralização da atividade legislativa e jurisdicional nas

¹⁶¹ Sobre as formas jurídicas relacionadas ao desenvolvimento dos mercados, cf. CASTRO (2012, p. 123).

mãos do rei, o que implica a secularização do poder; concentração do poder de tributar a favor do rei.

Ademais, esse período corresponde à progressiva assimilação do direito romano pelo direito comum dos povos europeus, permitindo sua posterior manipulação e adaptação às realidades regionais. Conforme assevera Wieacker (1967, p. 227), a teoria do *usus modernus*, correspondente a uma prática atualizada do direito romano, lançou as bases para o desenvolvimento da ciência jurídica que culminou na revolução cultural provocada pelo jusracionalismo.¹⁶² A partir da adaptação do direito romano, dois institutos jurídicos tornaram-se fundamentais para o triunfo da ideologia burguesa: o contrato e a propriedade.

Diferentemente das relações feudais, que assumiam um código de hierarquia vinculado aos estamentos (clero, nobres e servidores de gleba), a difusão das relações contratuais pressupunham uma igualdade de direitos e deveres entre as partes e, principalmente, abstraíam o *status* social dos pactuantes. Adicionalmente, as obrigações tornavam-se desvinculadas dos elementos pessoais das partes contratantes, assumindo caráter abstrato e restrito ao teor da obrigação indicada na cártula. Reforçou-se, assim, o anonimato e, principalmente, a força vinculante dos contratos. Ao final, a teorização jurídica do contrato assumiu a conotação de legislação privada, base para a formulação sucessiva de conceitos jurídicos relacionados ao livre arbítrio e, posteriormente, à autonomia privada e liberdade individual. Em Tigar e Levy (1978, p. 158):

A generalização dos princípios que regiam os contratos e a crescente pressão dos interesses econômicos mais recentes para obter o reconhecimento da máxima de que todos os contratos deviam ser cumpridos, constituiu um esforço da burguesia para eliminar da esfera dos governos um conjunto importante de relações sociais. A ideia de contrato como de ‘legislação privada’, feita à vontade das partes chocava-se com a ideologia das instituições feudais. Para alguns teóricos canônicos, além disso, esses preceitos rígidos apoucavam o elemento moral da promessa e podiam ser usados para oprimir os pobres. As cortes reais de justiça, igualmente, resistiam a

¹⁶² Colhe-se em Wieacker (1967, p. 228) a seguinte observação: “O *usus modernus* constitui uma época da ciência do direito também no resto da Europa. A re-fundamentação por Conring da validade do *ius commune* é apenas um acontecimento padrão de outros do mesmo sentido em outros países europeus em que o humanismo jurídico e o *mos gallicus* não se tinham conseguido impor ao *mos italicus*, com exceção da França e da Holanda, onde a elegância humanista e sistemática se equilibrava com o pragmatismo da prática. No entanto, mesmo aqui, mas sobretudo nos Estados territoriais da Itália, na Espanha e no sul dos Países Baixos, a ascensão do absolutismo, com a sua atividade legiferante cada vez mais intensa, e a constituição duma burocracia jurídica, promoveram a diferenciação territorial e nacional do direito comum europeu e deram um cunho muito mais particular e específico às ordens jurídicas regionais. Daqui resultou sobretudo a criação de universidades regionais, que limitaram a mobilidade do corpo europeu de juristas e o caráter internacional da doutrina jurídica e da aplicação do direito – embora a unidade da língua latina, como língua técnica dos juristas, e a dos géneros literários se tenha mantido até ao séc. XVIII, pelo que a própria pulverização da unidade da ciência jurídica europeia só se consumou com o surgir dos estados nacionais, após a Revolução Francesa. Na verdade, o absolutismo conferiu primeiro, como é natural, um cunho especificamente regional ou nacional aos edifícios constitucional e administrativo, à legislação e jurisprudência criminal e, só depois, ao direito privado”.

levar até seus limites a teoria puramente objetiva de contrato, segundo a qual a barganha escrita era suprema, não interessando se justa ou qual a força relativa das partes, o que fez com que os advogados protestassem contra a ‘equidade’ dos *Parlements*. Começaram a surgir os fundamentos teóricos dos códigos burgueses: o papel do governo consistia em criar um conjunto de instituições que pudessem forçar as partes a cumprirem seus contratos ou a pagarem uma indenização por não fazê-lo.

Concomitantemente, a força econômica da burguesia se fez sentir no regime dominial do feudalismo. O sentimento de pertencimento ao estamento da nobreza vinculava-se ao regime dominial e ao vínculo hereditário. Já no século XIII, os nobres se encontravam pressionados pela inflação e pelas pesadas despesas realizadas para o financiamento das Cruzadas. Assim, os elementos burgueses iniciaram um movimento de aquisição de terras e casamentos com filhas de nobres, mediante remuneração, com o objetivo de adquirir melhor posicionamento na hierarquia de estamentos. Essa situação, inicialmente satisfatória a burgueses e nobres, foi fundamental para a dissolução do regime de produção agrária e do sistema feudal de propriedade.

Com a progressiva acumulação de terras em mãos burguesas, duas alterações na ordem feudal tornaram-se relevantes: a) admissibilidade do comércio de bens imóveis, liberando a propriedade das amarras familiares e hereditárias; b) a substituição do sistema feudal de posses, subjacente ao vínculo de servidão existente entre o senhor feudal e os servos de gleba, por um vínculo essencialmente individual entre o proprietário e a coisa, aliado ao conceito amplo de poder sobre tais bens, o que pressupõe prerrogativas de disposição, uso e fruição integralmente submetidas à vontade do *dominus*.

Posteriormente, com a transição do Estado patrimonial, cujo financiamento advinha dos serviços feudais, para o Estado fiscal, essencialmente financiado por tributos diretos, a teorização burguesa sobre a propriedade torna-se vitoriosa. Em seguida, com o jusnaturalismo a ideologia liberal transforma a propriedade em direito fundamental e esteio da própria liberdade individual.¹⁶³ Marcus Faro de Castro (2012, p. 128) assevera que os

¹⁶³ Ricardo Lobo Torres (1991, p. 1) estabelece a diferença entre o Estado patrimonial e o Estado fiscal, tipologia que parte da análise sobre a dimensão financeira do Estado e seu modo de financiamento: “O Estado Moderno, além dos aspectos políticos e econômicos, exibe a dimensão financeira, que o constitui como *Estado Financeiro*, assim entendido o que exerce as atividades relacionadas com as *finanças públicas*. Desenvolve-se desde o fenecimento da estrutura feudal até os nossos dias. Nele se distinguem alguns tipos: a) o Estado Patrimonial, que vive precipuamente das rendas provenientes do patrimônio do príncipe, que convive com a fiscalidade periférica do senhorio e da Igreja e que historicamente se desenvolveu até o final do século XVII e início do século XVIII; b) o Estado de Polícia, que aumenta as receitas tributárias e centraliza a fiscalidade na pessoa do soberano e corresponde à fase do absolutismo esclarecido (século XVIII); c) o Estado Fiscal, que encontra o seu substrato na receita proveniente do patrimônio do cidadão (tributo) e que coincide com a época do capitalismo e liberalismo; d) o Estado Socialista, que vive do patrimônio público, especialmente das rendas industriais, e no qual o tributo, pela quase inexistência da propriedade privada, exerce papel subalterno” (grifos no original).

juristas burgueses fundaram o sistema do direito civil a partir do direito de propriedade, assumindo as seguintes características desde então: a) significado metafísico, dotado de sacralidade e imanência à essência do humano; b) conotação radicalmente individualista; c) institucionalização do direito mediante a previsão legal de sua proteção pelo Estado.

Esse processo mutacional de caráter histórico foi adequadamente associado à divisão do trabalho por Marx e Engels (1984, p. 16/20), justificando-se as quatro formas de propriedade por eles enunciadas: a) propriedade tribal; b) propriedade comunal e estatal antiga; c) propriedade feudal e d) a propriedade burguesa. Nessa linha de raciocínio, a propriedade burguesa, como forma de domínio vinculada ao individualismo e a divisão de trabalho, torna-se o elemento para as contradições diversas exurgidas no seio da sociedade a partir do século XIX, conforme alerta Valcir Gassen (2009, p. 163):

Para Marx e Engels, em *A ideologia alemã*, as formas de propriedade estão em relação direta com as diferentes fases da divisão do trabalho, 'ou seja, cada uma das fases da divisão do trabalho determina também as relações dos indivíduos entre si no que respeita ao material, ao instrumento e ao produto do trabalho'. A divisão do trabalho manifesta-se de diversas formas; ocorre entre o homem e a mulher, com o trabalho industrial e comercial do trabalho agrícola, cidade x campo, entre trabalho intelectual e material, mais tarde entre trabalho industrial e trabalho comercial e, concomitantemente, entre outras tantas formas de propriedade. Com a divisão social do trabalho tem-se a propriedade privada, o Estado, a alienação da atividade social. Marx e Engels creditam à divisão do trabalho o surgimento das contradições. As contradições já estão presentes na divisão natural do trabalho nas primitivas famílias, quando estas estão separadas e a família é, em essência, o poder do homem sobre a mulher, os filhos, os escravos. A propriedade tem aí sua origem, ou seja, a escravatura no seio da família é a expressão dela. Para os autores em discussão, tanto a divisão do trabalho como a propriedade são expressões idênticas. A divisão do trabalho como a propriedade privada são expressões idênticas. A divisão do trabalho enuncia-se em relação à atividade desenvolvida pelos homens, enquanto a propriedade privada refere-se ao produto desta atividade (grifo no original).

A consolidação da ideologia burguesa associada à dissolução dos laços feudais culminou na formulação da “jurisprudência de insurreição”, afortunada expressão cunhada por Tigar e Levy (1978).¹⁶⁴ A burguesia empreendeu, a exemplo da Igreja e dos teóricos humanistas, a construção de uma complexa e profícua teorização jurídica alicerçado em conceitos abstratos e racionais amparados no direito positivo. Legalidade, soberania,

¹⁶⁴ O significado dessa expressão é dado por Tigar e Levy (1978, p. 276) nos seguintes termos: “Utilizamos o termo ‘jurisprudência’ para descrever o processo mediante o qual a ideologia é criada e refinada. A expressão ‘jurisprudência da insurreição’ descreve certo tipo de atividade jurisprudencial, na qual o grupo que contesta o sistema dominante de relações sociais não mais procura reformá-lo, mas derrubá-lo e substituí-lo por outro”.

liberdade e propriedade são formas jurídicas precisamente lapidadas por juristas afetos aos interesses burgueses.¹⁶⁵

Toda a produção teórica gestada pelas grandes escolas jurídicas do jusnaturalismo e positivismo, incluindo suas vertentes subalternas, conduziram-se pela perspectiva de insurreição da ordem feudal e, posteriormente, consolidação da hegemonia burguesa. Nessa perspectiva, os discursos doutrinários vinculados ao contratualismo, aos direitos naturais, ao individualismo e ao racionalismo iluminista desvelavam um único objetivo: a liberdade burguesa para a assunção ao poder.

Talvez, a forma mais acabada da jurisprudência burguesa de insurreição encontra-se em Kant.¹⁶⁶ Para o filósofo de Königsberg, o tema da liberdade está inserido no âmbito da metafísica moral pura, sendo seu próprio objeto. A filosofia moral é seccionada em Kant em duas partes, ambas regidas por leis da liberdade opostas às leis da necessidade (leis naturais): a moralidade e a legalidade. Essa distinção é o prenúncio da teorização kantiana sobre direito e moral, cuja distinção é efetivada mediante a separação entre a legislação jurídica e a ação jurídica em contraste com a legislação moral e a ação moral, conforme se observa a seguir (KANT, 2003, p 71):

Em toda legislação (quer prescreva ações internas ou externas e quer as prescreva *a priori* pela razão somente ou pela escolha de um outro) há dois elementos: em primeiro lugar, uma *lei*, que representa uma ação que precisa ser realizada como *objetivamente* necessária, isto é, que faz da ação um *dever*; em segundo lugar, um motivo, o qual relaciona um fundamento para determinação da escolha a essa ação subjetivamente com a representação da lei. Daí o segundo elemento é o seguinte: que a lei torne dever o motivo. Pelo primeiro, a ação é representada como um dever e isto constitui um conhecimento meramente teórico de uma determinação possível de escolha, isto é, de regras práticas. Pelo segundo, a obrigação de assim agir está relacionada no sujeito com um fundamento para determinar a escolha geralmente. Toda legislação pode, portanto, ser distinguida com respeito ao motivo (mesmo que concorde com outro tipo com respeito à ação que transforma em dever, por exemplo, ações que podem ser externas em todos os casos). Essa legislação que faz de uma ação um dever, e também faz deste dever o motivo, é *ética*. Porém, a legislação que não inclui o motivo do dever na lei e, assim, admite um motivo distinto da idéia do próprio dever, é jurídica. Está claro que no último caso esse motivo, que é algo distinto da idéia do dever, tem que ser extraído de fundamentos determinantes *patológicos* da escolha, inclinações e aversões e, entre estas, principalmente destas

¹⁶⁵ Apoiando-se em Norberto Bobbio (1997), é possível enumerar como artífices exponenciais das formas jurídicas liberais John Locke, Charles-Louis de Secondat (Barão de Montesquieu), Jean Jacques Rousseau e Immanuel Kant.

¹⁶⁶ De acordo com o relato de Régis de Castro Andrade (1989, p. 50), Kant é a representação teórica de seu tempo: “Kant foi um espectador atento e emocionado do grande drama revolucionário europeu. A Revolução Francesa entusiasmou-o; a decapitação de Luís XVI encheu-o de horror. Seus escritos, rigorosos e sistemáticos, sobre as condições de inteligibilidade do mundo e da vida moral, refletem, no espírito e tantas vezes na letra, os desafios imensos de sua época: dar forma racional a um novo mundo nascente das entranhas da Europa milenar; contrapor às incertezas da nova Europa plebeia, individualista, leiga, e contudo irreversível, algumas certezas de razão capazes de restabelecer, ao menos no pensamento, a sociabilidade dilacerada e a paz entre as nações”.

últimas, pois se trata de uma legislação que constringe, não de um engodo que seduz. A simples conformidade ou não conformidade de uma ação com a lei, independentemente do motivo para ela, denomina-se sua *legalidade (licitude)*; mas aquela conformidade na qual a idéia de dever que emerge da lei é também o motivo da ação, é chamada de sua *moralidade* (grifos no original).

A partir da diferenciação entre a moralidade e a legalidade sob o aspecto formal (adequação e motivação de uma ação à lei), Kant efetiva uma distinção entre liberdade interna, isto é, a faculdade de agir de acordo com as leis morais autonomamente impostas, e a liberdade externa, que se revela na faculdade de agir sem impedimentos externos, ou melhor, sem óbices ou constrangimentos impostos por terceiros. O importante dessa distinção é a aceitação de Kant sobre a impossibilidade de intervenção direta do Estado na consciência individual, e assim determinar os motivos para a ação, pois estes seriam estritamente morais. Realmente, a diferenciação kantiana da liberdade interna e externa influenciou a limitação do poder estatal, conforme assevera Norberto Bobbio (1997, p. 57):

De fato, dizer-se que o direito devia contentar-se com a adesão exterior significava dizer que o Estado, de cuja vontade a lei era a manifestação principal, não devia intrometer-se em questões de consciência, e, portanto, devia reconhecer para o indivíduo um âmbito próprio da personalidade destinado a permanecer livre de qualquer intervenção de um poder externo como o Estado. Era, portanto, o reconhecimento de que o poder do Estado tinha limites enquanto podia, sim, ampliar a sua jurisdição sobre fatos externos do indivíduo, mas não também sobre fatos internos, e existia ainda algo no indivíduo, a *consciência*, que estava completamente excluída desta jurisdição (grifo no original).

A construção kantiana de liberdade nos conduz necessariamente ao Estado liberal, entendido como instrumento para o desenvolvimento da liberdade individual. No sistema filosófico kantiano, as autoridades públicas não podem subjugar a liberdade interna do indivíduo, pois a ele incumbe, exclusivamente, perseguir a felicidade e bem-estar, através da perquirição dos meios materiais necessários à sua satisfação pessoal. Desta forma, a liberdade externa ou jurídica é o reflexo da autonomia individual e, assim, o Estado é o instrumento para a garantia dessa liberdade mediante a fixação de leis externas universais e estáveis.

Em decorrência, pode-se afirmar que o Estado assume a precisa finalidade de garantir a liberdade individual, tornando-se o suprassumo do liberalismo. Esta assertiva desdobra-se na constatação óbvia de que a finalidade do Estado coincide com a preservação da juridicidade e a garantia de cada indivíduo alcançar, de forma independente, os seus múltiplos fins. A tarefa do Estado liberal não é decidir sobre os meios pelos quais os indivíduos obterão bem-estar e felicidade, “mas garantir para cada um uma esfera de

liberdade de maneira que, dentro dela, cada um possa, segundo as suas próprias capacidades e talento, perseguir os fins que livremente se propõe” (BOBBIO, 1997, p. 133).

Portanto, o liberalismo clássico foi uma corrente de pensamento burguês que erigiu formas jurídicas necessárias à garantia da segurança e estabilidade das relações sociais subjacentes ao desenvolvimento do capitalismo como modo hegemônico de produção, a transformação do Estado como instrumento assecuratório da ordem burguesa, e a garantia de direitos básicos inalienáveis do homem. Essas visões unificadas no epítome do liberalismo correspondem ao liberalismo econômico, ao liberalismo político e à ética liberal, consoante precisa identificação de Sérgio Couri (2001, p. 22):

[...] o núcleo moral do liberalismo continha uma afirmação de valores e direitos básicos atribuíveis à natureza de um ser humano, quais sejam, o direito do homem à liberdade, à dignidade e à vida. O núcleo político defendia a liberdade pessoal contra o Estado, isto é, compunha-se de um conjunto de proteções, como a liberdade de pensar, de exprimir, de escrever, publicar e divulgar, de discutir e associar-se. Contemplava também o direito ao voto, à participação e à escolha dos governantes; está associado à democracia representativa. Proclamava o consentimento individual, a representação e o governo representativo, o constitucionalismo e a soberania popular, baseado na teoria contratualista de governo elaborada a partir de Locke. O núcleo econômico relacionava-se com os direitos de propriedade e iniciativa, de produzir e consumir, de contratar livremente, de comprar e vender, de ajustar o preço por meio da oferta e da procura, enfim, o chamado livre jogo das forças de mercado.

Obviamente, o modelo típico do Estado liberal congrega características inerentes à filosofia individualista, à concepção absoluta do direito de propriedade, à doutrina econômica do *laissez-faire, laissez-passer*¹⁶⁷ e uma orientação mecanicista da sociedade fundada na dicotomia da propriedade dos meios de produção/força de trabalho. Essa equação resulta no conformismo ante as desigualdades sociais, considerando-as como consequência de leis naturais.¹⁶⁸ Além disso, o liberalismo associa-se à concepção do Estado

¹⁶⁷ Segundo John Eaton (1958, p. 26), a doutrina do *laissez-faire* afirmava que “o melhor regulador da prosperidade econômica era o mercado entregue a si mesmo e livre de interferência”. Ainda: “Pregava essa doutrina que o livre funcionamento do mercado daria tanto ao operário como ao capitalista a sua retribuição justa (a cantilena marxista da ‘exploração’ não passava, por isso, de injúria) e que era prejudicial a interferência dos monopólios, do Estado ou dos sindicatos. A função do Estado consistia em ‘manter a situação’, cuidando de que as leis do mercado encontrassem a liberdade para operar os seus efeitos benéficos”.

¹⁶⁸ Essa assertiva é respaldada em António José Avelãs Nunes, em referência a Adam Smith (2011, p. 7): “Em consonância com o cânone liberal, Smith entende que a economia (separada do estado) funciona de acordo com as suas próprias leis, *leis naturais, leis de validade absoluta e universal*. E defende que a *ordem natural* harmoniza todos os interesses e realiza o máximo de utilidade social quando a vida econômica decorre segundo as leis da natureza, perseguindo cada um o máximo de satisfação com o mínimo esforço. Desse ‘fetichismo naturalístico’ (Oskar Lange) derivam os economistas clássicos duas considerações fundamentais: a) por um lado, uma *atitude conformista* perante as desigualdades sociais: elas decorrem das *leis da natureza* e o que é natural é justo (a *lei moral* identifica-se com a *lei natural*); b) por outro lado, uma atitude de condenação de toda e qualquer intervenção do estado na vida econômica: em 1º lugar, porque a vida econômica e a ordem social são consideradas partes integrantes da ordem natural, regulada por leis que

como um mal necessário, corroborando a pretensão de que sua atividade deve se restringir ao mínimo imprescindível que, segundo Adam Smith, restringir-se-ia à defesa externa, a segurança pública e a realização de serviços públicos básicos (BOBBIO, 2010, p. 130). Aí reside o modelo típico de organização estatal que se convencionou denominar Estado mínimo em contraposição ao Estado intervencionista.

É indubitável que os ventos transformistas que embalaram a Revolução Francesa em 1789 rapidamente se transformaram no ferro sólido da ditadura burguesa. O apregoadado *slogan* revolucionário da liberdade, igualdade e fraternidade de todos os homens, transmutou-se para o mandamento de proteção da propriedade e da hierarquia meritocrática dos ricos vencedores. O formalismo jurídico associado ao liberalismo econômico e ao individualismo filosófico ofereciam três opções à massa populacional encarada como força de trabalho: o esforço para se tornarem burgueses, a humilde aceitação de seu destino e da sua condição miserável e, a mais óbvia, a revolução.

De pronto, a possibilidade de se tornar um burguês encontrava-se absolutamente afastada ante as instituições criadas pela própria burguesia para a manutenção de seu domínio. Vimos anteriormente que a consolidação da classe burguesa e a construção de sua ideologia foi um longo processo histórico que se iniciou no século XI, permeado por um notável fortalecimento econômico, concentração da propriedade fundiária, acesso à educação formal e restrição progressiva à obtenção do *status* burguês. Desta forma, em meados do século XVIII, a obtenção dessa condição social era verdadeiramente impossível para aquele que não detinha qualquer acesso à instrução formal ou condição econômica favorável.¹⁶⁹

A nova forma jurídica do direito de propriedade dissolveu as bases da sociedade tradicional feudal, impedindo o exercício possessório da terra pelo campesinato com vistas à obtenção de sua subsistência. A terra se submeteu à lógica capitalista do lucro, propiciando três mudanças fundamentais: a) a sua transformação em mercadoria e, portanto, bem livremente comerciável; b) a sua vinculação à atividade econômica produtiva; c) o desalojamento da população agrária para sua integração às hostes assalariadas integradas ao processo industrial. Assim, a abolição do feudalismo tornou-se o estopim para que todo o campesinato migrasse para as cidades e as fábricas onde sua força de trabalho era necessária

exprimem princípios eternos e universais com as leis da Física (concepção mecanicista ou fisicista, de raiz newtoniana); em 2º lugar, porque defendem que o estado, como máquina essencialmente política, é, pela própria natureza das suas funções incompetente para se ocupar das questões econômicas (Smith: ‘não há dois caracteres que pareçam mais contrários do que os do comerciante e do governo’)” (grifos no original).

¹⁶⁹ Cf. Hobsbawm (2010, p. 320).

e isto implicava, necessariamente, na sua desvinculação à concepção tradicional do regime possessorio feudal. Os pobres marginalizados da sociedade burguesa vendiam a sua força de trabalho para ter acesso a alimentos, o que se agravava pela grande oferta de mão-de-obra aliada ao ideal capitalista da progressiva acumulação.¹⁷⁰

Essa lógica da apropriação da riqueza pelo modo de produção capitalista foi inicialmente percebida por Marx (2000). Em sua obra mais relevante, “O Capital”, ele expõe a teoria da mais-valia e dissecar o método pelo qual o capitalista extrai em proveito próprio parcela da força de trabalho assalariada. As relações de produção capitalista normalmente são justificadas em termos de forma e fontes do rendimento, o que enaltece o fetichismo capitalista a respeito do modo de produção. Assim, a terra transforma-se na fonte de rendimento fundiário; o capital, a fonte do lucro; e o trabalho, a fonte do salário. Em acréscimo, Marx denuncia que através do processo produtivo, identificado como a unidade entre a produção, a distribuição, o intercâmbio e o consumo, se perfectibiliza a extração da mais-valia, o que nada mais é que a simulação capitalista ante a acumulação da riqueza. Na perspectiva marxista (2000, p. 191):

Do *capital*, na medida em que é considerado no *processo de produção*, sempre fica, em menor ou maior grau, a representação de que é um instrumento de pescar trabalho alheio. Seja isso tratado como ‘justiça’ ou ‘injustiça’, fundado ou infundado, fica sempre subjacente e subentendida a relação do capitalista com o trabalhador. Na medida em que o *capital* apareça no *processo de circulação*, o que de modo particular contraria a concepção corrente; desde que apareça, no *capital comercial*, como uma espécie de capital que exclusivamente se encarrega dessa operação, o lucro se torna associado a uma surda representação de logro generalizado, de modo mais específico, o comerciante logrando o capitalista industrial, como este logrando o operário. Ou ainda, o comerciante logrando o consumidor, como os produtores se logram mutuamente. Seja como for, o lucro é assim explicado a partir da troca (*exchange*), *a partir de uma relação social e não a partir de uma coisa* (grifos no original).

Excluída a hipótese de ascensão dos pobres à classe burguesa, a parcela majoritária desses trabalhadores conformou-se ao determinismo social a si imposto pela estrutura criada

¹⁷⁰ Sérgio Couri (2001, p. 28/29), de forma simples, explica essa lógica do capitalismo: “Os agentes econômicos são, de um modo geral, a um só tempo, tomadores e fazedores de preços. Contudo alguns agentes conseguem que o mercado responda mais reativamente aos preços que estipulam, o que lhes permite praticar preços mais remuneradores. Com outros, dá-se o contrário. Os primeiros são essencialmente os *price-makers*, os segundos os *price-takers*. Os que lidam com o fator capital e conseguem sobreviver no mercado pertencem à primeira categoria; os assalariados, que normalmente não têm o poder de individualmente deslocar para cima sua escala de oferta de trabalho ou de fazê-lo com frequência, enquadram-se na segunda. O diferencial de poupança, ou *mais-valia*, é realizado essencialmente sobre o consumidor assalariado, já que o empresário e o executivo, enquanto produtores ou *price-takers*, dispõem de maiores recursos e, portanto, de mais flexibilidade para repassar os custos enquanto consumidores [...]. O mercado normalmente opera concentração de renda em favor dos fazedores de preço; são os que conseguem, relativamente, maior diferencial entre custo e renda, se empresa coletiva, ou entre consumo e renda, se empresa individual ou pura e simplesmente indivíduo”.

pela ideologia burguesa já dominante. O cataclismo social desse período é devidamente retratado por Hobsbawm (2010, p. 325):

Por outro lado, havia muito mais pobres que, diante da catástrofe social que não conseguiam compreender, empobrecidos, explorados, jogados em cortiços onde se misturavam o frio e a imundície, ou nos extensos complexos de aldeias industriais de pequena escala, mergulhavam na total desmoralização. Destituídos das tradicionais instituições e padrões de comportamento, como poderiam muitos deles deixar de cair no abismo dos recursos de sobrevivência, em que as famílias penhoravam a cada semana seus cobertores até o dia do pagamento, e em que o álcool era ‘a maneira mais rápida para se sair de Manchester’ (ou de Lille ou de Borinage)? O alcoolismo em massa, companheiro quase invariável de uma industrialização e de uma urbanização bruscas e incontroláveis, disseminou ‘uma peste de embriaguês em toda a Europa. [...] A bebida não era o único sinal desta desmoralização. O infanticídio, a prostituição, o suicídio e a demência têm sido relacionados com este cataclismo econômico e social, graças em grande parte ao trabalho pioneiro na época daquilo que hoje em dia seria chamado medicina social. [...] Todas estas formas de distorções do comportamento social tinham algo comum entre si, e incidentalmente com a ‘autoajuda’. Eram tentativas de escapar do destino de ser um trabalhador pobre ou, na melhor das hipóteses, de aceitar ou de esquecer a pobreza e a humilhação.

Logo, para aqueles que não aceitavam seu ‘destino’, a via contestatória tornou-se a única saída, principalmente após a experiência revolucionária do século XVIII que fez ruir todo um edifício social calcado no feudalismo e no Estado absolutista. A partir da metade do século XIX, surgiram movimentos trabalhistas e socialistas que adotaram a retórica da divisão de classes. Novamente, a roda da fortuna iniciou seu movimento. As forças proletárias mantinham uma clara ideologia de confronto e consciência de classe: a classe dos trabalhadores, o operariado, enfrentava a classe patronal, a burguesia. No Manifesto Comunista (2012), Marx e Engels deixam essa dicotomia bastante evidente:

A sociedade moderna burguesa, surgida das ruínas da sociedade feudal, não aboliu os antagonismos de classes. Apenas estabeleceu novas classes, novas condições de opressão, novas formas de luta em lugar das velhas. No entanto, a nossa época, a época da burguesia, possui uma característica: simplificou os antagonismos de classes. A sociedade global divide-se cada vez mais em dois campos hostis, em duas grandes classes que se defrontam – a burguesia e o proletariado.

Publicado no emblemático ano de 1848, esse texto notadamente de caráter panfletário, propôs a substituição do discurso de oposição à propriedade privada para o programa político de apropriação coletiva dos meios de produção, com vistas à constituição de uma sociedade comunista. Já nesse momento, tornavam-se claramente indetectáveis três correntes doutrinárias inseridas no pensamento socialista: o socialismo utópico, o socialismo científico de Marx e Engels e a social-democracia. Os três detinham um núcleo comum tendente a uma ética igualitarista de cunho universal (COURI, 2001, p. 89), mas,

apenas o socialismo científico, por seu caráter revolucionário e radical, fundamentou a experiência socialista inaugurada pela Revolução Russa de 1917.

Desta forma, vivenciando a história após a falência completa do Estado socialista, conclui-se que o Estado Social se apresentou como uma solução de compromisso entre a ordem burguesa e as reivindicações proletárias.¹⁷¹ Compromisso político-social para a adaptação das instituições aos desvios próprios do capitalismo, acumulando correções de rumos frente às sucessivas crises apresentadas por esse modo econômico de produção. No teatro das ideias, substitui-se o liberalismo econômico pelo intervencionismo estatal, o liberalismo político pela social-democracia e a ética liberal pela ética igualitária.¹⁷²

O modelo tipológico do Estado social, diferentemente do Estado liberal, absorve o conflito de interesses e, principalmente, o pluralismo social. Por isso, torna-se importante elemento de questionamento a finalidade do Estado e o desempenho da função social a ele atribuída. O Estado não é criado arbitrariamente pela vontade humana. O desenvolvimento do Estado liberal a partir do Estado absolutista e, posteriormente, o Estado social, demonstra claramente que essa estrutura político-social é constituída para a satisfação de determinados interesses. Por isso que afirmamos ser o Estado social uma solução de compromisso, e principalmente um árbitro dos interesses múltiplos da sociedade plural, provendo-os através do desempenho de suas atividades próprias (fomento, intervenção, serviços públicos e polícia) aliado à promoção dos direitos fundamentais (âmbito de eficácia)¹⁷³ e distribuição equitativa de bens.

Portanto, sob o aspecto funcional, o Estado social assume-se intervencionista, adquirindo relevância nesse contexto a temática da função do Estado. Hermann Heller (1998, p. 260), já no ano de 1934, em virtude da publicação da versão alemã de sua *Teoria do Estado*, indicava que “[...] a função do Estado consiste, pois, na organização e ativação

¹⁷¹ Referencial importante para a distinção entre Estado socialista e Estado social nos é oferecido por Bonavides (2001, p. 145): “Distinguimos em nosso estudo duas modalidades principais de Estado social: o Estado social do marxismo, onde o dirigismo é imposto e se forma de cima para baixo, com a supressão da infraestrutura capitalista, e a conseqüente apropriação social dos meios de produção doravante pertencentes à coletividade, eliminando-se, desta forma, a contradição, apontada por Engels no *Anti-Duehring* entre a produção social e a apropriação privada, típica da econômica lucrativa do capitalismo – e o Estado social das democracias, que admite a mesma idéia de dirigismo, com a diferença apenas de que aqui se trata de um dirigismo consentido, de baixo para cima, que conserva intactas as bases do capitalismo. Todas as variações na relação trabalho-capital são superestruturais nessa última forma, pois não alteram substancialmente o sistema capitalista” (grifo no original).

¹⁷² Cf. Couri (2001); Eaton (1958); Nunes (2011); Bonavides (2009).

¹⁷³ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 453p.

da cooperação social-territorial, fundada na necessidade histórica de um *status vivendi* comum que harmonize todas as oposições de interesses dentro de uma zona geográfica”.¹⁷⁴

É importante ressaltar que o discurso teórico liberal e societal encontram-se profundamente arraigados na contemporaneidade, o que influencia o ambiente político para a produção de medidas legislativas e administrativas de carácter eminentemente liberal (a retórica do Estado mínimo) ou societal (a retórica do Estado interventor). Essa circularidade ideológica apenas reforça o entendimento pessoal de que dois modelos tipológicos tornaram-se prevalentes no ocidente: em termos estruturais, o Estado constitucional e, sob o aspecto funcional, o Estado social. A partir desses tipos estatais, há uma caracterização adicional eminentemente vinculada à cultura particular de determinada sociedade, envolvendo as opções pertinentes à forma de Estado, forma de governo e sistema de governo.

2.1.3 DEFININDO AS REGRAS DO JOGO E AS CONDIÇÕES DE VITÓRIA: ESTADO CONSTITUCIONAL, SOCIAL E DEMOCRÁTICO

A fusão dos modelos típicos estrutural e funcional ocorre pela intermediação da democracia. Não a democracia imaginada pela cultura helênica, na qual, concebida como forma de governo, adequava-se a uma sociedade peculiarmente estruturada para a participação de cidadãos reconhecidos pelo corpo social em virtude de suas origens hereditárias e posses, mas que se amparava em bases escravagistas.¹⁷⁵ A democracia que efetiva o nexos conjuntivo entre estrutura e função surge da conquista do sufrágio universal pelo movimento operário, propiciando a crescente participação do homem comum nas questões de Estado. A participação das massas torna-se a questão fundamental para a burguesia dominante a partir de meados do século XIX, receosa ante a constatação de que o

¹⁷⁴ No original: “[...] la función del Estado consiste, pues, en la organización y activación de la cooperación social-territorial, fundada en la necesidad histórica de un *status vivendi* común que armonice todas las oposiciones de intereses dentro de una zona geográfica”.

¹⁷⁵ David Held (1987, p. 21) corrobora o carácter restritivo da democracia clássica: “As extraordinárias inovações da democracia ateniense repousavam, em grande parte, em sua exclusividade. A *polis* clássica foi marcada pela unidade, solidariedade, participação e uma cidadania altamente restrita. O Estado tinha profunda influência na vida de seus cidadãos, mas abarcava apenas uma pequena parcela da população. Os cidadãos estavam engajados não apenas em atividades tais como administração, serviço militar, criação de leis, serviço de júri, cerimônias religiosas, jogos e festivais, mas também na vigilância e controle do grande número de indivíduos que não podiam tomar qualquer parte no estado. Na primeira instância, a cultura política ateniense era uma cultura de homens adultos. Apenas os homens atenienses com mais de 20 anos podiam se tornar cidadãos. A democracia antiga era uma democracia dos patriarcas; as mulheres não tinham direitos políticos e seus direitos civis era estritamente limitados (embora as mulheres casadas tivessem uma posição um pouco melhor neste último aspecto do que as solteiras). As conquistas da democracia clássica estavam diretamente ligadas ao trabalho não reconhecido politicamente e ao serviço doméstico das mulheres (e crianças)”.

liberalismo não detinha argumentos contrários ao acesso da classe operária ao jogo político. Com Hobsbawm (2011b, p. 162):

Elas eram por definição numerosas, ignorantes e perigosas; muito perigosas, precisamente por causa de sua ignorante tendência para acreditar em seus próprios olhos, dizendo-lhes que aqueles que os governavam davam muito pouca atenção a suas misérias, e a simples lógica sugerindo-lhes que, como elas formavam a grande maioria do povo, o governo deveria basicamente servir-lhes em seus interesses. Assim, cada dia ficava mais claro, nos países desenvolvidos e industrializados do Ocidente, que mais cedo ou mais tarde os sistemas políticos teriam de abrir espaço para essas forças. Além disso, também ficava claro que o liberalismo que formava a ideológica básica do mundo burguês não tinha defesas teóricas contra essa contingência.

Evidentemente a conjunção do Estado constitucional e social pela democracia demandou um paulatino e inexorável processo de reivindicações e revoltas sociais, o que permitiu, em um primeiro momento, o alargamento do direito de voto até o sufrágio universal masculino e, em seguida, feminino, além do desenvolvimento dos partidos políticos, culminando nas agremiações de massa com programas políticos claramente definidos. Com a consolidação da democracia representativa, os interesses plurais da sociedade moderna são conduzidos ao debate político, ensejando importante alteração em relação à fruição de direitos formalmente enunciados na legislação positiva.¹⁷⁶

Adicionalmente, o jogo democrático se perfaz mediante a fixação prévia de suas regras, contribuindo para a procedimentalização da democracia e a formação de decisões coletivas. Em sua teorização da democracia, Norberto Bobbio (1986) sugere a existência de um mínimo procedimentalista, consistente nos seguintes elementos: a) a participação política do maior número possível de pessoas privadas; b) a regra da maioria para decisões políticas; c) oferta de direitos comunicativos amplos para, primeiramente assegurar o conhecimento e, posteriormente, a escolha entre diferentes programas e grupos dirigentes; d) a proteção da esfera privada.¹⁷⁷ Assim, concordamos com Streck e Bolzan de Moraes (2010, p. 113), no sentido de que as regras do jogo democrático compreendem a definição antecipada sobre quais são os jogadores (os atores democráticos), o procedimento pelo qual se desenvolverá o jogo e, por fim, as regras éticas para a sua prática (*fair play*):

Assim, quanto a quem vota (?), devemos responder todos; sobre onde se vota (?), devemos responder em todos os locais onde se tomem decisões de caráter coletivo; e sobre quais procedimentos a serem adotados (?) precisamos responder que o

¹⁷⁶ Cf. Bobbio (1987).

¹⁷⁷ A proposta procedimentalista da democracia é adotada por Habermas como elemento complementar à sua teoria do discurso. Não obstante, Habermas conduz o seu raciocínio para a renovação de uma concepção do Estado de direito e crítica ao Estado social, o que nos parece contraevolutivo, mesmo sob a ótica da preservação da autonomia privada frente à colonização pela autonomia pública. Cf. Habermas (2003b).

mecanismo fundamental é o da regra da maioria, sendo que para que se possa implementá-la devem-se disponibilizar alternativas reais, bem como garantir possibilidade de escolha, tendo como conteúdo mínimo: a) garantia dos direitos de liberdade; b) partidos; c) eleições; d) sufrágio; e) decisões por acordo ou por maioria com debate livre.

As questões de Estado tornam-se campo para a conflitualidade e o debate sobre interesses opostos, exigindo a formulação de compromissos estáveis.¹⁷⁸ Assim, a partir do século XX, as Constituições passaram a lidar com conteúdos políticos e elementos de legitimação de valores nela estampados pelos interesses inerentes a uma sociedade complexa e pluralista, o que se vislumbra perfeitamente nas Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919. Nesta senda, conforme ressalta Bercovici (2008, p., 295), “não há mais constituições monolíticas, homogêneas, mas sínteses de conteúdos concorrentes dentro do quadro de um compromisso deliberadamente pluralista [...]”.

Ainda, como consequência, a democracia moderna revelou a importância da opinião pública na manutenção do compromisso político e no desempenho da atividade estatal em subserviência a esse pacto convencional. De fato, a opinião pública fundamentada em princípios jurídicos, compreendidos como proposições jurídicas de caráter axiológico e programas político-constitucionais, se tornou nos Estados constitucionais, sociais e democráticos, fonte de unidade de ação e decisão tanto para os corpos políticos como para o efetivo jurisdicional.

Ademais, a opinião pública no contexto democrático assegura a legitimidade do processo político decisório e da elaboração da legislação positiva, de modo que, nas palavras de Hermann Heller (1998, p. 234), “entraña importância considerável como freio ou estímulo, advertência ou alento, para a ação dos representantes do Estado” (tradução nossa).¹⁷⁹ Obviamente, a opinião pública como instância de legitimação somente ocorre em situações de transparência dos atos praticados pelos agentes públicos, propiciando, assim, a visibilidade, cognoscibilidade, acessibilidade e controlabilidade do exercício do poder.¹⁸⁰

Esse contexto democrático influencia os modelos típicos do Estado constitucional e do Estado social em dois aspectos: primeiro, em relação ao constitucionalismo, os direitos fundamentais retratam valores de justiça material e, adicionalmente, adquirem efetividade e

¹⁷⁸ Na linha de pensamento de José Fernando de Castro Farias (2004, p. 222): “A democracia não é apenas acordo, mas também desacordo. A comunicação é constituída pelo debate, e o debate implica confronto, competição, polêmica, divergência. A qualidade do debate não se mede necessariamente pelo consenso, pois, contribuir para o debate não é necessariamente concordar com aqueles que participam do debate, mas respeitar as regras básicas da comunicação ou da argumentação”.

¹⁷⁹ No original: “[...] entraña importancia considerable como freno o estímulo, advertencia o aliento, para la acción de los representantes del Estado”.

¹⁸⁰ Cf. Streck e Bolzan de Moraes (2010, p. 191/192).

eficácia frente ao Estado, apresentando conteúdo finalístico; segundo, em relação ao intervencionismo, as autoridades estatais tem o dever de promover os direitos constitucionalmente enunciados e assegurar a respectiva fruição por todos os indivíduos.¹⁸¹

Desta forma, ante o acoplamento das notas típicas estruturais e funcionais do Estado constitucional e do Estado social pela via democrática, o direito apresenta elementos novos e conformadores para o exercício de uma pragmática alicerçada nessa fusão do político e do social. Conforme ressalta Zagrebelsky (2009), há uma superação do reducionismo da justiça frente à lei positiva, compreensão esta originada do positivismo do século XIX. Através da Constituição pluralista e compromissória, há a infusão de diversos interesses correspondentes a ideais de justiça, de modo que a lei se torna submissa aos valores retratados no texto constitucional. Essa constitucionalização do “pré-jurídico”, isto é, a constitucionalização de princípios de justiça afasta a força desagregadora dos direitos individuais, em sua essência formalista; assegura competências interventivas e promocionais ao Estado no âmbito econômico e social; e a diferenciação normativa entre regras e princípios (ZAGREBELSKY, 2009, p. 109).

Todos esses novos parâmetros tem sido objeto de intensos debates no meio acadêmico, identificando-os a uma crise paradigmática do direito.¹⁸² Associado ao discurso da crise, surgem vertentes autodenominadas de ‘pós-positivismo’ ou ‘neo-constitucionalismo’.¹⁸³ Para além da discussão sobre a transição paradigmática, que já foi

¹⁸¹ Em Zagrebelsky (2009, p. 95), a fusão entre o Estado constitucional e o Estado social mediado pela democracia é indicada de forma inequívoca: “A aspiração constitucional à ordem justa faz que a dimensão do dever, de ser simples reflexo ou a outra cara dos direitos, passa e converter-se num elemento autônomo propriamente constitucional. Uma vez mais, se mostra o caráter composto do direito constitucional atual e a necessidade de combinar seus elementos integrantes. Digamos então que a vida coletiva, desde o ponto de vista do direito constitucional atual, não é somente o conjunto dos direitos individuais e dos atos que constituem seu exercício, senão é também uma ordem objetiva que corresponde a ideias objetivas de justiça que impõem deveres” (tradução nossa). No original: “La aspiración constitucional al orden justo hace que la dimensión del deber, de ser simple reflejo o la otra cara de los derechos, pase a convertirse en un elemento autónomo propiamente constitucional. Una vez más, se muestra el carácter compuesto del derecho constitucional actual y la necesidad de combinar sus elementos integrantes. Digamos entonces que la vida colectiva, desde el punto de vista del derecho constitucional actual, no es sólo el conjunto de los derechos individuales y de los actos que constituyen su ejercicio, sino que es también un orden objetivo que corresponde a ideas objetivas de justicia que imponen deberes”.

¹⁸² Cf. STRECK, Lenio Luiz. A Crise Paradigmática do Direito no Contexto da Resistência Positivista ao (Neo)Constitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2009. p. 203-228.

¹⁸³ Sobre o pós-positivismo e neo-constitucionalismo, cf. AGUILLÓ, Josep. Positivism y postpositivismo. **Doxa**, nº 30, 2007, pp. 665-675. Disponível em: <<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02427232092031053754491/index.htm>>. Acesso em: 13/02/2013; MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos Vinte anos da Carta Cidadã: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2009. p. 117-186; SARMENTO, Daniel. O Neo-Constitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: SARMENTO,

objeto do capítulo anterior, torna-se relevante na racionalidade jurídica atual a incorporação do elemento axiológico às normas jurídicas, o que influencia a perspectiva da função do Estado constitucional e social democrático.

Com Atienza (1985, p. 91), pode-se afirmar que os valores são qualidades predicativas de determinadas coisas, fenômenos ou pessoas, que se sujeitam a um código binário de opostos, representativo de uma característica desejável ou indesejável (justo/injusto, mal/bom, verdadeiro/falso, etc.), e submetidos a uma hierarquia, viabilizando a solução de conflitos entre valores que se contrapõem (justiça x segurança; privacidade x publicidade; liberdade x igualdade, etc.). Todavia, continua o jurista espanhol, o valor jurídico primordial é, indubitavelmente, a justiça, pois congrega o conjunto de critérios avaliativos do próprio sistema jurídico, que se conecta diretamente aos direitos fundamentais descritos na constituição e se constituem no “código de justicia vigente en las sociedades contemporâneas” (ATIENZA, 1985, p. 101).

Inequivocamente, a construção do Estado constitucional e social perpassa pela consolidação do projeto democrático, não aquele associado ao liberalismo clássico, qual seja, a garantia da liberdade política a uma parcela dos cidadãos e o respeito às regras do jogo, mas, sim, uma democracia substancial, que exige a concretização da igualdade entre os cidadãos na efetiva distribuição do poder econômico e do poder político. Essa constatação é ressaltada por Perez Luño (1999, p. 223), que assinala:

O Estado social de Direito teve, portanto, uma origem híbrida fruto do compromisso entre tendências ideológicas díspares, que tem gravitado sobre sua evolução ulterior. De um lado, representou uma conquista política do socialismo democrático, o que se adverte com nitidez na ideologia inspiradora de uma de suas primeiras manifestações: a Constituição de Weimar; de outro, é fruto também do pensamento liberal mais progressista que o concebe como um instrumento de adaptação do aparato político a novas exigências do capitalismo maduro. Sua componente socialista democrática se traduz na superação do agnosticismo axiológico e do formalismo positivista ao impor ao Estado a realização de determinados fins materiais, que contribuam a uma reforma social e economicamente justa, em termos de justiça social, das condições de convivência (tradução nossa).¹⁸⁴

Daniel (Coord.) **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2009. p. 113-146.

¹⁸⁴ No original: “El Estado social de Derecho tuvo, por tanto, un origen híbrido fruto del compromiso entre tendencias ideológicas dispares, que ha gravitado sobre su evolución ulterior. De un lado, representó una conquista política del socialismo democrático, lo que se advierte con nitidez en la ideología inspiradora de una de sus primeras manifestaciones: la Constitución de Weimar; de otro, es fruto también del pensamiento liberal más progresista que lo concibe como un instrumento de adaptación del aparato político a las nuevas exigencias del capitalismo maduro. Su componente socialista democrática se traduce en la superación del agnosticismo axiológico y del formalismo positivista al imponer al Estado la realización de determinados fines materiales, que contribuyan a una reforma social y económicamente justa, en términos de justicia social, de las condiciones de convivencia”.

A fermentação social proporcionada por novas ideias incutiu na classe dominante a necessidade de se fazer concessões para assegurar a manutenção do modo de produção capitalista e, por conseguinte, a garantia da propriedade privada e a continuidade da apropriação do capital mediante a exploração do trabalho. O Estado social legitimou-se pela admissão da classe proletária no processo político, consolidando-se paulatinamente o princípio democrático, de modo a criar as condições políticas para a alteração das funções do Estado, sem que houvesse, todavia, a ruptura integral com o alicerce da autonomia individual.

Desta forma, a conjugação das perspectivas teóricas atuais sobre o Estado constitucional e o Estado social, cujas características típicas são congregadas pela intermediação democrática, permite ao estudioso perquirir sobre o ideal de justiça social e socialidade imanente ao sistema político-jurídico adotado pelas constituições sociais posteriores à 2ª Guerra Mundial. Talvez, a partir desse marco orientador, viabilize-se uma nova compreensão da tributação como instrumento de transformação, intrinsecamente vinculada à equação receitas-despesas e orientada para um viés equitativo pautado pela matriz tributária adotada pela Constituição.

2.2 NOVAMENTE O DISCURSO DA CRISE... POR QUE O ESTADO SOCIAL PERSISTE?

Atualmente, o modelo tipológico-funcionalista do Estado social tem sido objeto de críticas por parte de teóricos de diversas áreas do conhecimento. Essa postura crítica encontra-se eminentemente associada à vivência de um período paradigmático transitivo sobre a ciência, a sociedade, o Estado e o direito, ensejando dúvidas sobre a existência de uma anomalia no paradigma dominante, o que proporciona a sua evolução, ou a efetiva irrupção de um novo paradigma, causando a supressão do anterior.¹⁸⁵ Em obra sobre o tema, José Luiz Bolzan de Moraes (2011) identifica as vertentes da crise: a crise fiscal; a crise ideológica e a crise filosófica. Desse conjunto, o autor extrai, ainda, uma crise constitucional, funcional e política.

Em uma aproximação inicial, discordamos de Bolzan de Moraes no sentido de que a crítica oposta ao Estado social tem caráter estrutural. Como observamos anteriormente, o modelo tipológico do Estado social apresenta conformação exclusivamente funcionalista,

¹⁸⁵ Cf. Tópico 1.1.2.

contrapondo-se ao Estado liberal. Desta forma, apesar de tratar a crítica direcionada ao Estado social como estruturante, inconscientemente Bolzan de Moraes tece considerações ao caráter finalístico do Estado social, isto é, as condições de desempenho de suas funções, inclusive cotejando-a com a proposta neoliberal. Isso se torna evidente mediante a leitura da seguinte passagem de sua obra, já referenciada (2011, p. 40):

Apesar disso, é correto pretender que há características que conformam o caráter do Estado Social: a intervenção do Estado voltada à promoção e proteção do bem-estar social, a implementação de prestações públicas e o caráter finalístico ligado ao cumprimento de sua *função social*. Ou seja, o *Welfare State* seria aquele Estado no qual o cidadão, independente de sua situação social, tem direito a ser protegido por mecanismos/prestações públicas estatais, contra dependências e/ou ocorrências de curta ou longa duração, dando guarida a uma fórmula onde a *questão da igualdade e do bem-estar* aparecem – ou deveriam aparecer – como fundamento para a atitude interventiva do Estado. O Estado de Bem-Estar Social seria, assim, ‘aquele que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade mas como direito político. Mas, dado o seu viés mutante, o Estado de Bem-Estar Social não se constitui definitivamente, de uma vez por todas. A sua história é feita de constantes mudanças de rumo, direção, mantendo, apenas, o sentido que lhe é próprio, o do atingimento da função social.

Não obstante, o estudo elaborado por Bolzan de Moraes tem o mérito de expor adequadamente os flancos do Estado social expostos a críticas, objetivando-se o seu progressivo aprimoramento.

A primeira, denominada crise fiscal-financeira, reside na capacidade de financiamento do complexo de atividades desempenhadas pela estrutura estatal. Segundo alerta Bolzan de Moraes (2011, p. 43) a crise fiscal, em tese, representaria o flanco mais abrangente para o desenvolvimento da crítica às funções do Estado social. Por consequência, a mitigação da crise exigiria um movimento de aumento de carga fiscal ou redução de custas via restrição da ação estatal.

De antemão, manifestamos absoluta descrença no projeto neoliberal extensamente propalado como a solução da crise fiscal dos Estados sociais europeus e americano (sim, os Estados Unidos possuem uma perspectiva funcionalista adequada ao Estado social, ainda que dotado de particularidades próprias), encampada como programa político-econômico nos governos de Margaret Thatcher (1979-1991), na Inglaterra; Ronald Reagan (1980-1988), nos Estados Unidos; e Helmut Kohl (1982-1998), na Alemanha, e transformada em projeto universal de modelo estatal sob a denominação de Consenso de Washington.¹⁸⁶

¹⁸⁶ A expressão foi cunhada por John Williamson em artigo denominado *What Washington Means by Policy Reform* (In: John Williamson, ed., *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?* Washington, D.C.: Institute for International Economics), e que compreendia dez propostas de reformas institucionais e econômicas para os países da América Latina, a saber: a) disciplina fiscal; b) redirecionamento das despesas

Aliás, a perspectiva neoliberal associa-se muito mais ao discurso libertário e, por conseguinte, aproxima-se do liberalismo clássico e do ideal do Estado mínimo, notoriamente inviável num mundo complexo, fluído e pluralista consoante já exposto.¹⁸⁷

Em relação à crise fiscal, é fundamental averiguar o nexos relacional entre causa e efeito, isto é, cumpre indagar se essa face da situação crítica é, de fato, imputável ao Estado social. A resposta segue duas vertentes: primeiro, a natureza das despesas realizadas pelo Estado; segundo, a distribuição da carga fiscal entre os membros da sociedade.

No que toca à natureza das despesas realizadas pelo Estado social, os seus críticos costumam focar exclusivamente o financiamento de direitos prestacionais ou sociais, olvidando-se dos custos dos direitos inerentes a um programa liberal (segurança externa e interna, garantias aos direitos de liberdade, aparato judiciário-estatal, etc.). Nesse sentido, sob a ótica do financiamento, Stephen Holmes e Cass Sunstein (1999, p. 37/38) demonstraram a futilidade inerente à distinção típica do programa liberal entre direitos negativos e direitos positivos. Destarte, contrariamente ao senso comum de que os direitos negativos independem de uma atividade governamental e não geram custos, em contraposição à ideia de que os direitos positivos demandam uma ação estatal e, portanto,

estatais para setores que ofereçam conjuntamente alto retorno econômico e aumento da distribuição de renda (p.ex. educação primária, saúde básica e infraestrutura); c) reforma fiscal; d) liberalização das taxas de juros; e) taxas de câmbio competitivas; f) retirada de barreiras protecionistas; g) abertura para entrada de capital estrangeiro; h) privatização; i) desregulamentação; j) garantia de direitos de propriedade imaterial. Acredito que a agenda proposta por Williamson como cartilha desejável pelas instituições financeiras internacionais (FMI e Banco Mundial) tenha sido apropriada por discursos ideológicos de esquerda e direita, o que no Brasil se concretizou pela disputa entre PT e PSDB sobre o programa de privatizações. De todo modo, a expressão Consenso de Washington foi apropriada pelo ideário público e associada a um fetichismo do mercado, seja em relação a manifestações positivas seja negativamente. Essa mutação do significado original é, inclusive, objeto de lamento por John Williamson: “Eu penso que o termo foi aplicado com um sentido significativamente diferente do qual eu tinha pretendido e é agora utilizado como sinônimo para o que é frequentemente chamado de ‘neoliberalismo’ na América Latina, ou o que George Soros (1998) tem denominado ‘fundamentalismo de mercado’. Quando eu me deparei com esse uso, afirmo ser um equívoco em relação ao significado originalmente pretendido. Eu tinha ingenuamente imaginado que, só porque eu tinha inventado a expressão, eu detinha algum tipo de propriedade intelectual que me assegurasse o direito de ditar o seu significado, mas na verdade o conceito tinha se tornado propriedade pública” (tradução nossa). No original: “I find that the term has been invested with a meaning that is significantly different from that which I had intended and is now used as a synonym for what is often called “neoliberalism” in Latin America, or what George Soros (1998) has called “market fundamentalism”. When I first came across this usage, I asserted that it was a misuse of my intended meaning. I had naïvely imagined that just because I had invented the expression, I had some sort of intellectual property rights that entitled me to dictate its meaning, but in fact the concept had become public property”. Cf. Williamson (2000, p. 251/252).

¹⁸⁷ Colhe-se em José Fernando de Castro Farias (2004, p. 136) uma síntese contetudística do neo-liberalismo: “Na retórica do neoliberalismo, o Estado e a sociedade são radicalmente separados, e é justamente sobre essa separação que se pretende fazer repousar a própria condição de existência do pluralismo político e da liberdade. Nessa concepção, o fim do Estado é a liberdade individual. Isto significa dizer que o Estado não tem um fim próprio, pois seu fim coincide com os fins múltiplos dos indivíduos. Sendo assim, o Estado não se preocuparia nem com a virtude, nem com o bem-estar. Em relação às vertentes contemporâneas do liberalismo no contexto da teorização da justiça cf. Gisele Cittadino (2004); Cecília Lois (2005). Para um aprofundamento da perspectiva libertária, cf. NOZICK, Robert. **Anarchy, State and Utopia**. Oxford: Blackwell, 1999.

geram custos, Holmes e Sunstein (1999, p. 43) asseveram que os direitos não podem ser analisados sem os instrumentos estatais vinculados à função repressiva do Estado. De fato, “quase todo direito implica um correlativo dever, e deveres somente são levados a sério quando sua inobservância é punida pelo poder público descrito pelo erário público” (tradução nossa).¹⁸⁸

O direito de propriedade é um inegável exemplo dessa perspectiva. Para um sistema liberal, a defesa do direito de propriedade não se resume a uma abstenção estatal. Exige-se todo um aparato policial e judiciário destinado à manutenção do controle social e preservação desse direito, onerando, ainda que indiretamente, o Estado. Outro exemplo é a atividade de defesa externa, também alocada no âmbito funcional primário do Estado liberal. É incontestável na atualidade que as despesas militares representam uma fatia do orçamento em muito superior aos gastos ditos “sociais”, especialmente em Estados de forte pendor militar intervencionista no âmbito internacional.

Um segundo aspecto, consiste na identificação de quem efetivamente paga a conta do Estado, isto é, como se dá a repartição da carga tributária. Naturalmente, a adoção de uma perspectiva de que os direitos prestacionais beneficiam os mais pobres, e considerando a proposta distributiva inerente ao Estado social, poderíamos extrair a conclusão lógica de que os mais ricos assumem uma responsabilidade maior na manutenção da estrutura estatal em detrimento dos mais pobres. Não obstante, a realidade demonstra que isso não é o que verdadeiramente acontece, o que é perceptível pelo recente debate eleitoral americano sobre o aumento da carga tributária para os mais ricos.¹⁸⁹ No Brasil, dados do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social para o ano de 2004 demonstram que rendimentos pessoais de até dois salários mínimos sofriram o impacto percentual de 48,8% para o pagamento de tributos, já a carga tributária incidente sobre a renda superior a 30 salários mínimos correspondia a 26,3%. Ademais, considerando-se que 34,9% do produto interno

¹⁸⁸ No original: “[...] almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse”.

¹⁸⁹ Em proposta legislativa enviada ao Congresso Americano, Barack Obama obteve importante vitória no sentido de uma melhor distribuição da carga tributária. Como relata o *New York Times*: “Sob o acordo, as alíquotas tributárias iriam pular de 35 por cento para 39,6 por cento sobre rendimentos individuais acima de \$400.000 e casais além de \$450.000, enquanto as deduções fiscais e créditos começariam a se extinguir a partir de rendimentos tão baixos quanto \$250.000, uma clara vitória para o Presidente Obama, que fez campanha com impostos mais altos para os ricos”. No original: “Under the agreement, tax rates would jump to 39.6 percent from 35 percent for individual incomes over \$400,000 and couples over \$450,000, while tax deductions and credits would start phasing out on incomes as low as \$250,000, a clear win for President Obama, who campaigned on higher taxes for the wealthy”. Cf. STEINHAEUER, Jennifer; PEAR, Robert. Tentative deal is reached to raise taxes on the wealthy. **The New York Times**, New York, Jan. 2013. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2013/01/01/us/politics/tentative-deal-is-reached-to-raise-taxes-on-the-wealthy.html?pagewanted=all&_r=0>. Acesso em: 13/02/2013.

bruto em 2008 advêm da arrecadação tributária, o Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social apurou que apenas 10,4% dessa receita retornaram à sociedade na forma de investimentos públicos em educação, saúde, segurança pública, habitação e saneamento, qualificados como despesas sociais.¹⁹⁰

Observa-se, portanto, que universalismos taxativos sobre a crise fiscal imputável ao Estado social são falaciosos. No mínimo, a assertiva demanda comprovação estatística e empírica sobre a natureza das despesas realizadas por um Estado em particular e a distribuição efetiva da carga tributária entre os membros da sociedade, de modo a ser possível extrair o liame de causalidade entre déficit fiscal e o desempenho das funções atribuídas ao Estado social.

O segundo viés da crise do Estado social apresentaria caráter ideológico, decorrente de um “déficit de legitimação”. Segundo Bolzan de Moraes, essa faceta da crise está associada ao embate entre o aumento significativo de demandas opostas ao Estado social, aliado à complexificação das pretensões sociais, e a burocratização das fórmulas de resposta a essas pretensões. Assim, haveria questionamentos relativos à eficácia e eficiência da atividade estatal, o que justificaria o discurso neoliberal de retorno ao Estado mínimo. Todavia, a nosso sentir, a alegada crise ideológica também não pode ser colocada na conta do Estado social, pois a complexidade e pluralismo são características das sociedades contemporâneas e afetam a estrutura estatal independentemente da opção típico-funcional adotada.

Efetivamente, a discussão sobre a capacidade burocrática estatal para atendimento das demandas deve ser conduzida sob um espectro amplo de questões políticas, econômicas e jurídicas. Neste sentido, o enfrentamento da crítica não deve ser pautado em índices de produtividade ou lucro, mas, sim, de retorno social ou satisfação de interesses coletivos. Isto porque, é notório que algumas atividades ou investimentos não geram qualquer atratividade à iniciativa privada em virtude dos altos investimentos e baixa expectativa de retorno, como, por exemplo, investimentos em saneamento básico.

De outro lado, algumas atividades econômicas, a par de ineficientes, são conduzidas no interesse de demandas coletivas, como os subsídios concedidos pelo governo brasileiro para a produção de álcool combustível, que atendem dois pressupostos: a diversificação da matriz de combustíveis e a promoção de combustível menos poluente. Por

¹⁹⁰ Cf. Indicadores de Iniquidade do Sistema Tributário Nacional: Relatório de Observação nº 2. Brasília: Presidência da República, Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social – CDES, 2ª Edição, 2011. Disponível em: <<http://www.cdes.gov.br>>. Acesso em 13/02/2013.

fim, a atuação direta do Estado pode ser justificada pela preservação de interesses estratégicos, a exemplo do monopólio da União em relação à pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados. Ademais, a ineficiência atinge também a iniciativa privada, como se percebe da realidade fática brasileira no enfrentamento das demandas relativas aos setores de telefonia, saúde complementar e bancário.

Obviamente, não se pode rechaçar o fato de que o Estado social apresenta ineficiências em relação à burocracia, pois a experiência recente brasileira assevera essa constatação. Tampouco se afasta a possibilidade de que o Estado liberal seja ineficiente em relação ao cumprimento de seu programa funcional, o que a recente crise capitalista vem atestar.¹⁹¹ Portanto, a crítica da ineficiência deve ser cuidadosa, pois mira o Estado social e acerta a democracia participativa, sem qualquer ocultação ao fetichismo do mercado. A este respeito, as palavras orientadoras de Paulo Bonavides (2001, p. 153/154) apresentam inegável atualidade:

Dissolvido o socialismo do partido único e da ditadura, decretou-se, por igual, o fim da economia dirigida, assim como o termo das ideologias que lhes serviam de sustentação. Nunca se louvou tanto a economia de mercado do capitalismo quanto agora, apregoando-se virtudes que lhe seriam ínsitas. Os restauradores assumem ares de promotores vitoriosos de um acelerado retorno ao Estado Liberal. Tudo, porém, à sombra do neoliberalismo que, até certo ponto, desfalca e contradiz a essência do Estado social. Com efeito, a solidez, a estabilidade e a prossecução dessa última variedade institucional chegaram a ser contestadas mediante o exorcismo do Estado e de seus instrumentos de ação. Relegados estes a um desprezo teórico, nem por isso deixa o Estado de ser prontamente invocado e utilizado toda vez que um interesse empresarial mais influente, nascido das situações de emergência, dele se pode valer para embargar crises ou remover embaraços funcionais da própria economia capitalista. Recessão, protecionismo e crise desmentem a linguagem dos milagres,

¹⁹¹ “Centro da crise, os Estados Unidos foram o primeiro país a editar um grande pacote de resgate econômico. Em 1º de outubro – 16 dias após o início do agravamento da situação –, o Senado americano autorizou o Tesouro a gastar até 700 bilhões de dólares para estabilizar o sistema financeiro. Cerca de dez dias depois, o governo anunciou que mais de um terço do valor (250 bilhões) seria gasto no socorro a instituições financeiras. A aquisição de ações dessas companhias seria uma forma de compensar as perdas sofridas e de municiar os bancos de recursos que pudessem emprestar a empresas e pessoas. Em 24 de novembro, a mãozinha do governo alcançou o Citigroup, dono do Citibank, num plano de compra de ações avaliado em 20 bilhões de dólares (que se somariam aos 25 bilhões já concedidos pelo Tesouro ao grupo, quantia retirada do pacote de 700 bilhões de dólares). O banco já contabilizava, então, perdas de 306 bilhões de dólares em ativos de alto risco. A zona do euro demorou para agir, mas, quando o fez, fez com força. Em 12 de outubro, os 15 países do grupo concordaram em adotar um plano conjunto contra a crise, que colocaria até 2,5 trilhões de dólares à disposição de suas instituições financeiras. Em uma declaração de 14 tópicos, eles reconheciam a gravidade da situação, comemoravam o corte de juros feito por bancos centrais de diversas localidades e se comprometiam a agir conjuntamente para restaurar a confiança do mercado, aumentando a liquidez, refinanciando bancos e investindo em projetos de infraestrutura. À frente da ação estavam a França e a Alemanha, que já se declarou oficialmente em recessão e editou um pacote próprio de 675 bilhões de dólares contra a crise. Vale lembrar, também, que em 18 de setembro, na injeção de recursos coordenada dos bancos centrais, o Banco Central Europeu (BCE) anunciou que liberaria 40 bilhões de dólares”. Cf. EM PROFUNDIDADE: Crise Financeira. **Revista Veja**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/crise-financeira/guia1.html>>. Acesso em: 14 fev. 2013.

visto que fazem renascer os mesmos distúrbios econômicos e mazelas políticas e sociais tão familiares à evolução do capitalismo. Estamos, assim, em face de um capitalismo que, de necessidade, não pode prescindir do Estado, cujo conceito não envelhece, nomeadamente tratando-se de Estado do Terceiro Mundo. Aqui, sem a presença de tão poderosa alavanca, inevitável seria a recaída no colonialismo da primeira época industrial - de todos os colonialismos, o mais refratário à emancipação dos povos.

O terceiro aspecto da crise do Estado social refere-se, de acordo com Bolzan de Moraes, à crise filosófica. Segundo o autor (2011, p. 47):

A crise filosófica atinge exatamente os fundamentos sobre os quais se assenta o modelo do Bem-Estar Social. Aponta para a desagregação da base do Estado Social, calcada esta no seu fundamento a *solidariedade*, impondo um enfraquecimento ainda maior no conteúdo tradicional dos direitos sociais ou sua construção insuficiente, das estratégias de políticas públicas a eles inerentes, bem como nas fórmulas interventivas características deste modelo de Estado.

Nessa hipótese, a crítica possui inegável validade. Não obstante, a crise filosófica, segundo a denominação dada por Bolzan de Moraes, é evidentemente mais complexa e mais profunda. Atinge em cheio o espírito da modernidade e decorre da inegável transição paradigmática vivenciada na atualidade. De todo modo, a crítica dirigida ao Estado social não se refere às funções a ele atribuídas, mas à compreensão exacerbadamente individualista da sociedade atual, transformada pelo capitalismo pós-industrial, numa sociedade de massas, de risco¹⁹² e de consumo, e que mitiga a importância de um programa de atividades estatais solidaristas.

Apesar da possibilidade de múltiplas respostas decorrentes de um caleidoscópio de percepções, talvez a explicação para essa situação seja minimamente justificada por três conceitos colhidos em autores diversos: Jean Baudrillard (1985), que enfrenta o problema do silêncio eloquente das massas; Zygmunt Bauman (2000), que avança sobre a segregação capitalista, e Luis Alberto Warat (1995), que trata do sentido comum teórico dos juristas. Assim, será possível observar que o discurso da crise adquire força pela mixórdia desconexa de interesses existentes na sociedade atual, inviabilizando, salvo poucas oportunidades, o enfrentamento da maioria conservadora ou passiva; passa pela necessidade dos membros da sociedade em diferenciar-se uns dos outros, o que ocorre pela exposição da propriedade de itens eleitos ao altar do consumo; e, ao final, adquire justificação pelo senso comum dos juristas que pretendem transformar as expectativas sociais, essencialmente fluídas e mutáveis, em algo sólido e imutável.

¹⁹² Cf. Beck (1998).

Jean Baudrillard adota o conceito sociológico de massas como ponto de partida para a demonstração da existência de hiperconformismo na atualidade. Conceituando o termo, fixa a perspectiva comodista da sociedade contemporânea:

Todo confuso amontoado do social se move em torno desse referente esponjoso, dessa realidade ao mesmo tempo opaca e translúcida, desse nada: as massas. Bola de cristal das estatísticas, elas são ‘atravessadas por correntes e fluxos’, à semelhança da matéria e dos elementos naturais. Pelo menos é assim que elas nos são apresentadas. Elas podem ser ‘magnetizadas’, o social as rodeia como uma eletricidade estática, mas a maior parte do tempo se comportam precisamente como ‘massa’, o que quer dizer que elas absorvem toda a eletricidade do social e do político e as neutralizam, sem retorno. Não são boas condutoras do político, nem boas condutoras do social, nem boas condutoras do sentido geral. Tudo as atravessa, tudo as magnetiza, mas nelas se dilui sem deixar traços. E na realidade o apelo às massas sempre ficou sem resposta. Elas não irradiam, ao contrário, absorvem toda a irradiação das constelações periféricas do Estado, da História, da Cultura, do Sentido. Elas são a inércia, a força da inércia, a força do neutro.

Ultrapassado o signo do conflito inaugurado na teoria marxista, o binômio classe operária/classe burguesa ou pobres/ricos se transmutou numa unidade amorfa, ambígua, fluída e polivalente destituída de sentido que é (ou são) a massa (ou massas), “sem atributo, sem predicado, sem qualidade, sem referência” (BAUDRILLARD, 1985, p. 12). Diante dessa vacuidade, as massas são impermeáveis à informação materialmente veraz e correta, pois a apreensão de sentido se dá através de signos da era do consumo. Há a idolatria do “jogo de signos e de estereótipos, idolatram todos os conteúdos desde que eles se transformem numa sequência espetacular” (BAUDRILLARD, 1985, p. 15). Portanto, a força das ideias, as ideologias que conduziam o homem à guerra, ao conflito e à revolução carecem de sentido e relevância na atualidade, tornando-se marcas de um passado distante. As referências de sentido são as subcelebridades, os dez minutos de fama, e a vida íntima dos ícones da moda.¹⁹³

Como consequência, as massas diluem o político e se convertem numa maioria silenciosa e apática. Não há mais uma convergência de interesses provenientes de uma identidade própria, não há mais representação possível, o que conduz à rarefação do discurso e a anulação do social. “A massa atualiza a mesma situação limite e insolúvel no campo ‘social’. Ela não é objetivável (em termos políticos: ela não é representável) e anula todos os sujeitos que pretenderiam captá-la (em termos políticos: anula todos aqueles que pretenderiam representá-la)” (BAUDRILLARD, 1985, p. 30).

¹⁹³ Talvez essa seja a razão para o aparente desabafo de Zygmunt Bauman (2000, p. 12): “Todos os limites estão fora dos limites. Qualquer tentativa de autolimitação é considerada o primeiro passo no caminho que leva direto ao gulag, como se não houvesse nada além da opção entre a ditadura do mercado e a do governo sobre as nossas necessidades – como se não houvesse lugar para a cidadania fora do consumismo. É nessa e só nessa forma que os mercados financeiro e mercantil toleram a cidadania”.

As massas não mais absorvem o discurso liberal ou societal, o que se reflete na absoluta ausência de discussão sobre as bases funcionais do Estado, especialmente a formulação de compromissos de bem-estar social ou de busca individual da felicidade ou prazer. Temas como justiça, equidade e bem-estar tornam-se restritos a círculos acadêmicos e veleidades de autores consagrados, que paulatinamente assumem *status* de pop-star, típico símbolo da massificação.

Desta forma, a crítica não deveria ser direcionada ao Estado social em si, ou a expectativas geradas em relação aos seus instrumentos funcionais, mas, sim, à apatia da sociedade de massas em discutir, debater o projeto estatal adequado a um ideal de felicidade particular a determinada comunidade. Doravante, o resultado se torna evidentemente constrangedor, pois a política desinteressada alterna-se para a política interessada (políticos profissionais), alimentando ainda mais a refração das massas ao político. Essa é a conclusão de Bauman (2000, p. 13):

A aversão à autolimitação, o conformismo generalizado e a resultante insignificância da política têm, no entanto, o seu preço – um preço, aliás, exorbitante. O preço é pago na moeda em que é pago geralmente o preço da má política – o do sofrimento humano. O sofrimento se dá de muitas maneiras, com diversificada coloração, mas tem uma única raiz. E é um sofrimento que tende a se perpetuar. É o tipo de sofrimento que decorre de malfeitos políticos e que constitui o supremo obstáculo à sanidade política.

O problema se agrava a partir do momento em que a apatia das massas se associa ao processo segregacionista interno à sociedade de consumo. A ausência de representação e o conformismo à situação presente tiram a legitimidade do Estado social para atuar como garantidor de uma rede de segurança social, inerente a uma responsabilidade coletiva e solidária. O capitalismo pós-industrial não necessita de excedentes de mão-de-obra, pois o vetor consumo tornou-se prevalente frente ao elemento produção. Daí que os dispositivos funcionais do Estado social perdem a substantividade dos direitos fundamentais e se desvanecem numa perspectiva meramente caritativa. Surge, assim, o discurso da crise fiscal, ou, mais especificamente, a frase da moda: “Estado de bem-estar? Já não podemos custeá-lo” (BAUMAN, 1998, p. 51).

Ante essa situação, a linguagem jurídica também se massifica (no sentido de se tornar impermeável às ideologias), pois o conhecimento jurídico “responde em alta medida a nossas subordinações cotidianas e à versão conformista do mundo que fundamenta a sociedade instituída” (WARAT, 1995, p. 57). O saber jurídico utiliza-se de um complexo de significados ilusórios e produz um campo simbólico de representações que dissimulam

prováveis conflitos e antagonismos. Quando transportado para o Estado, esse discurso jurídico simbólico restringe a identidade estrutural à ordem jurídica vigente e o âmbito funcional ao elemento coercitivo. Tem-se, então, a formação de um código de conceitos e uma consciência política conservadora e avessa a uma maior participação individual e coletiva no político. Assim, segundo Luis Alberto Warat (1995, p. 59):

As chamadas ‘ciências jurídicas aparecem, assim, como um conjunto de técnicas de ‘fazer crer’ com as quais se consegue produzir a linguagem oficial do direito que se integra com significados tranquilizadores, representações que têm como efeito impedir uma ampla reflexão sobre nossa experiência sócio-política. Idéias dispersas e efeitos fabuladores que contêm omissões intencionais sobre o saber jurídico, a lei e o poder. Neste sentido a linguagem oficial do direito determina uma multiplicidade de efeitos dissimuladores.

Por isso, a simples reprodução do discurso da crise do Estado social pode vir a transformar-se num pensamento jurídico simbólico monopolizado por um “monastério de sábios”,¹⁹⁴ na precisa expressão de Warat (1995, p. 68), atuante sob “a sombra das maiorias silenciosas”,¹⁹⁵ na alcunha de Baudrillard (1985). Desta forma, pensamos que o Estado social deve ser encarado como um projeto histórico-cultural, obviamente sujeito a evoluções a acertos, mas que se revela como um concerto político-social irrefreável. Torna-se extremamente discutível imputar ao Estado social problemas que não são propriamente decorrentes da sua funcionalidade, apesar de afetá-la. Isso é perceptível quando Bolzan de Moraes (2011, p. 51) imputa ao Estado social o débito decorrente de uma crise constitucional (institucional) e política:

Dessa forma, percebe-se que o constitucionalismo se ressent, nos dias atuais, seja pela fragilização/fragmentação daquilo que ele mesmo ‘constitui’ e do qual se sustenta, o Estado, seja pela tentativa de apontá-lo como, ao contrário de sua ideia inicial e a partir do desenho que impõe, um instrumento impeditivo do desenvolvimento – econômico – apesar de resultante do projeto jurídico-político

¹⁹⁴ A expressão adotada por Warat é encontrada no seguinte contexto: “Os especialistas se encontram também na posição de consumidores da subjetividade coletiva. Eles, inclusive, são duplamente consumidores da subjetividade instituída. Além da subjetividade que circula socialmente consomem a subjetividade específica que articula e controla a produção social das verdades. Os discursos de verdade nunca são resultado de um emissor isolado. Eles estão vinculados a uma prática comunitária organizada em torno de uma subjetividade específica dominante. Nenhum homem pronuncia legitimamente palavras de verdade se não é filho (reconhecido) de uma comunidade ‘científica’, de um *monastério de sábios*” (grifos no original).

¹⁹⁵ A designação é construída por Baudrillard a partir da falência do político na capacidade de reverberar seu discurso nas massas. Observe-se: “Enfraquecimento do político de uma pura ordenação estratégica a um sistema de representação, depois ao cenário atual de neofiguração, isto é, em que o sistema se perpetua sob os mesmos signos multiplicados mas que não representam mais nada e não têm seu ‘equivalente’ numa ‘realidade’ ou numa substância social real: não há mais investidura política porque também não há mais referente social de definição clássica (um povo, uma classe, um proletariado, condições objetivas) para atribuir uma força a signos políticos eficazes. Simplesmente não há significado social para dar força a um significante político. O *único referente que ainda funciona é o da maioria silenciosa*. Todos os sistemas atuais funcionam sobre essa entidade nebulosa, sobre essa substância flutuante cuja existência não é mais social mas estatística, e cujo único modo de aparição é o da sondagem” (grifos no original).

liberal-burguês, apesar de ter marcado o seu nascimento como instrumento de segurança e legitimidade social. Dito de outra forma, a crise constitucional se apresenta, na linha primordial para que a presente discussão, desde fora, como processo de desconstitucionalização promovido pelo dito neoliberalismo, além de se ver estrangida, muitas vezes, pelo descompasso entre as *promessas* de quem contempla, a vontade política e as condições econômicas para a sua realização (grifo no original).

A nosso sentir, essa propalada crise político-constitucional advém primordialmente da imersão do constitucionalismo no seu próprio objeto – a Constituição – esquecendo-se de que a sua efetividade provém das interações entre o texto-norma e a realidade-normatizada. Esse referencial autista faz surgir o simbolismo constitucional, conforme demonstra Marcelo Neves (2007). De fato, o simbolismo constitucional apresenta um aspecto negativo, conectado à insuficiência generalizada de concretização normativo-jurídica das normas constitucionais, e um aspecto positivo, relacionado ao desempenho do papel político-ideológico das Constituições. Entretanto, a função positiva somente se concretiza caso não se verifique a perspectiva negativa, pois, de modo contrário, “perde-se transparência em relação ao fato de que a situação social correspondente ao modelo constitucional simbólico só poderia tornar-se realidade mediante uma profunda transformação da sociedade” (NEVES, 2007, p. 98).

Nessa perspectiva, a Constituição exerce uma função ideológica e uma função social, pois conduz as expectativas supercomplexas da sociedade contemporânea a um denominador comum: a institucionalização de direitos fundamentais sociais como condição efetiva de garantia dos direitos fundamentais liberais. A partir desse denominador comum, o Estado social atua como mediador entre a integração de indivíduos marginalizados, elemento isonômico, e a institucionalização de direitos liberais, elemento libertador. Essa questão é bem esclarecida por Neves (2007, p. 77):

Definindo-se o Estado de bem-estar como ‘inclusão política realizada’ e, porque Estado de *direito*, como inclusão jurídica realizada, observa-se que os ‘direitos fundamentais sociais’ por ele instituídos constitucionalmente são imprescindíveis à institucionalização real dos direitos fundamentais referentes à liberdade civil e à participação política. Isso decorre do fato de que a *inclusão* de toda a população nos diversos sistemas sociais são incompatíveis. Nessa perspectiva pode-se afirmar que, na sociedade supercomplexa de hoje, fundada em expectativas e interesses os mais diversos e entre si contraditórios, o direito só poderá exercer satisfatoriamente sua função de congruente generalização de expectativas normativas constitucionalmente os princípios da inclusão e da diferenciação funcional e, por conseguinte, os direitos fundamentais sociais (Estado de bem-estar) e os concernentes à liberdade civil e à participação política (grifos no original).

Não há objeções ao fato de que a adoção do modelo típico-funcional do Estado social demanda um maior financiamento da estrutura estatal, até porque, em muitos casos, a

concretização de determinados direitos sociais pressupõe a atuação gratuita dos poderes públicos, ou liminarmente gratuita. Por isso, Gomes Canotilho (2008, p. 253) indica que as condições básicas do Estado Social seriam, primeiramente, recursos financeiros adequados e suficientes, exigindo, por conseguinte, um modelo fiscal eficiente; segundo, uma estrutura de despesas públicas orientada ao financiamento de serviços sociais e investimentos produtivos; terceiro, um orçamento público equilibrado, o que demanda uma responsabilidade na gestão fiscal.

Apesar de serem condições importantes para o adequado desenvolvimento do modelo típico do Estado social, o que, aliás, tem sido perseguido no Brasil, não há qualquer vinculação entre o parâmetro da carga tributária e o Estado social. De fato, Estados que vivenciaram recentes políticas de caráter liberal não obtiveram como resultado a contenção do déficit público, pois políticas eminentemente liberais (proteção da propriedade privada, segurança pública e esforço militar) podem conduzir a um acréscimo exponencial do gasto estatal.¹⁹⁶ Acrescente-se que, segundo demonstra Cláudio Sacchetto (2005, p. 32), muitas atividades desempenhadas pelo Estado social, e que geram custos, poderiam ser mitigadas mediante uma adequada avaliação sobre a incidência tributária (imposto negativo) e sobre dispositivos de exoneração fiscal (isenções, alíquotas-zero, créditos presumidos) que, a pretexto de intervenção corretora do Estado social na economia, causa distorções econômicas importantes e privilégios injustificáveis.

Ademais, o Estado social não precisa assumir exclusivamente funções características da socialidade. Destarte, hoje a cidadania social se aprofundou e tornou-se fundamental para a concretização de direitos fundamentais, especialmente aqueles relacionados a pressupostos solidaristas e integrativos. Desta forma, diversas atividades podem ser exercidas em cooperação com a cidadania social, através de apoio técnico e orientador da ação pública.¹⁹⁷

A inelutável ligação entre legitimidade e função é exatamente o motivo pelo qual o Estado social persiste. Brooks e Manza (2007, p. 63) demonstram que, apesar do discurso exponencial de redução de custos a partir do final do século XX (década de 80 e 90), o efeito

¹⁹⁶ Durante o governo de George W. Bush (2001-2009), os Estados Unidos desenvolveram uma forte política de redução de carga tributária para a classe rica e, ao mesmo tempo, apresentaram um exponencial crescimento do déficit público. Cf. Ronald Dworkin (2008).

¹⁹⁷ Nas palavras de Sacchetto (2005, p. 33): “Solidariedade nem sempre significa ‘mais Estado’, pois ela pode se realizar com a chamada ‘delegação de solidariedade’, por meio de formas implementadas pelos particulares, como entidades não comerciais [...], aos quais se pode dar benefícios fiscais, sem subestimar o papel das cooperativas e das funções bancárias, entidades às quais, racionalmente, se deve reconhecer um especial regime fiscal, na medida em que desempenham atividades que seriam exigidas da entidade pública”.

de políticas restritivas não afetaram as bases e a compreensão sobre a permanência do Estado social. De fato, há uma contradição entre o discurso de corte de despesas, que se revelou como um evento raro, e a ação direcionada à redução de investimentos setoriais e em programas sociais específicos. Portanto, há um claro modelo de compatibilização das despesas sociais com o padrão econômico de capitalismo pós-industrial e global no sentido de criação de programas específicos legitimados por um esforço de manutenção do Estado social.

Nestes termos, acreditamos que o discurso da crise tem se transformado numa repetição indevida de teorias econômicas que influenciam o político e o jurídico para formulação de propostas reacionárias e conservadoras, valendo-se do senso comum teórico dos juristas e da passividade das massas a impulsos políticos. Outro agravante é ausência de diálogo entre teóricos do Estado e constitucionalistas, provocando um exclusivismo do saber jurídico em relação a questões de hermenêutica constitucional e direitos fundamentais, esquecendo-se de que a implantação dos parâmetros constitucionais demanda a necessária interveniência do Estado.¹⁹⁸

Assistimos, na atualidade, a um renovado interesse nos estudos relativos à teoria do Estado, reavivando as discussões sobre as perspectivas e funções estatais na sociedade contemporânea (pós-moderna?). Esse renascimento é pautado pelo que Gilberto Bercovici (2003, p. 75) denomina de “duplo movimento histórico do Direito Público moderno”, pois haveria uma cíclica transição entre a relevância da temática sobre o Estado e a Constituição nos estudos sociais. Desta forma, estaríamos num período de crise da teoria da Constituição e um ressurgimento da teoria do Estado como vertente integradora entre o político e o jurídico, o que propicia novos apontamentos sobre a questão do poder de tributar, suas finalidades e as políticas públicas.

O movimento de substituição do Estado pela Constituição como conceito-chave do direito público consolidou-se definitivamente no séc. XX após o encerramento da 2ª Guerra Mundial e a descoberta do holocausto nazista. A partir de então, operou-se a derrocada do positivismo jurídico e o surgimento da teoria material da Constituição associada ao predomínio das Constituições sociais. Para Gomes Canotilho (2003, p. 1338), a teoria material da constituição pretende a superação da insistência teórica ancorada na “tecnicidade, neutralidade e positividade da lei fundamental do estado de direito, com

¹⁹⁸ Esse é o alerta de Gilberto Bercovici (2009, p. 737): “No Brasil pós-1988 há, portanto, um ‘deslocamento’ entre o Estado, desestruturado, privatizado, patrimonialista e ainda autoritário, e a constituição, meramente normativa, sem meios efetivos de ser concretizada. Mas, falar de Estado, de política e de poder, para a doutrina constitucionalista dominante no país, não é um assunto do direito constitucional”.

desprezo dos elementos democráticos, sociais e republicanos.” Paulo Bonavides (2011, p. 100) nos esclarece as perspectivas dessa ruptura teórica:

A concepção material da Constituição representa no século XX uma corrente de pensamento crítico e revisor, a cujo leito confluem todas aquelas direções inconformadas com o exclusivismo normativo e formalista do positivismo lógico. [...] Relativamente à Constituição, pretendiam em primeiro lugar fixar-lhe o sentido, o fim, os princípios políticos, as teses ideológicas que a animavam, a realidade social íntima, verdadeira, substancial, que ela exprimia, enfim, aquele conjunto de valores, ideias e fatos sempre inafastáveis, na sua dimensão histórica e vital, capazes de fazê-lo a um tempo consciência da Sociedade e expressão de um projeto dinâmico e prospectivo.

As Constituições promulgadas após a ruína nazista assumem inequívoco caráter político, pois objetivam a fixação de princípios de legitimação do poder e do Estado. Admitem-se, assim, três funcionalidades conjugadas para a Constituição: a primeira, a formação da unidade política, erigindo-se o princípio democrático; a segunda, a organização e limitação do poder estatal, implementando-se o princípio liberal; a terceira, a garantia das condições básicas para uma existência digna do homem, construindo-se o princípio da socialidade. Esses três vetores constitucionais atuam coordenadamente para a construção do Estado constitucional e social, quando adequado a seu referencial, qual seja, a sociedade.

A partir desse estágio doutrinário, a questão da normatividade da Constituição e especialmente de sua efetividade tornou-se o ponto fulcral do debate constitucional, objetivando-se a garantia da “força normativa da Constituição” na feliz expressão de Konrad Hesse. Em excerto lapidar, o referido autor enuncia o intrínseco relacionamento da Constituição ao substrato da realidade social (1991, p. 18):

A força vital e a eficácia da Constituição assenta-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.

Essa perspectiva propiciou uma mudança de paradigmas na prática constitucional, gerando um grande impulso à hermenêutica constitucional, ao papel dos valores - inseridos na categoria normativa dos princípios - e a primazia do Poder Judiciário na interpretação das normas constitucionais. A crítica acerca da existência de normas constitucionais programáticas, que encerrariam um projeto político futuro, foi substituída pela desconfiança do legislador em relação à sua capacidade de concretização dos valores constitucionais. Criou-se, assim, a Constituição dirigente como proposta político-jurídica de extirpar-se a discricionariedade legislativa (BERCOVICI, 2003, p. 117).

O caminho trilhado pela teoria constitucional retirou a alma política da Constituição, premissa que se buscava na aurora teórica sobre a materialidade das normas constitucionais. O exclusivismo constitucional na definição dos valores de uma sociedade e a supremacia judiciária na interpretação das normas constitucionais ensejou a ruptura entre a Constituição e a sociedade, eclipsando as funções do Poder Executivo e Legislativo.

Assim, a teoria constitucional apresenta uma crise sistêmica, pois seus pressupostos a afastam da política e impedem o debate político e a participação de atores sociais na construção do texto constitucional. Com Paulo Bonavides (2011, p. 194), a crise constituinte revela-se na fragilidade dos mecanismos econômicos, a inadequação do sistema político e da ordem jurídica para o atendimento de necessidades básicas de ordem social, as quais permanecem insatisfeitas ou postergadas. Portanto, o foco atual reside nas formas de se superar uma crise da Constituição já fartamente constatada. A proposta de resgate da Teoria do Estado para a efetiva discussão do papel do Estado na realidade social e na sua capacidade de definição e implantação de políticas públicas é um passo fundamental.

A partir dessa tomada de consciência, é possível identificar que as funções do Estado social estão precisamente conectadas com dois elementos da sociedade moderna: uma função de equilíbrio, isto é, a promoção de políticas solidaristas através de mecanismos redistributivos, de modo a assegurar a inclusão de pessoas marginalizadas pelo sistema socioeconômico criado pela ordem capitalista; uma função de estabilização, ou seja, a garantia da autonomia privada que permita a cada um realizar seu projeto próprio de vida, desde que observadas as balizas inerentes à garantia da socialidade.

2.3 LEGITIMIDADE DO ESTADO SOCIAL: AXIOLOGIA CONSTITUCIONAL E DESEMPENHO DE SUAS FUNÇÕES

A partir da função de equilíbrio e estabilizadora do Estado social, é possível extrairmos que a sua legitimidade necessariamente se conecta a um sistema de valores. Mas, numa primeira aproximação, qual o significado comum da palavra legitimidade? O objetivo é uma avaliação semântica da palavra, com vistas à identificação de sua conotação.¹⁹⁹ Assim,

¹⁹⁹ A semiótica, entendida como a ciência do processo de comunicação, pode ser desmembrada em três vertentes de conhecimento: a sintaxe, a semântica e a pragmática. A sintaxe tem por objeto os signos linguísticos, sua construção e ordenação morfológica; a semântica busca apreender a construção do significado, isto é, avalia a relação dos signos linguísticos com os objetos referidos; já a pragmática enfoca a relação entre os signos e as pessoas estão inseridas no processo de comunicação. Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação: Subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

de pronto, ao se pensar em legitimidade imagina-se uma conduta, ação ou situação que se justifica por alguma regra, norma, tradição ou costume existente e conhecido.

Perquirindo-se o significado de legitimidade, encontramos as seguintes definições substanciais: legitimidade como legalidade, legitimidade como justiça e legitimidade como racionalidade.²⁰⁰ Essa constatação propicia uma primeira conclusão: o sentido da palavra legitimidade está evidentemente vinculado ao pensamento hegemônico vigente em determinado momento histórico. Daí que a associação entre legitimidade e legalidade, decorre de uma concepção positivista de submissão do poder aos limites do direito estatal, o que é perceptível na obra de Max Weber; já o significado de legitimidade como adequado à razão, encontra esteio na doutrina jusnaturalista do século XVIII, que justifica o direito através de um elemento externo metafísico – a razão, da qual são extraídos princípios absolutos e imutáveis que conferem validade ao direito positivo;²⁰¹ por fim, o relacionamento semântico de legitimidade com a justiça encontra eco nas teorias axiológicas do direito,²⁰² que adquiriram maior evidência a partir do pós-positivismo e neo-constitucionalismo, inerente a um paradigma constitucionalista.²⁰³

²⁰⁰ Cf. CALDAS AULETE. **Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa**. 5ª ed., rev. por Hamílcar de Garcia. Rio de Janeiro: Delta, 1987.

²⁰¹ Segundo Atienza (2001, p. 295), o século XX assistiu ao surgimento de diversos tipos de jusnaturalismo, especialmente em virtude das consequências da 2ª Guerra Mundial. De acordo com o jurista espanhol: “[...] depois da segunda guerra mundial (sobretudo, como consequência da experiência do nazismo) se falou inclusive de um ‘renascimento do Direito natural’, representado por uma série de autores que sublinharam a necessidade de entender o Direito como algo mais que a simples manifestação da vontade política (ao positivismo jurídico foi acusado de servir de veículo do totalitarismo político) e postularam a existência de um Direito ‘supralegal’ que fixara limites à ação do legislador e dos governantes. Pois bem, esses limites não trataram de extrair, em geral, de um Direito natural transcendente e absoluto, senão da ‘natureza da coisa’, isto é, a partir de uma noção não fácil de precisar, mas que supõe – ou não supõe necessariamente – uma realidade transcendente, senão que, mais bem leva a falar de um Direito natural ‘histórico’, ‘de conteúdo variável’, etc.” (tradução nossa). No original: “[...] después de la segunda guerra mundial (sobre todo, como consecuencia de la experiencia del nazismo) se habló incluso de un ‘renacimiento del Derecho natural’, representado por una serie de autores que subrayaron la necesidad de entender el Derecho como algo más que la simple manifestación de la voluntad política (al positivismo jurídico se le acusó de servir de vehículo del totalitarismo político) y postularon la existencia de un Derecho ‘supralegal’ que fijara límites a la acción del legislador y de los gobernantes. Ahora bien, esos límites no se trataron de extraer, en general, de un Derecho natural transcendente y absoluto, sino de la ‘naturaleza de la cosa’, esto es, a partir de una noción no fácil de precisar, pero que no supone – o no supone necesariamente – una realidad transcendente, sino que, más bien lleva a hablar de un Derecho natural ‘histórico’, ‘de contenido variable’, etc.”.

²⁰² Essa perspectiva parece ser a de Ricardo Lobo Torres (2005, p. 209), que assevera: “*A legitimidade do Estado moderno tem que ser vista sobretudo a partir do equilíbrio e harmonia entre valores e princípios jurídicos afirmados por consenso*. A aceitação da norma e a obediência ao seu comando, que afinal de contas sintetizam a própria legitimidade, resultam de acordo social a respeito da sua adequação a valores éticos e princípios de direito em permanente interação” (grifos no original).

²⁰³ O paradigma constitucionalista não apresenta uma teorização uniforme, assumindo um ecletismo evidente. Todavia, na linha de Atienza (2001, p. 309), os pós-positivismo e os neo-constitucionalistas procuram analisar o direito, e também sua legitimidade, a partir da compreensão dos Estados constitucionais. Assim, essa corrente ampla apresentaria os seguintes traços distintivos: a) a importância dada aos princípios como elemento normativo aberto a valores; b) a adoção da perspectiva funcional das normas, que são separadas entre princípios e regras; c) a ideia de que o direito revela-se através de uma prática social complexa, que

Desta forma, ultrapassando o sentido comum da linguagem natural para o sentido técnico da linguagem científica, o significado de legitimidade adquire relevância para a justificação ou fundamentação de alguma coisa perante alguém. Pode ser a legitimidade do poder,²⁰⁴ a legitimidade da ordem jurídica ou a legitimidade do Estado. De outro lado, a legitimidade não se confunde com a legitimação, que se revela no efeito inerente a determinado instrumento ou ação realizada segundo os elementos, condições ou critérios de legitimidade.

Conciliando-se estas premissas com o vetor racional adotado na presente exposição, entendemos ser válida a utilização do termo legitimidade em relação aos modelos tipológicos estruturais de Estado, bem como aos modelos tipológicos funcionais de Estado. Para o primeiro grupo, que dissemos tratar-se do Estado de direito e do Estado constitucional, a legitimidade advém do exercício do poder segundo a estrutura institucional inerente a cada um dos dois tipos. Em relação ao segundo grupo, que envolve o Estado liberal e o Estado social, a legitimidade relaciona-se ao desempenho de suas atividades funcionais, isto é, numa perspectiva contemporânea, o Estado se legitima mediante o regular desenvolvimento de suas atribuições plasmadas e impostas pela Constituição. Nesta senda, os instrumentos adotados para a realização dessas funções conferem legitimação ao próprio modelo estatal adotado²⁰⁵.

Todavia, a discussão sobre a legitimidade do Estado tem se vinculado à questão do poder, mais especificamente a justificação do seu exercício. De fato, historicamente a legitimidade do poder se associou a argumentos tradicionais (representatividade social na Grécia clássica), sacros (poder divino dos reis), metafísicos (exercício da razão iluminista dos déspotas esclarecidos) ou jurídicos. Teórico constantemente invocado sobre o tema da

envolve o influxo das normas, procedimentos, valores, ações e agentes; d) a interpretação não é vista apenas como a enunciação dos preceitos normativos (a ideia de uma *mens legis*), mas um processo de extração de sentido e compatibilização das normas ao direito total; e) a concepção de que a ciência do direito não se reduz a discursos meramente descritos, assumindo um caráter pragmático; f) superação de uma concepção de validade apenas em termos formais, admitindo também o seu fundamento material; g) a concepção de que o juiz não é apenas “la bouche de la loi”, mas um construtor do sentido da lei através da exegese dos princípios constitucionais; h) admissibilidade de uma concepção integrada entre direito e moral; i) a tendência de uma reflexão interdisciplinar no âmbito das ciências sociais; j) a ideia de que a razão jurídica não é apenas uma razão instrumental, mas uma razão prática; l) a importância da razão jurídica como característica essencial de uma sociedade democrática; m) a consideração de que o direito não é apenas um instrumento de efetivação de objetivos sociais, mas, também, incorpora valores morais e esses valores não pertencem a uma determinada moral social.

²⁰⁴ Sobre o relacionamento entre poder e legitimidade, cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. **O Problema da Legitimidade: No Rastro do Pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

²⁰⁵ Utilizamos o termo instrumento em sentido bastante abrangente, de modo que pode compreender políticas públicas; normas jurídicas que encerram proibições, permissões ou obrigações, de caráter geral ou particular e abstrato ou concreto; ações governamentais específicas, tais como programas de trabalho, programas de metas, etc.

legitimidade do poder, Max Weber (2009a) construiu um sistema de conceitos inter-referentes de ordem e dominação para, a partir desses fundamentos teóricos, chegar ao conceito de legitimidade.

Primeiramente, Weber (2009a, p. 20/21) inicia a análise da legitimidade a partir de sua conexão com o conceito de ordem. A ordem é legítima quando a sua observância pelos respectivos participantes decorre de uma atitude interna relacionada a vínculos afetivos, racionais referentes a valores ou religiosos; ainda, a legitimidade pode ocorrer de expectativas externas ao participante, associadas a interesses próprios, e nessa hipótese fundar-se numa convenção ou no direito. A ordem fundada numa convenção (a moral, p. ex.) torna-se legítima a partir da reprovabilidade dos comportamentos dissonantes, satisfazendo-se as expectativas de seus participantes. Já a ordem fundada no direito torna-se legítima quando a conduta desviante é sancionada, de modo que mera probabilidade de coação (física ou psíquica) assegura-lhe o sentimento de respeitabilidade e prestígio. Ademais, Weber (2009a) assevera que a vigência de uma ordem legítima fundada no direito ocorre em virtude de um acordo firmado entre os participantes ou por força de uma relação de dominação através da qual há a imposição da ordem e a consequente submissão dos subjugados.

Além de trabalhar a conexão da legitimidade à ordem, Weber (2009a) também se dedica ao exame da legitimidade da dominação, ou seja, a correlação entre o exercício da autoridade e o acatamento subserviente. Para Weber (2009a, p. 139) todo tipo de dominação busca “despertar e cultivar a crença em sua ‘legitimidade’”, tornando-se passível de identificação os tipos de dominação em relação às respectivas aspirações de legitimidade. Assim, existiriam três tipos puros de dominação legítima: a) a dominação legal baseada numa legitimidade de caráter racional, pressupondo uma competência jurídica para o exercício da autoridade; b) a dominação tradicional fundada numa legitimidade tradicional, através da qual a autoridade é invocada pelas tradições imemoriais de uma comunidade; c) a dominação carismática amparada na legitimidade carismática, que se constitui na autoridade angariada por pessoa dotada de atributos excepcionais e que geram veneração extraordinária daqueles que se submetem a sua autoridade.

A partir dessas categorias ideais, a dominação legal adquire uma vigência legítima a partir das seguintes condições conjugadas: a estatuição do direito mediante um modo

racional (que pode ser racional em relação a fins ou em relação a valores),²⁰⁶ com pretensões de ser observado por todos aqueles que estão em determinado território e sob os auspícios de determinada ordem associativa; a generalidade e abstração do direito como conjunto de regras criadas com determinadas intenções; a emanção de ordens pela autoridade em caráter impessoal, ensejando a crença de que a sua observância se faz em virtude do direito e pelo fato de ser membro da associação. Desse sistema conceitual, Weber (2009a) indica as categorias fundamentais da dominação racional:

1. um exercício contínuo, vinculada a determinadas regras, de funções oficiais dentro de 2. determinada *competência*, o que significa: a) um âmbito objetivamente limitado, em virtude da distribuição dos serviços, de serviços obrigatórios, b) com atribuição dos poderes de mando eventualmente requeridos e c) limitação fixa dos meios coercivos eventualmente admissíveis e das condições de sua aplicação. [...] A essas categorias se junta 3. o princípio da *hierarquia oficial*, isto é, de organização de instâncias fixas de controle e supervisão para cada autoridade institucional, com o direito de apelação ou reclamação das subordinadas às superiores. [...] 4. as ‘regras’ segundo as quais procede podem ser: a) regras técnicas; b) normas (grifos no original).

Com base nessas premissas, Weber (2009, p. 23) extrai uma correspondência entre legitimidade e legalidade. Em suas palavras: “A forma de legitimidade hoje mais corrente é a crença na legalidade: a submissão a estatutos estabelecidos pelo procedimento habitual e formalmente correto”. Percebe-se, com Goyard-Fabre (2002, p. 281) que a concepção de legitimidade indicada por Weber associa-se ao fetiche legalista do século XVIII, inerente à teorização do Estado de direito. Nessa perspectiva:

A legalidade seria assim, segundo a exigência lógica da racionalidade, o modelo moderno da legitimidade. Na doutrina, o ‘positivismo jurídico’ proporcionaria sua expressão mais brilhante, na qual a legitimidade não só se confunde com o formalismo da regularidade jurídica, mas decorre de uma postulação técnico-racional que se crê segura de sua ‘neutralidade axiológica’.

Esse é o problema de uma legitimidade pautada apenas na legalidade positivista. A legitimidade necessariamente deve estar calcada em uma racionalidade material, isto é, uma racionalidade amparada por imperativos éticos. A associação da legitimidade a preceitos morais transforma o parâmetro de justificação para o exercício do poder: além do caráter

²⁰⁶ Aqui, Weber reporta-se às categorias determinantes da ação social: “A ação social, como toda ação, pode ser determinada: 1) *de modo racional referente a fins*: por expectativas quanto ao comportamento de objetos do mundo exterior e outras pessoas, utilizando essas expectativas como ‘condições’ ou ‘meios’ para alcançar fins próprios, ponderados e perseguidos racionalmente, como sucesso; 2) *de modo racional referente a valores*: pela crença consciente no valor – ético, estético, religioso ou qualquer que seja sua representação – absoluto e *inerente* a determinado comportamento como tal, independentemente do resultado; 3) *de modo afetivo*, especialmente *emocional*: por afetos ou estados emocionais atuais; 4) *de modo tradicional*: por costume arraigado.(grifos no original)”

formal de adequação às leis, isto é, a legalidade, há a exigência de demonstração e divulgação das razões pelas quais o poder está sendo exercido daquela maneira.

Partindo desse mesmo ponto de inflexão, Habermas (2003b, p.197) esclarece que a concepção formalista de Weber, que pressupõe uma neutralidade moral, faz com que o sistema jurídico dependa de três variáveis: primeiro, a racionalidade científica dos especialistas; segundo, uma ordem normativa integrada por leis públicas, abstratas e gerais que assegurem autonomia privada para a persecução racional de interesses subjetivos; terceiro, institucionalização de processos de intelecção e implementação dessas normas, conferindo calculabilidade e previsibilidade aos particulares no desempenho de seus negócios privados.

Não obstante, ainda com Habermas (2003b), a concepção de Weber não detinha ressonância na realidade prática, pois as ordens jurídicas pautadas no legalismo formal eram amplamente consideradas como ilegítimas por diversos setores da sociedade, uma vez que privilegiavam o interesse de grupos determinados, no caso, a classe burguesa. Por isso, Habermas (2003b, p. 200/201) acertadamente conclui:

Em síntese, podemos constatar que as qualidades formais do direito, pesquisadas por Weber, sob condições sociais especiais, só poderiam ter garantido a legitimidade da legalidade na medida em que se tivessem comprovado como ‘racionais’ num sentido prático moral. Weber não reconheceu esse núcleo moral do direito formal burguês enquanto tal, porque ele sempre entendeu as idéias morais como orientações valorativas subjetivas; os valores eram tidos como conteúdos não racionalizáveis, inconciliáveis com o caráter formal do direito. Ele não fez distinção entre valores que, no interior de determinadas tradições e formas culturais de vida, se *recomendam* como mais importantes que outros valores, e a validade deontológica de normas que obrigam indistintamente todos os destinatários. Ele não introduziu uma linha demarcatória entre os variados conteúdos valorativos concorrentes e o aspecto formal da obrigatoriedade ou validade de normas, a qual não varia com o conteúdo das normas. Numa palavra, ele não levou a sério o formalismo ético (grifos no original).

Assim, apenas a adequação formal à lei não legitima o exercício do poder. É preciso mais do que isso. A legitimidade, para além da exigência da legalidade, somente se conforma quando há publicidade e transparência dos atos do poder, moralidade e razoabilidade no conteúdo e, por fim, compatibilidade ao sistema de direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Desta forma, “a legitimidade não significa a dissolução do poder público em um sistema de aprovação genérica” (KRIELE, 2009, p. 54). Ao situar a legitimidade nas questões morais de justificação, há uma importante cisão no conceito originalmente atrelado ao positivismo legalista. A legitimidade deixa de estar conectada a uma ordem jurídica na

qual o poder é a representação final da coação, da violência e da repressão. A identificação de legalidade e legitimidade implica na aceitação passiva do uso da violência pelo Estado, uma vez que se trata da face mais representativa do poder.

Certamente essa posição não encontra a mínima ressonância na doutrina contemporânea. Já foi objeto de debate no presente estudo a alteração de uma perspectiva repressora da ordem estatal para um viés promocional.²⁰⁷ Conforme assevera Bobbio (2007, p. 105), a legitimidade convalida dois modos diversos de observação dos problemas sociais: a função da ordem estatal na ótica de instrumento de governo para as autoridades (*ex parte principis*); e sua função como instrumento de proteção, garantia, libertação, promoção e bem-estar dos membros da sociedade (*ex parte populi*).²⁰⁸

Portanto, a perspectiva funcional do direito imputa um critério teleológico ao Estado, de modo que as atividades por ele desenvolvidas adquirem uma referência finalística. Desde o advento das constituições posteriores à segunda guerra mundial, o sistema jurídico abdicou da pureza apregoada pelo positivismo e formalismo jurídicos, assumindo a abertura a um sistema de valores, ou seja, imperativos éticos que vinculam o Estado (na condição de titular do poder) e os indivíduos no desenvolvimento de suas atividades cotidianas.

Desta forma, é inconcebível racionalizar a legitimidade apenas no que se refere ao exercício do poder. Mais incisivamente, torna-se necessária a justificação da atividade estatal frente aos imperativos éticos estampados na própria Constituição, o que significa, evidentemente, a garantia dos direitos de liberdade (direitos de proteção) e a promoção e concretização dos direitos de igualdade e bem-estar (direitos a uma prestação).²⁰⁹

A legitimidade do Estado é extraída da própria Constituição, que conforma sua estrutura e suas funções segundo normas de caráter jusfundamental. Assim, partindo-se da concepção mista ou procedimental-material da Constituição, devidamente exposta por Robert Alexy (1993), conclui-se pela existência de uma reserva material para as normas

²⁰⁷ Cf. Tópico 1.3.

²⁰⁸ Numa visão cratológica, mas avaliada sob os influxos da democracia, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005, p. 271) indica que a legitimidade se subdivide em três categorias: a legitimidade originária, que se refere ao título para o exercício do poder; a legitimidade corrente, indicativa do próprio exercício do poder; e a legitimidade finalística, concernente ao resultado do exercício do poder. A partir dessa divisão analítica, Moreira Neto indica três instrumentos de legitimação: “1º) os institutos de legitimação pela *participação* dos indivíduos e órgãos da sociedade nos processos do poder, antes praticamente monopolizados pelos órgãos do Estado; 2º) os institutos de legitimação pela *processualização* aberta das decisões e dos controles das decisões; e 3º) quiçá com maior impacto sobre as relações entre sociedade e Estado, os institutos de legitimação pelo *resultado* do exercício do poder estatal, aferido segundo regras derivadas do *princípio da eficiência*” (grifos no original).

²⁰⁹ Cf. Alexy (1993).

jurídicas, isto é, a Constituição estabelece os conteúdos mínimos, necessários e possíveis do sistema jurídico.

As normas jurídicas possuem uma fundamentalidade material, além da fundamentalidade formal,²¹⁰ indicando os limites decisórios para a fixação da estrutura básica do Estado e da sociedade e, além disso, a orientação funcional do Estado a respeito dos efeitos vertical e horizontal do sistema de direitos fundamentais. Observe-se a exposição de Alexy (1993, p. 505):

A Constituição da Lei Fundamental não tem um caráter nem puramente material nem puramente procedimental senão *misto material-procedimental*. Entre seus elementos materiais se contam, além das normas jusfundamentais, a determinação dos fins do Estado; o núcleo de sua parte procedimental está constituído pelas normas sobre o procedimento legislativo. O fato de que numa Constituição estejam reciprocamente vinculados elementos procedimentais e materiais tem grandes consequências para o sistema jurídico em sua totalidade. Significa que, além dos conteúdos do sistema jurídico que desde o ponto de vista da Constituição são meramente *possíveis*, existem alguns conteúdos que são constitucionalmente *necessários* e outros que são *impossíveis*. O fato de que as normas jusfundamentais determinem os conteúdos constitucionalmente necessários e impossíveis, constitui o núcleo de sua fundamentalidade formal. A fundamentalidade formal se soma à *fundamentalidade material*. Os direitos fundamentais e as normas jusfundamentais são materialmente fundamentais porque com elas se tomam decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Isto vale independentemente do fato de quão grande seja o conteúdo que se lhes dê (tradução nossa).²¹¹

Diante da exigência de justificação do Estado e de fundamentação para o exercício de suas funções, é possível asseverar que a legitimidade do Estado social reside no efetivo cumprimento de sua função promocional, o que passa pela observância dos seguintes princípios enunciados por Atienza (2001, p. 223): o princípio das necessidades básicas ou mínimo existencial, que impõem ao Estado a atribuição de assegurar as condições essenciais de subsistência ao indivíduos, resguardando-se sua dignidade; o princípio da cooperação, através do qual se estabelece a premissa de que o progresso social passa pelo mútua

²¹⁰ A fundamentalidade formal indica a preponderância hierárquica das normas jusfundamentais no sistema jurídico, vinculando tanto a legislação, como as atividades executivas e jurisdicionais dos poderes do Estado. Cf. Alexy (1993, p. 503).

²¹¹ No original: “La Constitución de la Ley Fundamental no tiene un carácter ni puramente material ni puramente procedimental sino *mixto material-procedimental*. Entre sus elementos materiales se cuentan, a más de las normas iusfundamentales, la determinación de los fines del Estado; el núcleo de su parte procedimental está constituido por las normas sobre el procedimiento legislativo. El hecho de que en una Constitución estén reciprocamente vinculados elementos procedimentales y materiales tiene grandes consecuencias para el sistema jurídico en su totalidad. Significa que, a más de los contenidos del sistema jurídico que desde el punto de vista de la Constitución son meramente *posibles*, existen unos contenidos que son constitucionalmente *necesarios* y otros que son *imposibles*. El hecho de que las normas iusfundamentales determinen los contenidos constitucionalmente necesarios e imposibles, constituye el núcleo de su fundamentalidad formal. A la fundamentalidad formal se suma la *fundamentalidad material*. Los derechos fundamentales y las normas iusfundamentales son materialmente fundamentales porque con ellas se toman decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad. Esto vale independientemente del hecho de cuán grande sea el contenido que se les dé”.

colaboração entre os indivíduos e as instituições estatais; e o princípio da solidariedade, que afirma que o progresso técnico e econômico da sociedade deve ser acompanhado de um desenvolvimento social, ensejando um benefício comum a todos, apesar da admissibilidade de graus diferenciados de fruição segundo as capacidades individuais.

Por isso, afirmamos que a legitimidade do Estado social somente ocorrerá mediante o regular desempenho de suas atribuições constitucionais, que envolvem a efetiva concretização e garantia dos direitos fundamentais. Nesta ordem de ideias, a extrafiscalidade torna-se importante instrumento de legitimação do próprio Estado social.

CAPÍTULO 3 A CONSTRUÇÃO DO ESTADO SOCIAL BRASILEIRO NO CONTEXTO DA TRANSIÇÃO ENTRE O PRÉ-MODERNO, O MODERNO E O PÓS-MODERNO: LEGITIMAÇÃO E JUSTIÇA SOCIAL

A definição da tributação, especificamente, depende da interpretação econômica tanto da autonomia individual quanto da responsabilidade interpessoal – os dois grandes pólos do problema da legitimidade política e da justiça. Quais são os deveres que temos para com nossos concidadãos e que aspectos de nossa vida devem permanecer livres do controle coletivo? São esses valores, associados a determinados pressupostos factuais, que devem ser invocados como justificativa de uma estrutura tributária e do sistema global de direitos de propriedade do qual aquela é uma parte inextrincável (MURPHY, NAGEL, 2005, p. 98).

Um governo legítimo deve tratar todos aqueles sobre os quais ele reivindica domínio não apenas com uma medida de consideração, mas com igual consideração. Eu quero dizer que ele deve agir como se o impacto de suas políticas sobre a vida de qualquer cidadão é igualmente importante. Nesse aspecto, a legitimidade política não é uma questão de tudo-ou-nada, mas uma questão de grau (DWORKIN, 2008, p. 97, tradução nossa)²¹²

As formas superiores da sociedade devem ser um contorno congênito a ela e dela inseparável: emergem continuamente das suas necessidades específicas e jamais das escolhas caprichosas. Há, porém, um demônio perverso e pretensioso, que se ocupa em obscurecer aos nossos olhos estas verdades singelas. Inspirados por ele, os homens se vêem diversos do que são e criam novas preferências e repugnâncias. É raro que sejam boas (HOLANDA, 2011, p. 188).

Nos capítulos antecedentes, duas preocupações conduziram a presente pesquisa e sua exposição: a primeira, referente ao paradigma científico atual e as perspectivas de mudança social através do direito, indicou que a dogmática formalista e positivista do direito

²¹² No original: “A legitimate government must treat all those over whom it claims dominion not just with measure of concern but with *equal* concern. I mean that it must act as if the impact of its policies on the life of any citizen is equally important. On this account political legitimacy is not an all-or-nothing matter but a matter of degree”.

tributário, essencialmente centrado na análise estrutural da norma tributária, impede a avaliação do viés funcional do tributo e, conseqüentemente, a realização de propostas transformadoras; a segunda, diretamente vinculada à configuração do Estado na atualidade, buscou delimitar a legitimidade do Estado social, concluindo por sua vinculação à pauta axiológica da Constituição e, principalmente, a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais. A partir dessas premissas, o objetivo do presente estudo se circunscreve a uma tentativa de relacionar o Estado social brasileiro a uma concepção comunitarista de justiça e, por fim, a uma perspectiva funcional da tributação.

Para tanto, consideramos a extrafiscalidade não apenas como um efeito secundário da atividade tributária, mas, sim, como a perspectiva funcional do tributo e elemento de legitimação do Estado social. Isto é, o tributo assume a característica de instrumento de transformação social, adquirindo uma funcionalidade especificamente conectada à eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais. Ademais disso, o uso deliberado dos instrumentos tributários associados a uma política fiscal pautada pelos princípios do mínimo existencial, cooperação e solidariedade indica a convergência da extrafiscalidade à concepção de justiça redistributiva inerente ao Estado social.²¹³

No tópico anterior, procuramos demonstrar que a legitimidade do Estado social reside na concretização dos direitos fundamentais descritos na Constituição, o que decorre da eficácia vertical das normas jusfundamentais.²¹⁴ Essa vinculação impõe aos poderes públicos, no desempenho de suas atividades legislativa, executiva e judiciária, o dever de respeitar (âmbito de proteção) e promover (âmbito de promoção) os direitos fundamentais. Assim, acolhendo as linhas diretivas de Ingo Sarlet (2004, p. 353/362), a eficácia vertical dos direitos fundamentais implica uma dupla significação: sob um aspecto formal ou institucional, os agentes públicos que estejam no exercício de funções estatais de poder se encontram obrigados pelos direitos fundamentais; já em uma perspectiva material e

²¹³ Cf. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Atual. por Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

²¹⁴ Essa constatação, um tanto quanto lógica, é evidenciada por Alexy (1993, p. 506): “Para a questão acerca de como influem no sistema jurídico as normas jusfundamentais haveria uma resposta simples se sua influência se limitasse à relação Estado/cidadão. Nesse caso, a resposta poderia reduzir-se, no essencial, a dizer que as normas jusfundamentais influem no sistema jurídico ao estabelecer, sob a forma de direitos subjetivos frente aos poderes legislativo, executivo e judicial, estipulações que afetam as relações entre Estado e os cidadãos”. (tradução nossa). No original: “Para la cuestión acerca de cómo influyen en el sistema jurídico las normas iusfundamentales habría una respuesta simple si su influencia se limitara a la relación Estado/ciudadano. En ese caso, la respuesta podría reducir-se, en lo esencial, a decir que las normas iusfundamentales influyen en el sistema jurídico al establecer, bajo la forma de derechos subjetivos frente a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, estipulaciones que afectan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos”.

funcional, todas as funções (atividades) exercidas pelos órgãos estatais devem ter por direção e baliza os mesmos direitos fundamentais.

Ademais, os direitos fundamentais possuem uma eficácia horizontal perante terceiros, o que significa afirmar que nas relações cidadão-cidadão há a interveniência natural das normas jusfundamentais insertas no sistema. Essa eficácia horizontal atua exatamente no modelo tipológico funcional do Estado social, consoante bem ressalta Sarlet (2004, p. 365):

[...] no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas.

O desenvolvimento doutrinário da eficácia horizontal dos direitos fundamentais normalmente conduz à discussão teórica sobre sua aplicabilidade direta ou indireta. Em breve síntese, os estudiosos que defendem a aplicação direta asseveram que os direitos fundamentais vinculam os particulares no desenvolvimento de suas relações privadas independentemente de mediação legislativa. Isto é, a jusfundamentalidade das normas constitucionais irradiam seus efeitos diretamente às relações privadas, sem que haja a necessidade de intervenção pelo Estado no sentido de criação de normas regulamentadoras.

Já a tese da aplicabilidade indireta, posta seu entendimento exatamente na necessidade de uma mediação entre as normas constitucionais e a prática social dos particulares por leis infraconstitucionais. Apesar dos argumentos favoráveis em prol de ambas as posições, concebemos que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais necessariamente pressupõe a sua aplicabilidade direta, pois sua abertura axiológica impõe uma vinculação imediata e objetiva dos particulares à ordem jurídica por eles consentida.²¹⁵

A partir dessas constatações, torna-se viável uma aproximação da teoria dos direitos fundamentais com o exercício do poder de tributar pelo Estado. Tal aproximação é inerente à condição legitimadora do Estado social pelos direitos fundamentais, de modo que o exercício da tributação está pautado pela sua proteção e promoção.

Daí que, na ótica de uma relação Estado-cidadão, o tributo naturalmente propicia uma restrição consentida à sua esfera individual, seja no aspecto da liberdade, seja pela ótica

²¹⁵ Aliás, a Constituição da República de 1988 indica a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais em seu art. 5º, § 1º, que dispõe expressamente: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

da propriedade, em prol do desenvolvimento de diversos direitos fundamentais de caráter protetivo ou promocional.²¹⁶

Já no âmbito da relação cidadão-cidadão, o sistema de direitos fundamentais exige a efetiva participação do cidadão-contribuinte, ensejando uma vinculação jusfundamental entre todos os cidadãos no sentido de cooperarem mutuamente para a implantação dos direitos fundamentais e, mais do que isso, constantemente exercerem a mútua fiscalização no cumprimento das obrigações fiscais e na adequada aplicação dos recursos arrecadados pelo Estado na efetivação dos direitos fundamentais.

Somente a partir da compreensão de que os direitos fundamentais vinculam os cidadãos mutuamente no financiamento desse sistema, torna-se efetivamente compreensível a junção do modelo tipológico estrutural do Estado constitucional com o modelo tipológico funcional do Estado social através da soldagem implementada pelo processo democrático. Se assim o é, uma eficácia ampla dos direitos fundamentais demanda a efetiva contribuição ao financiamento das atividades estatais conducentes à sua proteção ou promoção.

Realmente, a repartição do ônus tributário integra os elementos fundamentais do pacto constituinte da organização política da qual todos estão insertos, independentemente de sua vontade. Essa divisão igualitária entre os cidadãos para o financiamento do Estado pressupõe a necessária capacidade financeira individual, pois, obviamente, alguns se beneficiam mais dessa organização política em termos econômico-sociais do que outros, justificando-se uma diferenciação quantitativa para a manutenção dessa estrutura funcional.

Assim, defendemos que a previsão de direitos fundamentais insere-se no contexto de um pacto fundamental de constituição da organização política que impõe, além da necessidade de observância, proteção e promoção desses direitos, a mútua colaboração financeira entre os pactuantes-cidadãos para prover recursos ao Estado, entidade centralizadora do poder de arrecadá-los e despender-los.

É indubitável que a desejável concretização dos direitos fundamentais, sejam eles de caráter protetivo ou promocional, demandam recursos por parte do Estado. Adicionalmente, há o consectário lógico de que o alargamento das atividades atribuídas ao Estado pela sociedade, enseja, em contrapartida, uma maior demanda de recursos para a respectiva implementação. É ingênuo acreditar no binômio aumento das prestações estatais/redução de carga tributária. Essa equação somente obtém resultado zero na

²¹⁶ Já observamos anteriormente que os direitos de proteção também proporcionam custos ao Estado, de modo que a sociedade também é onerada pela via da tributação com vistas à ocorrência de uma esfera de liberdade privada e de segurança pública.

concepção positivista-formalista da doutrina de direito tributário que não admite a necessária e intrínseca vinculação entre receita e despesa estatal, categorias umbilicalmente ligadas e que exigem um exame teórico conjugado.

Portanto, adotando a premissa de que, na atualidade, a legitimidade do Estado social está calcada nos direitos fundamentais, conclui-se que a sua eficácia pressupõe a atividade estatal e também a cooperação dos particulares. Nessa linha de pensamento, a relação jurídico-política apresenta-se de forma sucessiva e com vetores binários-opostos: há uma vinculação entre o Estado e os cidadãos no sentido de proteção e promoção dos direitos fundamentais, associado às contribuições fiscais obtidas através da atividade tributária junto aos cidadãos; e uma vinculação cidadão-cidadão orientada pela cooperação e fiscalização mútua no financiamento do Estado e no desenvolvimento de suas atividades.

Por isso que o desenvolvimento da autonomia privada deve ser realizado em ordem de compatibilidade com a esfera pública, a exemplo da metáfora adotada por Fernando Scaff (2005, p. 544), anteriormente idealizada por Nelson Saldanha, relativa ao jardim e a praça. De nada adianta o particular possuir um jardim frondoso e bem cuidado no interior da sua casa, protegido por um sistema de direitos de liberdade, e, ao mesmo tempo, presenciar a praça localizada em frente à sua casa em péssimo estado de conservação, com acúmulo de detritos e miseráveis, apresentando-se como o retrato acabado da falência do Estado.

O bem-estar individual somente se concretiza quando acompanhado do bem-estar coletivo. A história é testemunho de conflitos originários da insatisfação com o espaço público, muitas vezes associada à frustração de expectativas sociais frente à profunda discrepância entre aquele e o âmbito privado. O jardim e a praça devem ser ambos frondosos e bem conservados. Essa situação é precisamente retratada por Scaff (2005, p. 547/548) em relação ao direito tributário e ao direito financeiro:

O estudo do Direito Tributário contemporâneo ainda se encontra nessa fase tipicamente iluminista, na crença de que o Estado é mau e o indivíduo é bom. É um entendimento fundamentalmente liberal, na qual se crê que tudo deve ser dado ao indivíduo, e que cada centavo retirado do bolso do cidadão será mal aplicado pelo Estado. Fazemos uma aposta: leia dez trabalhos de tributaristas contemporâneos e em pelo menos sete deles será encontrada a expressão *devemos conter a sanha arrecadatória do Estado* ou sua equivalente. Já o Direito Financeiro é aquela área do Direito em que se discutem coisas intangíveis, como *interesse público*, *necessidades públicas* ou a *teoria da escassez de recursos*. É aquela área em que se busca a aplicação dos recursos públicos em prol do bem comum, por meio do manejo dos *princípios da legitimidade e economicidade*, ou seja, de coisas intangíveis, dificilmente mensuráveis, com baixo nível de formalidade e alto grau de subjetividade. O Direito Tributário limita a arrecadação; o Direito Financeiro busca a melhor utilização dos recursos arrecadados em prol do bem comum. Um é vinculado a uma idéia individual, de retirada de dinheiro do bolso privado; o outro é vinculado a uma idéia de bem público, de satisfação das necessidades públicas. [...]

Deve haver uma relação de complementaridade entre esses dois direitos, tal como existe entre o jardim e a praça, entre a esfera pública e a privada. Essa relação há de ser de equilíbrio dinâmico, histórico, com maior intensidade para um ou para outro ao longo do tempo. Não pode haver jardim onde não existe praça e vice-versa. Um não existe sem o outro (grifos no original).

Desta forma, a adequada compreensão do Estado social e, especialmente do Estado social brasileiro, passa, fundamentalmente, pela integração entre receita e despesa, imposição tributária e procedimento de despesa, política tributária e política fiscal. Somente assim se empreenderá uma análise permanentemente construtiva e transformadora do direito, da sociedade e do Estado.

3.1 A SOCIALIDADE DEFICIENTE: IMOBILISMO, PASSIVIDADE E EVOLUÇÃO

Em sua análise sobre o Estado social, Gomes Canotilho (2008, p. 251) indica o princípio da socialidade como seu axioma fundante e estruturante, extraíndo dois efeitos diretos desse postulado: o reconhecimento e garantia dos direitos sociais e a articulação das formas jurídicas e econômicas para assegurar a eficiente atuação interventiva do Estado, seja mediante ação direta ou indireta (regulatória). Portanto, para o constitucionalista português, a socialidade é o resultado da previsão constitucional dos direitos sociais e a respectiva efetivação mediante ação direta do Estado. Tem-se, assim, a associação entre o Estado constitucional e o Estado social para propiciar a eficácia ampla dos direitos sociais.

Obviamente, o significado formulado por Gomes Canotilho é eminentemente técnico-jurídico. Todavia, acreditamos que o exame sobre a construção do Estado social não prescinde de uma avaliação histórica de cada sociedade, pois as instituições e estruturas variam segundo particularismos inerentes à vida comum construída por seus participantes.

De fato, conforme observa Atahualpa Fernandez (2002, p. 87/99), a complexidade de nosso estilo de vida social tornou fundamental a otimização funcional e adaptativa de dispositivos da socialidade, considerando-se suas quatro formas elementares: as relações de comunidade, de igualdade, de proporcionalidade e de domínio hierárquico.

Atahualpa Fernandez (2002, p. 90) descreve a forma comunitária como “o modelo no qual os membros do grupo são equivalentes e indiferenciados em sentido moral”, ensejando um sentimento de pertença grupal e comunhão de interesses e bens bastante evidenciados.²¹⁷ Ademais, a relação comunitária é pautada pelo sentimento de solidariedade

²¹⁷ Max Weber (2009, p. 245) situa as relações comunitárias principalmente no âmbito doméstico. Assim: “Comunidade doméstica, em sua forma ‘pura’ – mas nem sempre ‘primitiva’, como já mencionamos -,

e cooperação, o que se corrobora pelo compartilhamento dos meios de subsistência, independentemente da contribuição individual, e a coletivização da organização produtiva.²¹⁸

Já as relações de domínio hierárquico indicam a existência de vínculos intersubjetivos submetidos a um princípio de autoridade. Assim, aqueles que se encontram em patamares ou estratos sociais superiores fazem jus, ou apregoam um discurso justificador, de que merecem melhores condições de acesso e disposição de bens sociais. Nesse caso, as relações sociais são caracterizadas por privilégios predisponentes a uma desigualação, afetando-se diretamente o sentimento de pertencimento e a dinâmica social solidarista.²¹⁹

O modelo de proporcionalidade refere-se eminentemente às relações de troca e de mercado. Nesse modelo, prevalecem considerações de utilidade e escassez, vinculando-se a uma consideração valorativa formadora dos preços. Trata-se de um modelo surgido a partir da especialização do trabalho humano e da intermediação comercial de mercadorias conducente ao modo de produção capitalista.²²⁰

Por fim, o modelo de igualdade é representado pela nota característica da reciprocidade e equivalência. São relações sociais fundadas num “intercâmbio igualitário” permitindo-se um equilíbrio relacional entre os sujeitos.

Obviamente, esses quatro modelos não regem monopolisticamente as relações humanas em determinada sociedade. Há um plexo multivariado de relações comunitárias,

significa econômica e pessoalmente: solidariedade para fora e comunidade comunista na utilização e no consumo dos bens cotidianos (comunismo doméstico) para dentro, em forma de uma unidade indivisa e baseada numa relação de piedade estritamente pessoal. [...] O princípio do comunismo doméstico, de acordo com o qual não se ‘ajustam as contas’, mas o indivíduo contribui segundo suas forças e usufrui segundo suas necessidades (enquanto há reserva de bens suficientes), sobrevive ainda hoje como peculiaridade essencial da comunidade doméstica de nossa ‘família’, ainda que, na maioria das vezes, como rudimento que se limita ao consumo doméstico”.

²¹⁸ Em Atahualpa Fernandez (2002, p. 90) colhe-se a seguinte observação: “A estrutura de comunidade também se manifesta na manutenção de terras comuns, bem como em uma determinada organização produtiva na qual as pessoas trabalham coletivamente sem que isso implique a designação de um número de tarefas específicas, nem a fixação de responsabilidades diferenciadas”.

²¹⁹ Ressalte-se, todavia, que os estratos hierárquicos superiores podem se portar de forma generosa e responsável para com aqueles que lhes são subordinados. Atahualpa Fernandez indica a religião como modelo ilustrativo de relação hierárquica. A nosso ver, o período do absolutismo medieval na qual a autoridade era exercida por “déspotas esclarecidos”, fruto da concepção humanista, pode ser qualificado prevalentemente como o modelo de autoridade (2002, p. 90/91).

²²⁰ Em Weber (2009, p. 258), o modelo de proporcionalidade historicamente dissolveu os laços comunitários em virtude da diferenciação das capacidades e necessidades, aliada ao incremento quantitativo dos meios econômicos. Numa perspectiva evolutiva, Weber afirma que: “O desenvolvimento histórico, após os tempos primitivos – quando a agricultura era realizada quase sem instrumentos e a acumulação de trabalho era o único meio de intensificar o rendimento -, e após um período de aumento no tamanho das comunidades domésticas teve como consequência o surgimento da aquisição individualizada, que levou à diminuição progressiva desse tamanho até a família de pais e filhos atual, em sua dimensão normal”.

hierárquicas, de proporcionalidade e igualitárias interpoladas no seio de determinada cultura. Isso, fundamentalmente, integra a própria concepção do indivíduo culturalmente inserido. As características relacionais de cada agrupamento humano e as interações dessas quatro formas de relações sociais proporcionam a identidade específica do processo evolutivo social e conformam os traços particulares da socialidade que está na base do Estado social.

Desta forma, já se observa que não há uma cultura ou um direito universal adotado por todas as sociedades, uma vez que, necessariamente, a variabilidade e preeminência desses distintos modelos relacionais apresentam-se indiscutíveis. Desta forma, a socialidade é construída e transmitida continuamente através das gerações, formando, nessa perspectiva, a base cultural de uma sociedade delimitada no tempo e espaço, o que afeta sensivelmente a construção da própria organização política. Com Atahualpa Fernandez (2002, p. 121), pode-se afirmar que:

De fato, se os homens se juntam e vivem em sociedade é porque só por esse modo podem sobreviver e se constituir como indivíduo separado e autônomo, retirando também daí vantagens consideráveis no que toca à satisfação dos fatos mais significativos da sua inata natureza humana. Desenvolvem-se, por esta via, valores sociais específicos: o sentimento de pertença e lealdade para com o grupo e os seus membros; o cuidado pela vida e propriedade alheias; o altruísmo recíproco; a trapaça; a empatia; o respeito recíproco, etc. Tudo isto são práticas que naturalmente ressaltam de uma vida compartilhada, dando mais tarde lugar aos conceitos de justiça, de direito, de dever, de responsabilidade, de liberdade, de dignidade, de culpa, de segurança, de traição e tantos outros. Por conseguinte, e em que pese o fato de que a tendência para a separação entre o material e o espiritual tem levado, todavia, a que se absolutizem alguns valores – desligando-os das suas origens e das razões específicas que os viram nascer e apresentando-os como de essência espiritual, como uma transcendência que ultrapassa o próprio homem -, a ética e o direito parecem ter uma base mais segura quando relacionados a uma visão biologicamente vinculada à nossa arquitetura cognitiva, arregimentada em módulos ou domínios específicos, isto é, à natureza humana unificada e fundamentada na herança.

Portanto, a socialidade é elemento naturalmente diferenciado entre os distintos povos e sociedades da qual integram. Se assim o é, não é possível a defesa de princípios universais ou modelos universais de Estado social. Aliás, essa é precisamente a característica que torna o Estado social um tipo e não um conceito. A flexibilidade e fluidez de suas características proporcionam a persistência do Estado social, apesar das alegadas crises por ele vivenciadas, indicando uma natural evolução e equilíbrio dos módulos relacionais vigentes nas sociedades. Desta forma, é patente que o Estado social adotado nas democracias europeias do segundo pós-guerra não será o mesmo modelo *welfarista* adotado nos Estados Unidos e, principalmente, não se assemelha ao modelo que vem sendo construído no Brasil.

3.1.1. A REVOLUÇÃO PASSIVA BRASILEIRA: TRANSFORMAÇÕES E CONTROLE ELITISTA

A compreensão do Estado social brasileiro passa pela identificação de elementos históricos e sociais herdados e que indicam os seus traços fundamentais. De fato, partindo-se de uma perspectiva sociológica, é possível colher em autores nacionais diversos testemunhos sobre as qualidades e peculiaridades do nosso processo de formação sociocultural. Darcy Ribeiro (1995), retrata a estruturação societária brasileira a partir da confluência da matriz cultural euro-portuguesa, indígena e africana, indicando características essenciais do processo civilizatório, a consciência de ser brasileiro, o processo sociocultural e formação das classes sociais.

Para ele, a formação sociocultural do brasileiro partiu do sistema de parentesco adotado pelos silvícolas, denominado “cunhadismo”.²²¹ Graças a esse sistema, o português invasor era recepcionado pela comunidade indígena como parente a partir do momento em que assumia uma ou várias índias como esposa. A inserção do português na relação comunitária indígena assegurou a colonização de extenso território e, ao mesmo tempo, enfraqueceu o sentimento de pertencimento à tribo, pois os portugueses utilizaram-se do “cunhadismo” como expediente para amealhar subordinados e força de trabalho.

Por outro lado, segundo Darcy Ribeiro (1997, p. 83), “viabilizara-se, porém, uma atividade altamente nociva, a economia mercantil, capaz de operar como agência civilizatória pela intermediação do escambo, trocando artigos europeus pelas mercadorias da terra”. Adicionalmente, os grandes núcleos de parentesco formados por portugueses²²² constituíram-se em ameaça à Coroa portuguesa, propulsionando a modificação do sistema de dominação colonial para a destinação de grandes domínios territoriais a representantes portugueses, as denominadas capitânicas,²²³ de modo que o processo colonizatório pudesse se aperfeiçoar segundo os interesses mercantis da metrópole.

²²¹ Cf. Ribeiro (1997, p. 81).

²²² Darcy Ribeiro (1997, p. 84) relata que o núcleo familiar de João Ramalho constituiu aglomerado “familiar” de aproximadamente 5 mil indígenas. Assevera, ainda, que o português especializou-se na libertação de índios cativos e, também, no seu tráfico como escravos.

²²³ As capitânicas foram o modelo pensado pela metrópole portuguesa como sucessor das feitorias. Raymundo Faoro afirma que a empresa colonizadora já apresentava ineludível caráter capitalista, sendo as capitânicas a sua representação. Nesse sentido: “A colonização não se afasta, neste primeiro lance, de um meio, expediente ou artifício para consolidar as bases comerciais. Não visava a uma transmigração, segundo o modelo futuro da América setentrional e saxônica, mas a reforçar um baluarte contra as investidas ao monopólio das conquistas, só admitidas ao comércio com a metrópole, investidas que aliciavam o indígena e lhe alienavam a obediência aos senhores” (FAORO, 2008, p. 131). Assim, as capitânicas seriam o modelo de povoamento para auxiliar a conquista do território colonial. Para o cumprimento desse objetivo, Faoro (2008, p. 139) esclarece

A ampla miscigenação aliada à exacerbada concentração territorial são os traços indelévels da sociedade brasileira. A partir da formação social e do modo de produção econômico surgido a partir da colonização extrativa e agrário-exportadora,²²⁴ fez-se necessária a introdução do personagem negro como mão-de-obra servil.²²⁵ Tais condições históricas caracterizam, até os dias atuais, uma sociedade pautada por relações sociais de domínio hierárquico e baixa confluência comunitária e de igualdade. É interessante notar que essa profunda segregação defluiria numa estrutura piramidal excessivamente abrangente em sua base e imobilizada pelo controle exercido pelas classes dominantes.²²⁶ Nesse aspecto, Darcy Ribeiro (1997, p. 217) é incisivo:

Enquanto o escravo e o ex-escravo estão condenados à dignidade de lutadores pela liberdade, os senhores e seus descendentes estão condenados, ao contrário, ao opróbrio de lutadores pela manutenção da desigualdade e da opressão. A classe dominante bifurcou sua conduta em dois estilos contrapostos. Um, presidido pela mais viva cordialidade nas relações com seus pares; outro, remarcado pelo descaso no trato com os que lhe são socialmente inferiores. Assim é que na mesma pessoa se pode observar a representação de dois papéis, conforme encarne a etiqueta prescrita do anfitrião hospitaleiro, gentil e generoso diante de um visitante, ou o papel

que: “A capitania seria um estabelecimento militar e econômico, voltado para a defesa externa e para o incremento de atividades capazes de estimular o comércio português. A autoridade pública se constitui, armadura prévia, sempre que haja produtos a exportar e plantações a fixar. O escasso dinheiro do Tesouro inspirou, à custa dos donatários, o domicílio de ‘sentinelas vigilantes’ no litoral brasileiro. As capitanias constituídas na base do sistema político-administrativo do reino, com as adaptações sugeridas pela extensão brasileira, assentavam sobre a *carta de doação* e o *foral*”. Desta forma, a colonização portuguesa tinha por objetivo exclusivo a exploração comercial e a atividade extrativa para impulsionar o comércio português no continente europeu.

²²⁴ Conforme explicita Darcy Ribeiro (1997, p. 84): “No plano econômico, o Brasil é produto da implantação e da interação de quatro ordens de ação empresarial, com distintas funções, variadas formas de recrutamento da mão-de-obra e diferentes graus de rentabilidade. A principal delas, por sua alta eficácia operativa, foi a empresa escravista, dedicada seja à produção do açúcar, seja à mineração de ouro, ambas baseadas na força de trabalho importada da África. A segunda, também de grande êxito, foi a empresa comunitária jesuítica, fundada na mão-de-obra servil dos índios. Embora sucumbisse na competição com a primeira, e nos conflitos com o sistema colonial, também alcançou notável importância e prosperidade. A terceira, de rentabilidade muito menor, inexpressiva como fonte de enriquecimento, mas de alcance social substancialmente maior, foi a multiplicidade de microempresas de produção de gêneros de subsistência e de criação de gado, baseada em diferentes formas de aliciamento de mão-de-obra, que iam de formas espúrias de parceria até a escravização do indígena, crua ou disfarçada”.

²²⁵ Sobre o tráfico negreiro para substanciar o modo de produção baseado no trabalho escravo, Ribeiro (1997, p. 179) pontua as seguintes palavras: “Ao desgarrá-los de suas matrizes, para cruzá-los racialmente e transfigurá-los culturalmente, o que se estava fazendo era gestar a nós brasileiros tal qual fomos e somos em essência. Uma classe dominante de caráter consular-gerencial, socialmente irresponsável, frente a um povo-massa tratado como escravaria, que produz o que não consome e só se exerce culturalmente como uma marginalia, fora da civilização letrada em que está imersa”.

²²⁶ Caio Prado Jr. (1999, p. 29) ratifica essa observação: “Da simplicidade da infraestrutura econômica – a terra, única força produtiva, absorvida pela grande exploração agrícola – deriva a da estrutura social: a reduzida classe de proprietários, e a grande massa que trabalha e produz, explorada e oprimida. Há naturalmente no seio desta massa gradações, que assinalamos. Mas, elas não são contudo bastante profundas para se caracterizarem em situações radicalmente distintas. Trabalhadores escravos ou pseudolivres, proprietários de pequenas glebas mais ou menos dependentes, ou simples rendeiros, todos em linhas gerais se equivalem. Vivem do seu salário, diretamente de suas produções ou do sustento que lhes concede o senhor; suas condições materiais de vida, sua classificação social é praticamente a mesma”.

senhorial, em face de um subordinado. Ambos vividos com uma espontaneidade que só se explica pela conformação bipartida da personalidade.

Em “Raízes do Brasil”, Sérgio Buarque de Holanda (1995) apresenta uma perspectiva tibia do brasileiro. Imputa essa frouxidão ao culto ibérico da personalidade, excessivamente pernicioso às formas de organização que impliquem a solidariedade e a ordenação social. Por isso, Holanda (1995, p. 33) ressalta a falta de coesão em nossa vida social e a mentalidade individualista impermeável à ética fundada no trabalho.²²⁷ Essa objeção personalista é a causa da veneração da relação hierárquica, isto é, a situação de mando e subserviência, o que para os povos ibéricos se revela na obediência cega. Assim, “a vontade de mandar e a disposição para cumprir ordens” (HOLANDA, 1995, p. 39), inerentes a um postulado de disciplina, seriam as causas imediatas para a experiência constante nas colônias ibéricas de totalitarismos, desordens e situações anárquicas.

A centralização do poder e a relação de obediência servil são nódoas inegáveis na construção da sociedade brasileira e da organização estatal, culminando na profunda instabilidade de nossa vida social. Duas consequências podem ser extraídas dessa mentalidade: a implantação do patrimonialismo e da burocracia, com o conseqüente aparelhamento do Estado; e a formação do “homem cordial”.

Essas duas consequências conectam-se à dificuldade do brasileiro, gestado e criado no âmbito da família patriarcal, em compreender a separação fundamental entre o domínio público e o âmbito privado. Essa mescla entre os poderes do patriarca e a gestão da coisa pública fez derivar a concepção do que o Estado é a extensão definitiva do núcleo familiar e, assim, a compreensão de que a atividade política é um assunto particular e “as funções, empregos e benefícios que deles se auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos” (HOLANDA, 1995, p. 143). Por isso, tornam-se consuetudinários naturais no âmbito da sociedade brasileira a formação de estruturas de poder político exercido com hipertrofia privada (a figura do coronel) sobre o poder público (o Estado), ou

²²⁷ Em Holanda (1995, p. 39) observa-se um premente vínculo entre a ética protestante e a capacidade de associação solidarista, indicativo de sua vertente weberiana, conforme atesta Antônio Candido no prefácio à obra consultada. Observe-se, sobre essa questão, a seguinte passagem: “Também se compreende que a carência dessa moral do trabalho se ajustasse a uma reduzida capacidade de organização social. Efetivamente o esforço humilde, anônimo e desinteressado é agente poderoso da solidariedade dos interesses e, como tal, estimula a organização racional dos homens e sustenta a coesão entre eles. Onde prevaleça uma forma qualquer de moral do trabalho dificilmente faltará a ordem e a tranquilidade entre os cidadãos, porque são necessárias, uma e outra, à harmonia dos interesses. O certo é que, entre espanhóis e portugueses, a moral do trabalho representou sempre fruto exótico. Não admira que fossem precárias, nessa gente, as idéias de solidariedade”.

expedientes de apadrinhamento para inserção de indivíduos na administração estatal (nepotismo), amparado na crença patrimonialista da estrutura política.²²⁸

A ausência de uma ordenação impessoal em relação à vida pública e as estruturas de governo são as características essenciais do que Max Weber (2009b, p. 234) denominou estrutura patriarcal de dominação. Em essência, essa dominação fixa-se na figura do chefe de uma comunidade doméstica, que a exerce de modo finalisticamente orientado por critérios objetivos e impessoais e sem qualquer vinculação a determinado conjunto de regras abstratas e gerais.

Não obstante, a partir do momento em que o domínio patriarcal fundado na tradição necessita de uma estrutura descentralizada para a continuidade de sua existência, adotando expedientes distributivos de bens e benefícios diretos para a formação de um séquito de servidores dependentes, tem-se a dominação patrimonial.²²⁹ Nessa situação, “as relações internas e externas entre o senhor e os submetidos regulam-se também neste caso exclusivamente de acordo com o interesse do senhor e com a estrutura interna da relação de poder. Esta própria relação de dependência permanece uma relação de piedade e lealdade” (WEBER, 2009b, p. 237). Cria-se, factualmente, um vínculo de dependência entre a autoridade e o servidor, pois ambos demandam trocas de benefícios que estimulam a continuidade do vínculo de subordinação.

No Brasil, a dominação patrimonial foi exercida por meio das estruturas estatais, criando-se a cultura do aparelhamento e da distribuição de cargos segundo os interesses da autoridade e com a exclusiva finalidade de manutenção de seu séquito de dependentes.

²²⁸ Gilberto Freyre (2006, p. 114) parte de uma análise sexual do período colonial para extrair a predominância da relação de mando e subserviência ainda vigente na sociedade brasileira. Segundo ele, o sadismo e o masoquismo vigente na relação sexual entre conquistador e conquistado, senhor de engenho e escravo, influenciou todo o campo de relações sociais no Brasil. Veja-se: “A nossa tradição revolucionária, liberal, demagógica, é antes aparente e limitada a focos de fácil profilaxia política: no íntimo, o que o grosso do que se pode chamar ‘povo brasileiro’ ainda goza é a pressão sobre ele de um governo másculo e corajosamente autocrático. [...] Por outro lado, a tradição conservadora no Brasil sempre se tem sustentado do sadismo do mando, disfarçado em ‘princípio de Autoridade’ ou ‘defesa da Ordem’. Entre essas duas místicas – a da Ordem e a da Liberdade, a da Autoridade e a da Democracia – é que se vem equilibrando entre nós a vida política, precocemente saída do regime de senhores e escravos. Na verdade, o equilíbrio continua a ser entre realidades tradicionais e profundas: sadistas e masoquistas, senhores e escravos, doutores e analfabetos, indivíduos de cultura predominantemente europeia e outros de cultura principalmente africana e ameríndia”.

²²⁹ A dominação patrimonial faz surgir, segundo Weber (2009b, p. 302) um tipo específico de ação social denominada patrimonialismo, consistente na utilização pelos detentores do poder da estrutura estatal para pactuação caso a caso de privilégios, benemerências e benesses individualizadas, gerando uma relação associativa entre o detentor do poder e aqueles poucos agraciados. Assim, “estes portadores de privilégios entram caso a caso numa relação associativa para realizar ações concretas que seriam impossíveis sem sua cooperação” (WEBER, 2009b, p. 302). Esse associativismo entre o poder e aqueles que asseguram seu exercício, sempre prejudicial à maioria da população, cria um costume que se transmuta em direitos estamentais, tornando-se, posteriormente, uma tradição cristalizada por uma ordem jurídica estatuída.

Desta forma, o patrimonialismo no Brasil assumiu uma configuração burocrática, distinta da burocracia racional weberiana,²³⁰ consoante ressalta Faoro (2008, p. 102):

O patrimonialismo, organização política básica, fecha-se sobre si próprio com o estamento, de caráter marcadamente burocrático. Burocracia não no sentido moderno, como aparelhamento racional, mas da apropriação do cargo – o cargo carregado de poder próprio, articulado com o príncipe, sem a anulação da esfera própria de competência.

Os procedimentos legais de nomeação e investidura no cargo são rejeitados no âmbito do Estado patrimonial, de modo que a escolha dos homens que exercerão essas funções públicas é feita segundo critérios pessoais orientados pela relação de autoridade/subordinação. Surge, assim, uma ordenação impessoal calcada no funcionalismo patrimonial, representação acabada do “predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal” (HOLANDA, 1995, p. 146). A configuração patrimonialista do Estado afeta diretamente o exercício da função pública, tornando-a um feixe de poderes que congrega, reúne e domina a atividade econômica. As relações de hierarquia sobrepõem-se às relações de proporcionalidade, causando a fragilização das expectativas burguesas, tornando o cargo público o objeto de desejo de todas as classes sociais.

Adicionalmente, esse processo sociocultural forjou o traço de cordialidade do brasileiro, o “homem cordial” a que nos fala Sérgio Buarque de Holanda em tom ácido e crítico (1995, p. 147). Essa cordialidade brasileira não esconde, de fato, sua consciência servil moldada por padrões históricos de convívio humano baseados no modelo patriarcal e patrimonial de domínio²³¹. A deliberada postura de amizade repentina e íntima com o interlocutor desvela uma perspectiva extremamente dependente de manifestações de bajulação e adulação excessiva. Assim, forma-se uma práxis defensiva ante a excessiva tradição de desmandos causados pelas relações de hierarquia predominantes na formação societal brasileira desde seus primórdios.

Talvez por isso os processos de mutação das bases sociais e de organização política brasileira nunca tenham representado verdadeiras rupturas, adequadas a eventos revolucionários. Na verdade, o movimento independentista de 1822, liberal-republicano de

²³⁰ Max Weber (2009b, p. 198) indica como elementos da dominação burocrática o princípio das competências oficiais fixas, ordenadas por regras gerais e abstratas; o princípio da hierarquia de cargos; a formação de uma administração moderna baseada no formalismo (registro documental dos atos praticados) e quadro de funcionários subalternos; o caráter oficial da atividade desenvolvida; a exigência de emprego pleno da força de trabalho, o que pressupõe a profissionalização do aparato burocrático.

²³¹ Cf. Weber (2009a).

1891 e social-constitucional de 1930 revelaram-se muito mais como adaptações transitivas permeadas pelos interesses das classes dominantes. Nesse sentido, é justificável a crítica realizada por Holanda ao “homem cordial” que, contraposto à asseverada polidez, representa a passividade e imobilismo em relação às suas perspectivas individuais, aceitando subserviente as mutações sociais. Nesse sentido, Holanda (1995, p. 147) pontifica que:

No ‘homem cordial’, a vida em sociedade é, de certo modo, uma verdadeira libertação do pavor que ele sente em viver consigo mesmo, em apoiar-se sobre si próprio em todas as circunstâncias da existência. Sua maneira de expansão para com os outros reduz o indivíduo, cada vez mais, à parcela social, periférica, que no brasileiro – como bom americano – tende a ser a que mais importa. Ela é antes um viver nos outros. Foi a esse tipo humano que se dirigiu Nietzsche, quando disse: ‘Vosso mau amor de vós mesmos vos faz do isolamento um cativoiro’.

Essa percepção conecta-se ao conceito de revolução passiva formulado por Luiz Werneck Vianna (2004), aproveitando-se do estudo gramsciano sobre o ciclo revolucionário de 1789 a 1848 na Itália. Nessa perspectiva, Werneck Vianna elege o Brasil como o palco por excelência da revolução passiva, pois aqui se desconhece processos de ruptura político-social, de modo que nos tornamos acostumados a uma dialética da conservação, isto é, a apropriação indevida do termo revolução por movimentos políticos que mal escondiam a intenção de evitar o próprio processo revolucionário.

O conceito de revolução passiva designa mudanças pontuais e contingentes no âmbito de classes sociais (ou estamentos sociais) deflagradas em determinada formação societal mediante controle e condução pelas forças tradicionais e conservadoras, por condensações culturais e políticas anacrônicas, ou sustentadas por uma classe intelectual homóloga às transformações em curso. A revolução seria, assim, um movimento paulatino de assimilação da mudança pela tradição, tornando-se palatável às classes dominantes e ressentindo-se de qualquer ruptura profunda sobre as relações sociais existentes.

A revolução passiva, portanto, é assimilada como um processo mutacional extremamente lento e imperceptível, conferindo à sociedade a aparência de imobilidade. A marca da passividade revolucionária no Brasil está patente no movimento independentista, na proclamação da república e a respectiva apropriação do discurso liberal-republicano, na revolução de 1930 e sua associação à questão social, no golpe militar de 1964 que se legitimou pela ameaça comunista e na redemocratização pelo retorno à normalidade constitucional. A arguta percepção de Sérgio Buarque de Holanda (2004, p. 177) marca a contradição brasileira entre o acanhamento conformista e a expectativa futurista de uma grande nação:

Não ambicionamos o prestígio de país conquistador e detestamos notoriamente as soluções violentas. Desejamos ser o povo mais brando e o mais comportado do mundo. Pugnamos constantemente pelos princípios tidos universalmente como os mais moderados e os mais racionais. Fomos das primeiras nações que aboliram a pena de morte em sua legislação, depois de a termos abolido muito antes na prática. Modelamos a norma de nossa conduta entre os povos pela que seguem ou parecem seguir os países mais cultos, e então nos envaidecemos da ótima companhia. Tudo isso são feições bem características do nosso aparelhamento político, que se empenha em desarmar todas as expressões menos harmônicas de nossa sociedade, em negar toda espontaneidade social. O desequilíbrio singular que gera essa anomalia é patente e não tem escapado aos observadores. Um publicista ilustre fixou, há cerca de vinte anos, o paradoxo de tal situação. ‘A separação da política e da vida social’, dizia, ‘atingiu, em nossa pátria, o máximo de distância. À força de alheação da realidade política chegou ao cúmulo do absurdo, constituindo em meio de nossa nacionalidade nova, onde todos os elementos se propunham a impulsionar e fomentar um surto social robusto e progressivo, uma classe artificial, verdadeira superfetação, ingênua e francamente estranha a todos os interesses, onde, quase sempre com a maior boa-fé, o brilho das fórmulas e o calor das imagens não passam de pretextos para as lutas de conquista e conservação de posições.

Em todas essas revoluções passivas o Estado foi identificado como agente da mudança, apesar de sua estrutura, funcionalismo e atividade retratar os instrumentos da conservação. O discurso revolucionário muitas vezes contradizia a prática conservadora. Como ressalta Werneck Vianna (2004, p. 44), a independência brasileira foi uma “revolução sem revolução”, criando a ambiguidade do Estado liberal e da manutenção da ordem escravocrata.²³² De fato, o liberalismo no período monárquico foi um discurso intra-elite, administrado a conta-gotas para a manutenção da ordem econômica baseada na agricultura de exportação.

Aliás, diferentemente das demais colônias espanholas, a independência do Brasil foi secundada por dois fundamentos relevantes para a formação do ambiente político e a conformação da estrutura social: o esforço de manutenção da unidade territorial, o que propulsionou a ação militar incisiva frente aos movimentos separatistas; e a adoção da monarquia representativa como modelo inicial de governo. Essas opções foram o condutor para a consolidação de uma elite política no Brasil que se caracterizou, sobretudo, pela homogeneidade ideológica e especialização técnica (CARVALHO, 2011, p. 13).

Partindo-se da premissa de que o relacionamento entre burguesia e Estado conduz a um modelo típico-funcional de caráter liberal, José Murilo de Carvalho assevera que a

²³² José Murilo de Carvalho (2011, p. 231) ressalta essa dialética da ambiguidade na coexistência do Estado imperial com a agricultura de exportação de base escravista. Para o autor: “O Estado imperial se tornava, por sua elite, instrumento ao mesmo tempo de manutenção e de transformação das estruturas sociais. Daí também a posição ambígua que perante ele assumiam todos os reformistas políticos, econômicos ou sociais. Exigia-se a liberalização do Estado pela redução do controle sobre a economia, pela redução da centralização, pela abolição do Poder Moderador, mas recorria-se a ele para resolver os problemas da escravidão, da imigração, dos contratos de trabalho, do crédito agrícola, da proteção à indústria. A intervenção iria naturalmente redundar em posterior aumento do poder do Estado e, portanto, em novas e mais enfáticas críticas a sua natureza não-liberal”.

independência brasileira necessariamente foi conduzida pela necessidade de uma maior atuação integradora do Estado, assumindo caráter autoritário. O comando da vida nacional tornou-se atribuição de uma elite ideologicamente homogênea em virtude da educação superior em Coimbra, especialmente de caráter jurídico. Daí, o Estado brasileiro adquiriu uma estrutura fundamentalmente burocrática e avessa a doutrinas de caráter revolucionário (CARVALHO, 2011, p. 39).²³³

A revolução passiva conduziu-nos à superação da ordem escravocrata para um mercado livre fundado na força de trabalho, sem que houvesse qualquer ruptura no interior das elites.²³⁴ Não obstante, a dialética da ambiguidade se fez presente: a absorção do capitalismo como sistema de relações de produção fundado numa ordem social competitiva conviveu com a paulatina e lenta dissolução da ordem escravocrata e senhorial. Por isso, Florestan Fernandes (2006) indica a notável influência da estrutura colonial na ordem social, política e econômica até os dias de hoje. Para esse autor, a transição de uma ordem econômica para outra, especialmente as estruturas herdadas da ordem colonial, são absorvidas num período de tempo variável entre 75 a 100 anos. Desta forma, “a rigor, tais estruturas produziram um resultado útil apenas porque preencheram – onde tal coisa chegou a ocorrer numa escala eficaz – a função histórica de preservar o controle político de decisões econômicas vitais em mãos nacionais”.

Desta forma, a solução para o mercado de trabalho livre no Brasil consistiu na incorporação de imigrantes nas atividades agro-exportadoras. Mas a cultura escravocrata persistia no inconsciente coletivo, impedindo a separação entre o trabalho como mercadoria e a pessoa do trabalhador. Por consequência, o senhor de engenho, tornado patrão na lógica capitalista, adotava condutas simétricas ao padrão relacional escravocrata, ensejando uma dinâmica excessivamente conflituosa e espoliadora.

De fato, a característica fundamental dessa revolução passiva consiste na predominância do servilismo nas relações de produção no período posterior à abolição da escravidão. Inúmeras formas de vínculo entre a classe burguesa em formação e a classe operária, recém-chegada a uma sociedade ainda acostumada à condição proprietária dos trabalhadores a elas servientes, foram criadas em oposição ao paradigma contratualista do capitalismo liberal burguês.

Surgiram sistemas propícios à consolidação de uma relação de dependência pessoal entre trabalhador e proprietário, impedindo-se a possibilidade de uma relação econômica

²³³ Sobre o perfil e a formação da burocracia brasileira, cf. Wanderley Santos (2006).

²³⁴ Cf. Fernandes (2006).

paritária. Normalmente, impunha-se uma necessária vinculação do trabalhador à propriedade do empregador, agregado a um sistema de pagamentos pelos frutos extraídos ou itens de subsistência adquiridos em comércios mantidos pelo patrão. A conta nunca fechava e o trabalhador encontrava-se subitamente imerso numa condição de eterno devedor, apesar do contínuo e prolongado esforço no desempenho de seu trabalho. Em linha de raciocínio, Décio Saes (1985, p. 351) assevera que “[...] as regras do direito burguês deixaram de ser aplicadas no campo brasileiro: ao invés de *contrato de trabalho*, existia entre as partes uma relação de *dependência pessoal*; a liberdade de trabalho praticamente inexistia [...]”.

A modificação da ordem econômica agrário-escravagista para o capitalismo fundado no mercado de trabalho proporciona a irrupção da questão social. A revolução burguesa necessariamente traz consigo a discussão sobre a luta de classes e a exploração do operariado pela classe burguesa. De todo modo, o discurso liberal ativou o fermento contestatório das massas, culminando nas postulações por direitos sociais realizadas pelo sindicalismo operário e a denúncia do sistema eleitoral feita pela baixa patente militar. A partir desse momento, o elemento da antítese se apresenta no cenário nacional representado pelo Partido Comunista Brasileiro – PCB e a rebelião tenentista que impulsionou a Coluna Prestes em sequência (VIANNA, 2004, p. 48). A questão social torna-se progressivamente um elemento a ser considerado pelas elites nacionais, agora com o *status* burguês.²³⁵

Assim, entra em cena novamente a revolução passiva, concretizando a assunção ao poder de Getúlio Vargas, personagem da Revolução de 1930. Ocorre que, o movimento político-militar foi um conflito intra-elite, provocado especialmente pelas divergências oriundas da política do café-com-leite que dominou a sucessão das oligarquias estaduais mineira e paulista no poder federal.²³⁶ Essa divergência interna a uma política bem sucedida de controle da estrutura do Estado por duas oligarquias agrárias dominantes veio a ruir pela

²³⁵ Raymundo Faoro (2008, p. 683) assim esclarece a irrupção da questão social nos debates políticos da época: “As greves, ameaçadoras desde 1917, indicam, senão a participação política das novas camadas, ao menos o desejo de um *modus vivendi*, com a presença regulamentadora do poder público. No Congresso agitam-se as primeiras vozes para conciliar os interesses, sem que a maioria abandone a liberdade contratual, dogma retardado ainda vigente nas cabeças republicanas. Haveria exagero em colocar no centro do dissídio eleitoral de 1919 a questão social – *questão social* pertence ao vocabulário do tempo. Os problemas, realmente importantes, de caráter econômico, ligados à lavoura e à indústria, não entraram no campo das contestações. Discutiram-se, entretanto, teses de uma área marginal, que, ligadas à estrutura social e política, punham em debate o próprio núcleo ideológico do regime. O liberalismo, na sua feição brasileira – isto é, liberdade para os interesses incapazes de granjear o patrocínio do governo e a proteção para os importantes –, sofrerá a sua primeira revisão a nível nacional”.

²³⁶ A questão central residia na inobservância do pacto político firmado entre os dois mais importantes Estados da Federação – Minas Gerais e São Paulo – na preservação dos respectivos interesses oligárquicos. A política do café-com-leite foi dissolvida por Washington Luís ao escolher para sucedê-lo na Presidência da República não um mineiro, mas outro paulista. A quebra do princípio de convivência levou a oligarquia mineira a se aproximar das classe política gaúcha, cujo governador e expoente era Getúlio Vargas.

incompatibilidade entre as práticas adotadas, os reflexos econômicos da crise de 1929 e a emergência das reivindicações do crescente movimento operário urbano. A Era Vargas representou, assim, uma ruptura fundamental com o modelo oligárquico de dominação patrimonial até então vigente na política brasileira.

De acordo com Wanderley Guilherme dos Santos (2006, p. 14), o primeiro governo Vargas (1930-1945) proporcionou a abertura à participação política de segmentos sociais anteriormente excluídos, tais como o movimento operário. Desta forma, a Vargas coube o êxito de estabelecer as regras de convívio entre grupos sociais divergentes e entre estes e o Estado. Daí que a própria existência do Estado adquiriu maior peso na vida social, muito além de sua representatividade anterior na vida nacional. Na linha de entendimento de Wanderley Santos (2006, p. 14), o governo surgido a partir da Revolução de 1930 viu-se confrontado por três crises fundamentais das sociedades que ingressam na modernidade: a crise de integração nacional, de participação política e de redistribuição de riqueza.

As dificuldades relacionadas ao enfrentamento desses problemas foram notórias. Para tanto, iniciou-se um movimento de inflação das atividades estatais para galgar três objetivos principais: a industrialização do país e o crescimento do mercado interno; a equalização da relação entre o capital e o trabalho, o que pressupunha a satisfação de demandas básicas do movimento obreiro iniciado nas primeiras décadas do séc. XX; e, finalmente, o rompimento com a prática política oligárquica.²³⁷

Iniciou-se um processo de modernização que se estende até os dias de hoje, que obtém êxitos milimétricos, mas progressivos e constantes. A constatação do culto à personalidade e as dificuldades inerentes à substituição do liberalismo oligárquico no Brasil,²³⁸ enseja uma baixa institucionalização política, culminando na abertura sistêmica ao autoritarismo. Nesse sentido, Wanderley Guilherme dos Santos (1994) alerta que a

²³⁷ Todavia, com Werneck Vianna (2004, p. 48/49), há que se esclarecer que o discurso da mudança foi experimentalmente controlado segundo uma distensão expressamente determinada pelas elites dominantes. Nesses termos: “Nessa Ibéria renovada, o ator procura afirmar seu protagonismo sobre os *factos*, deixando de confiar na cumplicidade do tempo, a essa altura já tendo por que temer a possibilidade de se ver ultrapassar pelo movimento de sua sociedade. Não há mais lugar para o quietismo, que apostava no futuro – o ‘destino’ se tornou uma tarefa a ser cumprida no tempo presente. Por meio da industrialização, projeto da política, sua vocação territorialista vai propiciar a formação de uma economia homóloga a ela, posta a serviço da grandeza nacional, como na ideologia do Estado Novo – uma economia politicamente orientada, economia programática de um capitalismo de Estado, as elites políticas à testa de uma nação concebida como uma comunidade orgânica. Subsumir a antítese, nesse novo contexto dinamizado pelas expectativas de mudança social, importa admitir a subsunção, ainda que parcial, de sua energia. No binômio *conservação – mudança*, o termo *mudança* passa a comportar consequências que escapam inteiramente à previsão do ator, gerando expectativas de que a via do transformismo poderia ser concebida como a melhor passagem para a democratização do país”.

²³⁸ Sobre o liberalismo oligárquico, cf. Wanderley Guilherme dos Santos (1994).

Revolução de 30 foi decorrência da contradição temporária entre instituições liberais surgidas a partir de 1891 e práticas oligárquicas, oferecendo consequências duradouras para o cenário político-social nacional. Assim, apesar do hiato autoritário inaugurado em 1937, já a partir de 1945 e até o advento do militarismo em 1964, houve o retorno de práticas liberais clássicas associadas a uma presença mais ativa do Estado no âmbito social, propulsionando a sociedade brasileira para uma experimentação democrática, que será fundamental na última revolução passiva, a redemocratização de 1988. Assim, como assevera Wanderley Santos (1994, p. 49):

Ainda assim, o processo democrático clássico e básico – expansão da participação político-eleitoral e, em consequência, o aumento da competitividade – retomou seu curso natural. É oportuno, aqui, lembrar que o aumento da competição entre as elites, inclusive as políticas, constitui a mais importante defesa do cidadão-eleitor, assim como no mercado econômico é a concorrência que trava excessivos aumentos e oferece ao consumidor a possibilidade de escolha. Um sistema oligárquico, isto é, de baixa competitividade, possui os mesmos atributos de uma economia oligopolizada: restringe a liberdade de escolha do eleitor, pela redução na oferta de candidatos, e aumenta o custo de seus serviços (a taxa de impunidade se eleva e os políticos ficam mais livres para impor suas preferências específicas). Por isso a democratização estimula a competitividade e a competitividade colabora para maior democratização. Por difíceis caminhos, também o Brasil seguiu este roteiro civilizatório, enfrentando as dificuldades de costume.

Sob o influxo do enfrentamento ideológico originário do bilateralismo do poder internacional entre o mundo capitalista controlado pelos Estados Unidos e o mundo socialista gerido pela União Soviética, houve o confronto inexorável entre a ideologia socializante e o perspectiva elitista-oligárquica, ainda bastante presente no país. O golpe militar de 1964 foi marcado pela associação do capitalismo ao autoritarismo, também como forma de preservação dos interesses elitistas, atribuindo, ao discurso da esquerda oposicionista, o argumento democrático. A socialidade brasileira continua jungida à preeminência das relações hierárquicas (ditadura militar) e proporcionais (importância do mercado).

Apenas com a transição política e controlada do autoritarismo à democracia através da agenda revolucionária passiva do movimento de redemocratização é que as bases da socialidade apresentaram uma transformação inicial, especialmente plasmada pela Constituição de 1988. A construção do projeto de uma ordem burguesa associada a uma modernização capitalista subjaz esse movimento mutacional. O inesperado e, ao mesmo tempo, desejável, é que a participação política e a massificação da cidadania, aliada a abertura do espaço público, conduz a outra espécie de revolução: a revolução democrática.

3.1.2 A (R)EVOLUÇÃO ATRAVÉS DA SOCIALIDADE: PARTICIPAÇÃO E INCLUSÃO

Caio Prado Jr. (2005, p. 26) assevera que o termo revolução não apresenta conexão necessária com a violência ou o emprego da força. Para esse autor, a par de sua plurissignificação, o termo revolução indica mais adequadamente um processo de transformação das estruturas da sociedade, especialmente as relações de caráter econômico e o equilíbrio recíproco das diferentes classes e categorias sociais. De fato, as modificações estruturais de uma determinada sociedade são indiscutivelmente conectadas à sua história, pois toda revolução revela a marcha histórica de um processo transicional e transformador. Cada país tem sua história e essa história é sinônima de diversidade e inconstância.

A revolução passiva à brasileira demonstra o processo contínuo de adaptação das estruturas político-sociais às mudanças inerentes ao relacionamento entre suas classes sob o influxo dos domínios da socialidade: as relações comunitárias, hierárquicas, de proporcionalidade (ou mercado) e de igualdade. Não obstante, após 20 anos da revolução passiva de 1985, culminando na promulgação da Constituição de 1988, é perceptível os efeitos de uma revolução mais profunda e perene: a democracia. Apenas nesse momento, o Brasil caminha para um processo de transformação conducente à conciliação da igualdade na liberdade, indicando, à sua maneira, que essa mutação passa pela atividade do Estado social.

A universalidade do princípio político da democracia, surgida com a Revolução Francesa de 1789,²³⁹ agora ecoa nas práticas legislativas e discursivas do debate social. Através da adoção do princípio democrático como elemento de conexão do Estado constitucional e do Estado social, tornou-se possível a vocalização de demandas e interesses historicamente reprimidos no âmago da sociedade brasileira, tornando factível o exercício da perspectiva funcional do Estado na implementação dos direitos fundamentais.²⁴⁰

Mediante essa transição estrutural, se fez possível a identificação dos dilemas históricos que demandam uma significativa mudança na ordem social, reverberados na característica periférica do capitalismo brasileiro,²⁴¹ no padrão assimétrico de estratificação social que reproduz e perpetua a desigualdade entre os brasileiros e a formação cultural

²³⁹ Cf. Paulo Bonavides (2001, p. 148).

²⁴⁰ Cf. SARLET, Ingo. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço aos Vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 479/510.

²⁴¹ Cf. Wolkmer (2001).

proveniente de uma herança colonial que impede a generalização dos benefícios civilizatórios a todo o corpo social.²⁴² Aliás, consoante demonstra Lenio Streck e Bolzan de Moraes (2010, p. 81), até o advento da Constituição de 1988, e até mesmo durante grande parte de sua vigência, o Estado social jamais chegou a se estabelecer e a se consolidar, pois a alegada intervenção estatal para correção das desigualdades não encontrou ressonância entre os sucessivos governos democráticos e autoritários, uma vez que a “tese intervencionista sempre esteve ligada ao patrimonialismo das elites herdeiras do colonialismo”.

Não é despiciendo asseverar o contributo de Wanderley Guilherme dos Santos (1994, p. 49) de que um sistema político oligárquico possui, por natureza, baixa competitividade, equivalendo-se a uma economia oligopolizada. Assim, há uma redução da liberdade de escolha do eleitor através da minoração das possibilidades de exercício da capacidade eleitoral passiva, e como consequência o aumento das externalidades do sistema em virtude da majoração da impunidade. Desta forma, a democracia proporciona a expansão da participação político-eleitoral e, nessa perspectiva, estimula a competitividade eleitoral colaborando para a institucionalização da consciência democrática.

A relevância do princípio democrático no âmbito da transformação da socialidade no Brasil é atestada pela dissolução lenta e irrefreável das estruturas arcaicas inerente à herança colonial-patrimonialista assumida pela sociedade brasileira. E essa mutação inexorável se dá em correspondência à transparência e abertura do Estado brasileiro à sociedade.

O patrimonialismo somente sucumbe quando há a sua exposição às luzes da opinião pública e do debate democrático, o que proporciona ações reativas à eliminação das deficiências históricas acima delimitadas. A prática generalizada do concurso público, a abolição do nepotismo, a transparência dos atos de governo, das receitas e das despesas públicas, são influxos transformadores atribuíveis à revolução democrática em curso. Nesses termos, com Sampaio Jr. (2005, p. 152):

O dínamo da transição é a reação contra o sentimento de profundo mal-estar gerado pela situação de pobreza, irracionalidade, corrupção e instabilidade que caracteriza a vida nacional. Isso significa que as esperanças e as aspirações da sociedade brasileira polarizam-se em torno de um objetivo maior: controlar os fins e os meios do desenvolvimento nacional. Trata-se de criar as condições necessárias para que o processo de modernização que caracteriza a civilização ocidental beneficie o conjunto da população e não apenas uma pequena parcela de privilegiados como ocorre quando o desenvolvimento é guiado pelo processo de modernização dos padrões de consumo.

²⁴² Cf. Sampaio Jr. (2005, p. 158/159); Neves (1994; 2008)

A administração da questão social antes atribuída ao Estado trasmuta-se para uma obrigação da sociedade, cujas decisões passam a ser conduzidas pela estrutura estatal através de programa de ações. Assim, “o Estado social, em seu mais subido grau de legitimidade, será, sempre, a nosso ver, aquele que melhor consagrar os valores de um sistema democrático” (BONAVIDES, 2001, p. 159). Desta forma, o Estado social brasileiro, em princípios do século XXI, incorpora efetivamente sua função igualitária e atua numa perspectiva redistributiva para sua legitimação através dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988.

Apesar de ser uma premissa fundamental, o princípio democrático não se contenta com o elemento participativo, faceta meramente formal, mas demanda o elemento inclusivo, que é seu indicador material. O binômio participação/inclusão é fundamental para a compreensão adequada à intersecção realizada pelo princípio democrático entre o Estado constitucional, esteio definidor dos limites do poder, e o Estado social, cuja função torna-se o reagente necessário à inserção de todos os cidadãos no espaço público.²⁴³

Desta forma, o constitucionalismo democrático conduz à participação ativa do cidadão na vida institucional, seja através dos instrumentos da democracia deliberativa, seja pelo exercício da fiscalização direta e autônoma dos poderes instituídos, seja pela aceitação ampla da *vox populi*.²⁴⁴ Já o societalismo democrático fornece as bases para a inclusão do cidadão no debate público, assegurando-lhe condições mínimas para o exercício das prerrogativas de participação, especialmente direitos básicos de educação, saúde, habitação e trabalho. Por isso que a democracia abarca as esferas do social, da política e da economia para garantir efetivamente os direitos de participação e a inserção adequada do cidadão nas sociedades abertas.²⁴⁵

Segundo Roberto Cavalcanti Albuquerque (2011, p. 142), essa inserção ou inclusão social oferece três dimensões essenciais: a inserção econômica, constatada quando se proporciona ocupação produtiva estável capaz de atender suficientemente as necessidades básicas individuais e da entidade familiar; a inserção educacional, fundamental para dotar o indivíduo de habilidades técnicas necessárias à sua participação no ambiente econômico e

²⁴³ Sobre essa temática, Gomes Canotilho (2008, p. 254/255) assevera: “A *liberdade igual* é interpretada, neste contexto, como a igual possibilidade de inclusão num sistema social diferenciado. A realização deste princípio de *igualdade de inclusão* continua a colocar o nó górdio da socialidade: *a inclusividade pressupõe justiça quanto às possibilidades iguais de acesso*. Como garantir esta justiça? A resposta, para muitos (nos quais nos incluimos), é a reinvenção do Estado Social” (grifos no original).

²⁴⁴ Cf. Heller (1998, p. 223/233).

²⁴⁵ Adotamos, aqui, a perspectiva de Peter Häberle (2002) sobre pluralismo e democracia como relação fundamental à abertura do debate no espaço público. Ainda, cf. Wolkmer (2001).

social; e a inclusão digital, o que pressupõe o conhecimento mínimo da linguagem e das ferramentas de informática, adaptando o indivíduo à sociedade globalizada contemporânea.

Percebe-se, ainda com Roberto Albuquerque (2011, p. 143), que a apuração de um índice de inclusão social - IIS fundado nos componentes estatísticos de emprego e renda, educação e conhecimento e informação e comunicação²⁴⁶ indica a superação do Estado social brasileiro frente à desigualdade herdada do processo histórico de formação sociocultural elitista, oligárquico e patrimonialista. Segundo o autor (2011, p. 149):

Note-se que o IIS relativo ao país avançou 46% ou a 4,8% anuais entre 2001 e 2009, saltando da nota 4,46 para a nota 6,51. O componente Informação e Comunicação, ou seja, o Índice de Inclusão Digital foi o que prosperou mais, pulando 63% ou 6,3% ao ano. Exibem desempenho inferior ao do IIS tanto o componente Emprego e Renda, ou Índice de Inserção Econômica (39% e 4,2%, respectivamente) quanto o componente Educação e Conhecimento, ou Índice de Inserção Educacional, o que menos progrediu (36% e 3,9%).

Esse viés transformador também foi captado pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA. A título de exemplo, em seu Comunicado nº 63, de 05 de outubro de 2010, o IPEA avaliou a distribuição de renda no Brasil entre 1995 e 2009, ofertando as seguintes conclusões sobre a queda da desigualdade e da pobreza (2010, p. 17):

1. A desigualdade continua caindo em 2009, mas em um ritmo um pouco menor que nos anos anteriores. Enquanto de 2005 a 2008 o Coeficiente de Gini caiu em média 0,72 ponto (x100) ao ano, de 2008 a 2009 a queda foi de apenas 0,53 pontos. 2. Essa diminuição do ritmo não é preocupante nem indica o início de uma tendência de menor redução da desigualdade. A redução do ritmo foi resultado apenas de um mercado de trabalho negativamente, porém temporariamente, impactado pela crise financeira. As medidas de combate aos efeitos da crise, como o aumento do salário mínimo, parecem ter mitigado os efeitos negativos do mercado de trabalho. 3. A

²⁴⁶ Em relação ao Índice de Inclusão Social, Roberto Albuquerque (2011, p. 142/143) esclarece mais pormenorizadamente seus componentes estatísticos: “O Índice de Inclusão Social, IIS, calculado para o Brasil, suas cinco grandes regiões, as três situações de domicílio (rural, urbana e metropolitana) e as 27 unidades da Federação, intenta mensurar a inclusão social tal como anteriormente concebida. Ele é bastante abrangente, sendo integrado por três componentes e 12 subcomponentes. O primeiro componente, Emprego e Renda, que gera Índice de Inserção Econômica, é calculado a partir de quatro subcomponentes ou indicadores: (1) a taxa de ocupação, ou seja, a percentagem da população economicamente ativa, PEA, ocupada; (2) o grau de formalização do emprego, ou seja, a percentagem dos empregados remunerados e com carteira assinada; (3) a proporção de não pobres na população; (4) a taxa de igualdade, ou seja, o complemento para 1 do coeficiente de Gini. O segundo componente, Educação e Conhecimento, que se expressa no Índice de Inserção Educacional, é também formado por quatro sub-componentes: (1) a taxa de alfabetização da população de 15 anos ou mais; (2) a percentagem das pessoas com 15 anos ou mais e com 4 anos ou mais de estudo; (3) a percentagem das pessoas com 20 anos ou mais e 9 anos ou mais de estudo; e (4) a percentagem das pessoas de 24 anos ou mais e 12 anos ou mais de estudo. O terceiro e último componente, Informação e Comunicação, de que decorre o Índice de Inclusão Digital, é obtido a partir de quatro outros indicadores: (1) o percentual dos domicílios com microcomputador; (2) o percentual dos domicílios com acesso à Internet; (3) o percentual dos domicílios com televisão; e o percentual dos domicílios com pelo menos um telefone, fixo ou celular. O IIS foi calculado com base em tabulações especiais da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, Pnad, do IBGE, para os anos de 2001, 2008 e 2009, dispondo-se de estimativa para 2010 obtida mediante projeção da tendência evolutiva observada entre 2001 e 2009”.

pobreza continua caindo para todas as linhas. A queda do hiato de pobreza é tão forte que hoje ele equivale a pouco mais que 1% da renda, para uma linha de pobreza mediana.

As conclusões acima indicam uma forte influência da atividade estatal através de políticas públicas e programas sociais orientados por objetivos marcadamente inclusivos. Por isso, asseveramos que o modelo tipológico-funcional do Estado social não pode ser universalizado, devendo ser construído paulatinamente pela sociedade segundo seu ritmo e particularidades.

Não há dúvidas de que o Estado social brasileiro se consolidou apenas recentemente, sendo fundamental a sua associação ao modelo tipológico do Estado constitucional e ao princípio democrático em seu caráter formal e material. Ademais, seguindo-se a observação de Bercovici (2008, p. 344), não podemos adotar uma postura conformista em relação ao ambiente fático apresentado pela sociedade brasileira, pois, uma vez aceita a “verdade do estado de exceção permanente a que estamos submetidos”, devemos transformar a consciência em ação, ensejando, aí sim, que o “estado de exceção à exceção”, ainda por ser instaurado, se apresente plenamente na realidade brasileira.

Desta forma, diante da sua inegável generalização, rejeitamos a indicação da crise do Estado social brasileiro que ainda se encontra em formação. Inegavelmente, o processo de consolidação da perspectiva funcionalista do Estado brasileiro para a efetiva concretização dos direitos fundamentais, estes considerados em caráter amplo, implicam discussões sobre as necessidades e aspirações da população e as limitações gerenciais, legais e financeiras da administração pública. Desta forma, a busca de alternativas criativas para auxiliar o Estado social brasileiro no desempenho de suas tarefas constitucionais é exigência imperiosa.

Consagrada a ideologia social no Estado Brasileiro a partir da Constituição de 1988, faz-se necessária a definição de instrumentos adequados à capacidade institucional do Estado para a implementação de seus escopos. A questão que se coloca é: a tributação é um instrumento da qual dispõe o Estado social brasileiro para atuar eficientemente na consecução de seu escopo? A resposta é inequivocamente positiva.

A utilização adequada dos tributos pelo Estado revela-se como um problema central de ordem econômica, política e jurídica. Essas questões são definidas mediante a fixação de uma política fiscal, que é altamente influenciada pela ideologia que permeia a estrutura estatal. “A política fiscal consiste, assim, no uso adequado dos vários impostos e das

características que o recortam (incidência, isenções, taxas, etc.) no sentido de serem prosseguidos os objectivos económico-sociais definidos” (PEREIRA, 2007, p. 355).

Através de uma política fiscal adequada ao Estado social é possível a realização do escopo por ele assumido, pois se aperfeiçoa a capacidade institucional necessária a essa finalidade. Entendemos que essa é a via aberta para a recuperação da participação do Poder Executivo e Legislativo na consecução do papel do Estado. Somente com uma política fiscal voltada à concretização dos direitos sociais haverá a efetiva harmonia entre os Poderes constituídos, culminando na redução da excessiva judicialização das políticas públicas.²⁴⁷

Acreditamos que, a partir desse esforço de construção do Estado social brasileiro, será possível um equilíbrio da socialidade, de modo a reduzir a hegemonia das relações hierárquicas e do mercado, propiciando-se uma maior influência das relações comunitárias e de igualdade na consciência dos cidadãos brasileiros.

3.2. A EXTRAFISCALIDADE COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DO ESTADO SOCIAL

Anteriormente, observamos que a legitimidade do Estado social consiste no regular desempenho de suas atribuições constitucionais, que envolvem a efetiva concretização e garantia dos direitos fundamentais.²⁴⁸ Nesse momento, interessa-nos avaliar a extrafiscalidade como instrumento de legitimação, ou seja, instrumento efetivo de aquisição da legitimidade dantes referida.

Interessante notar, preliminarmente, que a extrafiscalidade no Brasil é tema essencialmente vinculado à concepção formalista do direito tributário. O discurso dos teóricos do direito tributário vincula o fenômeno da extrafiscalidade à eficácia da incidência tributária no âmbito econômico ou social, aliada a um viés eminentemente individualista, qual seja, a indução de comportamentos desejáveis ou não pelo Estado.

Assim, Misabel Derzi, em suas notas de atualização à obra de Aliomar Baleeiro (2001, p. 576/577), assevera que a extrafiscalidade consiste na faculdade conferida ao legislador de “estimular ou desestimular comportamentos, de acordo com os interesses

²⁴⁷ Cf. FERNANDES, Bernard Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) Crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009.

²⁴⁸ Cf. Tópico 2.3 supra.

prevalentes da coletividade, por meio de uma tributação progressiva ou regressiva, ou da concessão de benefícios e incentivos fiscais.”

Já Paulo de Barros Carvalho (2003, p. 232) pontua que a extrafiscalidade consiste no “emprego de fórmulas jurídico-tributárias para obtenção de metas que prevalecem sobre os fins simplesmente arrecadatórios de recursos monetários [...]”. Sacha Calmon Coelho (2001, p. 245) indica que “a extrafiscalidade é a utilização dos tributos para fins outros que não os da simples arrecadação de meios para o Estado”. Hugo de Brito Machado (2007, p. 96), focalizando o aspecto interventivo, acentua que a extrafiscalidade se revela quando o objetivo principal do tributo é a “interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros”. Nessa mesma linha de entendimento, Ricardo Lobo Torres (2006, p. 187) afirma que a extrafiscalidade significa “a dimensão finalista e intervencionista do tributo”.

Diversos outros autores²⁴⁹ apresentam uma abordagem semelhante que poderia ser delineada através da enunciação dos seguintes traços característicos: a) a extrafiscalidade apresenta-se como uma faculdade do legislador; b) a extrafiscalidade, ao lado da fiscalidade, é uma função dos tributos; c) a extrafiscalidade é um elemento finalístico dos tributos, de modo que está relacionada ao cumprimento da pauta axiológica da constituição; d) a extrafiscalidade é instrumento da atuação interventiva do Estado.

Não obstante, e aqui fazemos uma primeira aproximação à nossa perspectiva, a extrafiscalidade não é um fenômeno exclusivamente tributário.²⁵⁰ De fato, há muito foi percebido por Aliomar Baleeiro (2004), secundado por Alfredo Augusto Becker (1972), que a extrafiscalidade é um reflexo da atividade financeira do Estado, revelando aplicações pragmáticas no âmbito da receita e da despesa.

Ademais, a extrafiscalidade torna-se elemento característico da política fiscal da atualidade, que demanda instrumentos tributários e financeiros para a formulação de programas públicos e ações de enfrentamento de crises conjunturais e mazelas sociais. Desta forma, a extrafiscalidade pode se revelar como a instrumentalização de uma política fiscal no âmbito tributário, assumindo, assim, a configuração de uma técnica impositiva, ou pode

²⁴⁹ Cf. Spagnol (2004); GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A Extrafiscalidade no Direito Tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006; BERTI, Flávio de Azambuja. **Impostos: Extrafiscalidade e Não-Confisco**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2009; SEBASTIÃO, Simone Martins. **Tributo Ambiental: Extrafiscalidade e Função Promocional do Direito**. Curitiba: Juruá, 2009. 352p.

²⁵⁰ Cf. Nabais, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2009.

se revelar como um conjunto de ações de caráter financeiro dirigidas ao fomento, incentivo ou estímulo a determinados fatos ou comportamentos humanos.

Portanto, a extrafiscalidade não pode ser encarada apenas como um efeito da tributação, mas, ao contrário, um conjunto de práticas, ações e instrumentos financeiros e tributários necessários à legitimação do próprio Estado social. Essa visão meramente eficaz da extrafiscalidade, contraposta à fiscalidade e restrita aos efeitos das normas de tributação, decorre da segmentação teórica entre o direito tributário e o direito financeiro, a pretexto da formalização de categorias específicas daquela seara do direito.²⁵¹ As demandas de purificação do direito tributário inerente a uma visão juspositivista demonstraram-se exponencialmente prejudiciais à sua concepção como instrumento de justiça. Essa situação causa uma inequívoca parcialidade teórica no exame de institutos intrinsecamente correlatos e que são as bases da atividade financeira do Estado: a receita e a despesa.²⁵²

Esse posicionamento, que se revela no esteio da dogmática tributária brasileira, esconde ou se esquece do dado incontestável de que a tributação é um fenômeno de caráter político e seus instrumentos destinam-se à satisfação das necessidades coletivas, devidamente concretizadas através das despesas estatais. Nesse sentido, Baleeiro (2004, p. 189) assevera que: “[...] o exercício do poder de tributar é fenômeno de caráter ineludivelmente político, como todos que se acham vinculados à natureza e às atribuições do Estado. A escolha dos instrumentos de imposição, na prática, tem obedecido menos a inspirações econômicas do que a considerações políticas”. Alfredo Augusto Becker (1972, p. 543/544), não discrepa desse entendimento:

O Direito Tributário não tem objetivo (imperativo econômico-social) próprio; ou melhor, como todo Direito Positivo, o Direito Tributário tem natureza instrumental e seu ‘objetivo próprio’ (razão de existir) é ser *um instrumento a serviço de uma Política*. Esta (a Política) é que tem seus próprios e específicos objetivos econômico-sociais. Por isso, cumpre lembrar que a tributação extrafiscal serve tanto para a reforma social, como para impedi-la. A construção daquele instrumento (Direito Tributário) é uma Arte, porém, como toda a Arte útil é tanto mais perfeita,

²⁵¹ Marcus Faro de Castro (2011, p. 06) corrobora esse excessivo formalismo no Direito Tributário. Observe-se: “[...] na tradição política e institucional brasileira e em seus apoios discursivos, entre os quais se insere destacadamente o ‘direito’, parece haver uma importante tensão entre o que pode ser considerado ‘jurídico’ e o que é visto como ‘econômico’. Com efeito a antiga tradição formalista do direito brasileiro em geral oferece a base para que sejam marginalizados da análise jurídica argumentos contrários à consideração de elementos tidos como ‘substantivos’ no direito tributário. Entre esses elementos substantivos, no caso do direito tributário, despontam os que formam a dimensão *econômica* da tributação”.

²⁵² Observe-se, por exemplo, que os autores alemães Klaus Tipke e Joachim Lang não efetivam uma separação teórica entre o Direito Tributário e o Direito Financeiro. De fato, os referidos autores asseveram (2008, p. 56): “O Direito Tributário é uma parte do Direito Financeiro Público. O Direito Financeiro Público compreende o Direito Constitucional Financeiro, o Direito das Exações, o Direito dos Princípios Orçamentários, da Tesouraria, da Contabilidade e Sistema Creditício, o Direito Monetário e o Direito das Subvenções”.

quanto melhor o seu rendimento humano (praticabilidade), o Direito Tributário serve à Política de reforma social deverá ter necessariamente um sistema diverso daquele que serve à Política de conservação do capitalismo liberal.

Portanto, o exame da extrafiscalidade não pode se restringir a um levantamento setorial em relação aos efeitos indutivos de determinado tributo sobre a atividade econômica ou o comportamento social, pois a sua razão de ser consiste na outorga de instrumental necessário à legitimação do Estado, que, como vimos, está necessariamente vinculado à concretização dos direitos fundamentais em sentido amplo.²⁵³

Como ressalta Valcir Gassen (2012, p. 44), o Estado social detém uma legitimidade substancial vinculada à satisfação das funções a si atribuídas pela sociedade e para a efetiva concretização do rol de direitos fundamentais fixados na Constituição Brasileira de 1988. A partir da necessidade de financiamento do Estado, a apropriação do patrimônio alheio se legitima pela observância de formas pré-pactuadas em convenção originária pelos cidadãos, mas, além dessa legitimação normativo-institucional, há a necessidade de legitimação substancial do Estado mediante o efetivo cumprimento de “um conjunto de tarefas que são entendidas como essenciais à vida em sociedade e que justificam a sua intervenção e a sua existência”.

Considerando-se as deficiências históricas da socialidade no Brasil, a extrafiscalidade permite uma aferição sobre a efetivação e adequação das políticas sociais e programas prestacionais realizados pelo Estado social, indicando a correspondência entre os recursos demandados, as despesas realizadas e o esforço tributário realizado pela sociedade. Apenas através de uma visão integrada dos instrumentos extrafiscais (tributos, subvenções, subsídios, transferências, etc.) torna-se crível a observância de preceitos fundamentais da atuação estatal, amplamente estipulados em normas financeiras e tributárias no Brasil, tais como: equilíbrio fiscal, transparência fiscal, planejamento orçamentário, publicidade, moralidade, responsabilidade fiscal e, por último, justiça social.²⁵⁴

Aliás, o próprio ordenamento jurídico brasileiro na atualidade indica essa orientação integrada, incumbindo ao jurista uma análise adequada dos institutos jurídicos ao modelo tipológico estrutural e funcional assumido pelo Estado brasileiro.

Realmente, a Constituição da República de 1988 estabeleceu, em seu art. 165, § 9, a exigência de fixação de normas de gestão financeira e patrimonial, além de prever diversas

²⁵³ Ressaltamos que o Estado social não se restringe à função promocional ou prestacional, apesar de ser sua nota diferencial. Também a ele incumbe a função protetiva, vinculada aos direitos fundamentais de liberdade, e que necessariamente impõe custos.

²⁵⁴ Cf. Torres (2006).

exigências para a formulação de políticas públicas e programas de ação estatal que contemplem a necessária correlação entre receita e despesa. Em decorrência dessa determinação constitucional, foi promulgada a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, que expressamente fixou normas de finanças públicas voltadas para a gestão fiscal. Adicionalmente, o legislador indicou pressupostos de responsabilidade na gestão fiscal, compreendendo “a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas” (BRASIL, 2013).

Observa-se dessa ampla regulamentação legislativa da atividade financeira que a renúncia de receita decorrente de instrumento extrafiscais (anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, isenções particulares, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado) demanda uma avaliação do impacto orçamentário-financeiro, além de medidas orientadas para a redução de despesas ou aumento de receitas. Por outro lado, algumas despesas específicas (despesas obrigatórias de caráter continuado, especialmente despesas com pessoal e despesas com seguridade social) deverão indicar sua fonte de custeio específica. Não há mais a possibilidade de análise teórica da atividade estatal em desconexão com o equilíbrio financeiro.

A necessidade de correlação entre receitas e despesas é pressuposto fundamental ao Estado social, assegurando-lhe legitimidade. De fato, a ampla discussão sobre os limites da extrafiscalidade, plenamente justificável em virtude do princípio democrático, que estabelece a prerrogativa de controle e fiscalização da atividade fiscal pelos cidadãos, perfectibiliza-se quando se tem parâmetros de aferição para os limites estipulados, confrontando-os com a realidade social imanente ao desempenho das funções protetiva e promocional do Estado. A argumentação contrária à fiscalidade apenas pela imprecisão de seus limites desestimula e inviabiliza um amplo instrumental exigido pelo Estado social para a formulação de políticas adequadas ao enfrentamento das desigualdades reais existentes na sociedade.

Portanto, os limites constitucionais retratados, por exemplo, por Marciano Seabra de Godoi (2004, p. 250), relacionados à observância dos direitos fundamentais, à proteção do direito de propriedade, ao dever de contribuir com os gastos públicos, à competência

material e legislativa e à capacidade contributiva deverão ser especificamente analisados segundo as políticas públicas e os programas de ação realizados pelo Estado.²⁵⁵

Isto porque, o exame sobre os limites da extrafiscalidade não pode se ater apenas a uma perspectiva individualista sobre o direito da propriedade ou proteção à esfera de liberdade, como a livre iniciativa e livre concorrência. A título de exemplo, a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada Estatuto das Cidades, estabelece expressamente como instrumento de política urbana, que também é extrafiscal, a fixação de alíquotas progressivas no tempo para os imóveis que não cumprem a sua função social. Conforme previsão em seu artigo 7º, § 2º, essa tributação progressiva se estenderá por um período de 05 anos, mantendo-se em seu limite máximo a partir desse período. Obviamente que a extrafiscalidade estabelecida conduzirá à efetiva supressão do elemento econômico da propriedade, forçando o proprietário à adoção de medidas adequadas ao uso funcional do imóvel urbano.

De outro lado, os benefícios de natureza tributária e financeira deverão ser precisamente definidos em atenção a um escopo coletivo e não apenas setorial ou até individual, como constantemente se observa no Brasil no bojo de expedientes representativos da nominada “guerra fiscal”. Assim, a concessão de isenção para determinado contribuinte (suponhamos que seja uma pessoa jurídica) com a perspectiva de incremento na oferta de trabalho, somente se justificará se efetivamente ocorrer a concretização do direito ao trabalho por parte de uma pluralidade de cidadãos. Há, assim, claramente, a exigência de um sinalagma entre a renúncia da receita ou a realização de uma despesa e a concretização dos direitos fundamentais.

A fim de melhor esclarecer esse argumento, faz-se relevante uma análise aproximativa do sistema tributário brasileiro. Mediante uma análise do ponto de vista da justiça social, o Observatório de Equidade do Conselho de Desenvolvimento Social, órgão

²⁵⁵ Seabra Godoi (2004, p. 250/260) expõe os pontos mais importantes desses limites segundo fundamentos colhidos na doutrina e jurisprudência alemã e espanhola. Assim, com relação à correlação entre extrafiscalidade e direitos fundamentais, ele esclarece que no bojo da tributação extrafiscal o legislador detém uma maior margem de liberdade em relação ao parâmetro da capacidade contributiva. No entanto, eventuais discriminações não poderão se revelar arbitrárias, sendo fundamental a observância do princípio da igualdade em associação aos direitos fundamentais. No que toca ao direito de propriedade, Seabra de Godoi assevera que a extrafiscalidade, por essência, não se assume como neutra. Assim, a tributação extrafiscal aproxima-se de institutos expropriatórios, mas não pode se equiparar a eles. Por conseguinte, a tributação extrafiscal não deve ofender o núcleo essencial do direito de propriedade. Outro limite específico, o dever de contribuir, não implica o afastamento da extrafiscalidade em relação aos pressupostos da capacidade econômica e da arrecadação como propósito típico. Ainda, em relação às competências materiais, a extrafiscalidade está logicamente conectada às competências materiais definidas constitucionalmente para o Ente tributante. Por fim, como último elemento limitador, está a capacidade econômica do contribuinte, que não pode ser radicalmente afastada sob justificativas extrafiscais.

vinculado à Presidência da República, divulgou relatório (BRASIL, 2011) sobre os indicadores de iniquidade do sistema tributário nacional, identificando cinco problemas críticos: a regressividade e má distribuição da carga tributária; baixo retorno social em relação à carga tributária; estrutura tributária que desincentiva as atividades produtivas e a geração de emprego; inadequação do pacto federativo em relação à distribuição de competências tributárias, responsabilidades e territorialidades; e ausência de cidadania tributária.

Interessa-nos, para a abordagem que vem sendo conduzida, os problemas relacionados à regressividade do sistema tributário e sua iniquidade na repartição do ônus fiscal, além do baixo retorno social. Um dado importante é que a arrecadação tributária concentra-se na matriz do consumo, que enseja um volume de recursos da ordem de 46,8% da arrecadação total do Estado brasileiro, englobando-se importantes impostos indiretos como ICMS, IPI, ISS e COFINS.

A grave iniquidade do sistema tributário brasileiro decorre, primordialmente, pela matriz tributária adotada, pois a associação de tributos indiretos sobre a base do consumo implica no agravamento das desigualdades, pois dificilmente haverá condições perfeitas para aplicação de técnicas relacionadas à capacidade contributiva. Segundo dados expostos no referido relatório (BRASIL, 2011), enquanto quase a metade da arrecadação é proveniente sobre tributos que oneram o consumo e, por conseguinte, pesam exacerbadamente sobre as classes mais pobres, apenas 25,5% dessa arrecadação decorre de tributos incidentes sobre as bases econômicas da renda e patrimônio, que são representadas por clássicos impostos progressivos.

Adicionalmente, constata-se que “o retorno social em relação à carga tributária é considerado baixo porque dos 34,9% do PIB auferidos em 2008 apenas 10,4% do produto retornaram à sociedade na forma de investimentos públicos em educação (4,7%), saúde (3,7%), segurança pública (1,4%) e habitação e saneamento (0,6%)”. Portanto, é factível concluir que, dada a matriz tributária brasileira, muito provavelmente as classes mais pobres estão autofinanciando programas de transferência de renda instituídos em seu benefício, o que denota uma ineficiência do instrumento extrafiscal numa perspectiva integrada entre receita e despesa. Diante desse quadro fático, constata-se que a tributação no Brasil acentua as disparidades sociais e, ao invés de propiciar a distribuição da riqueza, concentra-a em prol das classes mais privilegiadas. Percebe-se, portanto, que o patrimonialismo e o domínio classista se mantêm latente na sociedade brasileira.

Neste sentido, verifica-se ser impossível falar-se de limites abstratos à extrafiscalidade. Discussões sobre limites à extrafiscalidade necessariamente devem apresentar um referencial histórico-societal determinado, possibilitando-se a aferição parametrizada de efeitos provenientes do instrumento adotado para a implantação de determinada política social ou econômica.

Assim, em se tratando do sistema tributário brasileiro e das atribuições constitucionalmente indicadas a seu Estado social em formação, a extrafiscalidade deve ser evidentemente avaliada segundo critérios de interesse e relacionamento entre carga tributária suportada pelo beneficiário e despesa realizada (retorno social). Essa correlação entre extrafiscalidade, as receitas e as despesas apresenta-se como critério seguro de legitimação do Estado social e evidente solução para se concretizar uma adequada distribuição da riqueza nacional.

De fato, Ronald Dworkin (2008, p. 92) demonstra que uma das atividades governamentais fundamentais é proporcionar uma justa distribuição da riqueza nacional, pois o livre mercado é incapaz de fazê-lo. Assevera o filósofo americano que os tributos são o principal mecanismo por meio do qual o governo realiza seu papel de redistribuição, pois ele arrecada recursos junto às classes mais abastadas e utiliza-o para financiamento de uma variedade de programas de assistência social. Desta forma, Dworkin (2008, p. 97) sustenta que a legitimidade política é obtida através de uma medida de igual consideração entre os cidadãos, além do respeito à responsabilidade pessoal. Assim, a adoção de políticas fiscais deve levar esse parâmetro em conta de relevância, sob pena de o instrumento extrafiscal tornar-se a causa de uma desigualdade social excessiva.²⁵⁶

Transportando-se essa ideia de igual consideração e respeito à responsabilidade pessoal para a realidade brasileira, aproximamo-nos do pensamento de Wolkmer (2001, p. 242) de que as classes marginais da sociedade brasileira devem ser amparadas por instrumentos extrafiscais (programas de renda mínima, ações governamentais em prol das deficiências relativas à moradia, saúde, educação e carência alimentar) que assegurem a satisfação de um “sistema de necessidades fundamentais”. Com essa expressão, Wolkmer pretende demonstrar que diversos atores sociais de baixa expressão política tem se organizado para reivindicar a satisfação de necessidades mínimas de subsistência, tendo em vista a dissolução de seus direitos sociais por força de baixos níveis de qualidade, bem-estar

²⁵⁶ Dworkin faz referência ao exacerbado corte de tributos realizado pelo governo do presidente George W. Bush, que beneficiou exclusivamente os mais ricos e aumentou a desigualdade social nos Estados Unidos.

e materialidade social da vida. É pertinente a sua exposição à discussão travada nesse momento:

De qualquer forma, ao avaliar-se o desenvolvimento conjuntural e estrutural do Capitalismo nas sociedades latino-americanas, parece clara a forte tendência de ser priorizada uma interpretação ‘determinista’ ou ‘sócio-econômica’ de toda uma globalidade de necessidades básicas insatisfeitas. Isso justifica-se, historicamente, porquanto as condições valorativas, estruturais e institucionais favorecem leituras das ‘necessidades’ como resultantes de carências primárias e diretas, de lutas e conflitos gerados pela divisão social do trabalho e por exigências de bens e serviços vinculados à vida produtiva. Mesmo que a hipótese do ‘determinismo estrutural’ possa ser incisiva e preponderante quando se opera com as esferas públicas periféricas (caso da América Latina), desintegradas pelos níveis de qualidade, bem-estar e materialidade social de vida, não se pode e não se deve omitir as variáveis culturais, políticas, éticas, religiosas e psicobiológicas. Com isso quer-se frisar que, para alcançar a real compreensão da ‘estrutura da satisfação das necessidades’ nas formas de vida imperantes na América Latina e no Brasil, ainda que ela seja em grande parte constituída por carências e ‘necessidades necessárias’, engendradas pelas condições do seu próprio modelo de desenvolvimento capitalista, não caberá excluir a contingência de necessidades eventuais, indeterminadas ou racionalizadas. De fato, o conjunto das necessidades humanas fundamentais, quer como núcleo gerador de novos sujeitos coletivos, quer como força motivadora e condição de possibilidade de produção jurídica, tem sua gênese num amplo espectro de causalidades qualitativas e quantitativas, objetivas e subjetivas, materiais e imateriais, reais e ilusórias etc. Em suma, é nas condições de nosso processo histórico-social periférico, marcado por formas de vida inseridas na eclosão de conflitos, contradições e insatisfação de necessidades materiais, que se interpõe a reivindicação de ‘vontades coletivas’, em defesa dos direitos adquiridos e na afirmação ininterrupta de ‘novos’ direitos a cada momento.

Desta forma, a legitimidade do Estado social brasileiro passa inegavelmente pela extrafiscalidade, obtendo-se, em consequência, o reequilíbrio das relações de socialidade. A histórica desigualdade brasileira, assegurada pelas elites mediante o controle das rupturas político-sociais, conduziu a sociedade em “banho-maria” no que se refere às expectativas evolucionárias. A revolução pela democracia deve ser orientada por ações concretas destinadas à garantia de um sistema de necessidades fundamentais, elemento basilar de um sistema constitucional de direitos fundamentais.

Para tanto, em virtude de nossa herança colonial e patrimonialista, defendemos que o resgate das relações comunitárias e de igualdade deve ser inicialmente encaminhado pelo Estado social brasileiro em construção. Tal atribuição somente será adequada e eficazmente assegurada mediante a utilização de instrumentos extrafiscais pautados pelo equilíbrio fiscal, transparência e publicidade inerente à responsabilidade fiscal, promovendo-se uma contínua avaliação entre a receita arrecadada e a despesa necessária a esse desiderato.

Nada obstante, é fundamental o enfrentamento da iniquidade do sistema tributário brasileiro, de modo e evitar a perpetuação de inequívocos sintomas de distorção entre o financiamento da atividade estatal e a capacidade econômica individual.

3.3. A ÚLTIMA PALAVRA... E ELA PERTENCE À JUSTIÇA

Não poderíamos encerrar o presente estudo sem abordar a questão da justiça como imperativo ético-social oponível ao Estado e ao exercício do poder de tributar. A partir de considerações de justiça, torna-se possível colher elementos de justificação para a redistribuição da renda, especialmente através de instrumentos extrafiscais.

A justiça não é passível de definição, mas apenas de caracterização ou tracejamento. Por isso, vicejam inúmeras teorias sobre a justiça aparentemente contraditórias entre si, basta lembrar-nos do conflito teórico atualmente existente entre comunitaristas, liberais e libertários.²⁵⁷ Na atualidade, conforme assevera Manuel Atienza (1985, p. 93), o termo justiça expressa ou designa um valor social e, mais especificamente, um critério ou conjunto de critérios para se avaliar um sistema de normas ou práticas sociais. Desta forma, como valor especificamente jurídico, a justiça representa os critérios necessários à aferição do sistema jurídico de acordo com uma concepção ética vigente naquele momento.

Por isso que a justiça admite adjetivações, pois cada valor ou critério necessário à aferição da justiça do sistema pode ser elevado pelo intérprete como primordial. Neste sentido, colhem-se em diversos textos doutrinários inúmeras perspectivas de justiça: justiça social, justiça fiscal, justiça distributiva, justiça comutativa, justiça formal, justiça material, etc.²⁵⁸ A nosso sentir, e valendo-se do raciocínio desenvolvido por Atienza (1985, p. 93) a justiça pode se firmar com um valor jurídico total, sofrendo a confluência de outros valores relevantes, tais como: a igualdade, a liberdade e a solidariedade. Assim que, não haverá justiça se não se faz presente na sociedade condições de liberdade, tampouco haverá justiça se não se preservam os parâmetros éticos da igualdade ou solidariedade.

Portanto, pode-se afirmar que na atualidade, a aferição do que é justo perpassa pela dialética entre os valores da liberdade, igualdade e solidariedade, justificando-se uma relação de compatibilidade entre a conduta pautada por normas jurídicas e morais. Nesse aspecto, entendemos que as teorias da justiça não podem privilegiar determinado valor em

²⁵⁷ Cf. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; LOIS, Cecilia Caballero (Org.). **Justiça e Democracia: Entre o Universalismo e o Comunitarismo**. São Paulo: Landy, 2005.

²⁵⁸ Cf. Atienza (1985); GODOI, Marciano Seabra de. **Justiça, Igualdade e Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 1999; LEONETTI, Carlos Araújo. **O Imposto sobre a Renda como Instrumento de Justiça Social no Brasil**. Barueri: Manoel, 2003.

detrimento de outro, pois haveria a retirada de um dos parâmetros fundamentais de aferição da compatibilidade do sistema jurídico frente à moral.

De todo modo, considerando o direcionamento do presente trabalho, interessa-nos mais detidamente a forma como a extrafiscalidade tem sido adotada como instrumento para a concretização dos valores subjacentes ao ideal de justiça como valor total, propiciando o equilíbrio dos módulos relacionais da socialidade. Não há dúvidas de que a sociedade brasileira perpetua e reproduz desigualdades. Basta uma análise sobre a iniquidade do sistema tributário brasileiro para aferirmos que determinadas estruturas de poder atenuam as possibilidades e perspectivas transformadoras do direito através da atuação estatal.²⁵⁹

Todavia, o amadurecimento democrático da sociedade brasileira tem propiciado iniciativas exitosas de aproximação a uma situação de justiça, como, por exemplo, a política de reajustes automáticos do salário mínimo, vinculados à taxa de crescimento real do produto interno bruto brasileiro, conforme dispõe a Lei nº 12.382, de 25 de fevereiro de 2011; e o programa de transferência de renda denominado Bolsa Família, estipulado pela Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Nesse aspecto, a discussão sobre justiça social,²⁶⁰ que traz necessariamente em seu bojo uma avaliação sobre as condições de igualdade e solidariedade, encontra direta ressonância em práticas extrafiscais adotadas pelo Estado brasileiro na atualidade.

Com efeito, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA divulgou recente estudo denominado “A Década Inclusiva (2001 – 2011): Desigualdade, Pobreza e Políticas de Renda”, Comunicado nº 155 de 25 de setembro de 2012, através do qual aponta que a desigualdade brasileira encontra-se atualmente em seu piso histórico, apesar de estar entre as 12 mais altas do mundo. Alguns aspectos suscitados pelo estudo merecem realce, pois suas conclusões servem muito bem ao escopo da presente pesquisa.

De início, é importante ressaltar que o estudo realizado pelo IPEA se propõe a aferir a desigualdade como elemento derivado da função bem-estar. Essa função de bem-estar é apurada por meio de duas variáveis estatísticas: o produto interno bruto – PIB, que é qualificado como “uma medida de bem-estar social que por construção não se importa com as diferenças entre as pessoas, apenas com a soma das riquezas produzidas” (BRASIL,

²⁵⁹ Cf. Relatório de observação da iniquidade do sistema tributário brasileiro (BRASIL, 2011).

²⁶⁰ De acordo com Ferraz Jr. (2005, p. 221), o termo justiça social origina-se da doutrina social da igreja, possuindo uma difícil delimitação exegética. Não obstante, em relação ao aspecto material do termo, ele assevera: “Seu conteúdo está nas relações humanas enquanto relação entre seres que sobrevivem pela sua própria força de trabalho e seu problema, constituí-los em igualdade como pessoas e não como abstrações. Constituí-los como pessoas significa ao mesmo tempo reconhecê-los como distintos e, aos mesmo tempo, igualados pelas condições de sobrevivência”.

2012, p. 03), de modo que o PIB não é relevante para aferição da distribuição da riqueza entre os distintos estratos sociais; e o índice de Gini, que é operacionalizado mediante uma graduação entre os estratos sociais segundo parâmetros de renda, atribuindo diferentes pesos a esses estratos segundo níveis decrescentes de renda. Assim, os mais ricos possuem peso proporcionalmente inferior do que os mais pobres.

Munido desses índices de comparação, a análise do IPEA identificou que “entre 2001 e 2011, a renda *per capita* dos 10% mais ricos aumentou 16,6% em termos acumulados, enquanto a renda dos mais pobres cresceu 91,2% no período” (BRASIL, 2012, p. 6). Nesse período, o índice de Gini decaiu de 0,594 em 2001 para 0,527 em 2011. Assim, segundo o IPEA, pela PNAD – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, o Brasil atingiu em 2011 o piso histórico da desigualdade social, advertindo, todavia, que seriam necessários mais 20 anos com o mesmo ritmo de crescimento para se alcançar o patamar de desigualdade existente nos Estados Unidos. Interessante notar que o Comunicado nº 155 do IPEA (2012, p. 8) atribui como causas imediatas para a redução da desigualdade fatores exclusivamente decorrentes da ação promovida pelo Estado social brasileiro:

A inédita redução da desigualdade observada na década passada pode ser composta pelas diversas fontes de renda captadas pela PNAD e retrabalhadas da seguinte forma: Trabalho (58%), Previdência (19%), Bolsa Família (13%), Benefício de Prestação Continuada (BPC, 4%) e Outras Rendas (6%) como aluguéis e juros. Ou seja, a maior parte da queda da desigualdade se deveu ao efeito da expansão trabalhista observada, o que confere sustentabilidade ao processo redistributivo assumido. Sem as políticas redistributivas patrocinadas pelo Estado brasileiro, a desigualdade teria caído 36% menos na década.

De outro lado, em virtude da alta desigualdade existente na sociedade brasileira, ações públicas de caráter inclusivo se apresentam como excelente instrumento de redistribuição de renda e igualação qualitativa através da oferta de bens básicos, tais como saúde, educação e habitação.²⁶¹ Exemplo disso é programa Bolsa Família que estipulou como metas a redução da pobreza e da desigualdade de renda e mitigação da transmissão intergeracional da pobreza.

Conforme exposição de André Portela de Souza (2011, p. 169), o programa “Bolsa Família” mobiliza 12 bilhões de reais, o que corresponde a 0,5% do PIB, e beneficia em torno de 13 milhões de famílias, segundo dados de 2009. Segundo Portela de Souza, o custo fiscal do programa “Bolsa Família” é maior, pois há dois outros componentes além do valor

²⁶¹ André Portela de Souza (2011, p. 167) esclarece que “os maiores programas assistenciais de transferência de renda são o Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica da Assistência Social (BPC-LOAS), o benefício da aposentadoria rural e o Bolsa Família (BF)”.

dos benefícios, quais sejam, os custos diretos com a implementação do programa (estrutura burocrática) e os custos para sua gestão. Assim, estima-se que de R\$ 12,3 bilhões de reais, efetivamente são revertidos em benefícios o valor de R\$ 11,8 bilhões de reais. Não obstante, o impacto de curto prazo é relevante, pois há diminuição da intensidade da pobreza conforme demonstrado anteriormente, apesar de inexistir efeitos qualitativos diretos sobre o incremento do capital humano. Nessa perspectiva, Portela de Souza (2011, p. 181) afirma que:

Com base nessas evidências empíricas dos programas sociais e do Bolsa Família, pode-se concluir que o programa tem sido efetivo em focalizar as transferências de renda para as famílias mais pobres, mas, por outro, lado, não tão efetivo em estimular de maneira significativa a acumulação de capital humano das novas gerações. Talvez o maior mérito do programa até agora tenha sido fazer com que as políticas sociais de transferências cheguem aos mais pobres. Criou-se no Brasil uma tecnologia de políticas públicas de alcance aos mais pobres, embora, obviamente, com variações regionais. O desafio está em aproveitar essa tecnologia para aumentar a eficácia e a eficiência das políticas sociais de modo a eliminar consistentemente a pobreza no Brasil.

E essas práticas necessariamente incorporam o viés anteriormente analisado da revolução pela democracia, fornecendo uma linha significativa para a cooperação e readequação da distribuição dos bens sociais entre todos os cidadãos. Assim, na trilha de José Fernando de Castro Farias (2004, p. 131):

Quando abordamos o tema da justiça social, ou justiça distributiva, estamos discutindo como as coisas ou bens devem ser distribuídos entre os membros de uma sociedade humana. Quando se considera uma política socialmente injusta, isto significa que, dado a maneira como os membros de uma sociedade são tratados, uma pessoa ou grupo de pessoas tem mais vantagens do que outra pessoa ou grupo de pessoas. De uma maneira geral, o problema da justiça verifica-se quando há a formulação de exigências concorrentes que incidem sobre a divisão dos bens na sociedade em condições de escassez moderada.

Portanto, entendemos que determinados valores devem ser avaliados em conjunto para obtenção de uma síntese dialética compatível às expectativas da sociedade em relação ao desenvolvimento do Estado social, conferindo-lhe maior legitimidade. Em termos claros, propugnamos por uma experimentação jurídico-democrática²⁶² de determinados direitos fundamentais, proporcionando uma avaliação de suas abordagens dogmáticas com vistas a propiciar uma maior transformação social, sem, contudo, causar o ferimento do respectivo núcleo essencial.²⁶³

²⁶² Cf. Unger (2004).

²⁶³ Cf. Alexy (1993).

Nessa perspectiva, podemos indicar os estudos importantes de Michael Walzer (2003), quando enuncia o conceito de igualdade complexa e respectivos princípios distributivos, e de Liam Murphy e Thomas Nagel (2005), que abordaram a perspectiva da justiça tributária em correlação ao direito de propriedade e a equidade vertical.

Michael Walzer insere-se numa vertente doutrinária denominada comunitarismo que, apesar de suas múltiplas orientações individuais, parte de uma premissa ético-teleológica e ênfase nos valores da comunidade. Desta forma, essa corrente teórica rejeita as teses universalistas sobre justiça, liberdade e igualdade reverberadas por teóricos liberais, empreendendo, assim, a pesquisa de soluções para os problemas das associações políticas no âmbito de suas específicas práticas sociais e tradições. Sobre o tema, Manuel Atienza (2001, p. 205) esclarece que:

A crítica principal à concepção universalista e individualista da ética procede ultimamente do chamado comunitarismo. A ideia fundamental aqui é que o homem não pode conceber-se com um individuo isolado, senão como um ser social, como parte de uma unidade superior, de uma comunidade (a família, a nação...). Em consequência, o que importa, o que tem valor moral é, antes de tudo, o bem da comunidade e não os direitos (e correlativos deveres) dos indivíduos. À ética dos deveres, baseada na obediência às normas, deveria substituir-lhe um ética das virtudes, que gira em torno da formação de caráter, à educação dos sentimentos para direcionar as pessoas até o bem (tradução nossa).²⁶⁴

Assim, a premissa maior dos comunitaristas é o particularismo, isto é, manter-se próximo e inserto no mundo social em que vivemos. Por isso, Walzer (2003, p. 37) afirma que “a própria comunidade é um bem – talvez o mais importante bem – que é distribuído. Mas é um bem que só se distribui quando se acolhem pessoas, quando todos os sentidos desta última frase são relevantes: elas devem ser fisicamente admitidas e politicamente recebidas.”

Em virtude dessa concepção particularista, Walzer especifica um significado de igualdade, por ele denominada “igualdade complexa”, que empreende uma delimitação do conjunto de relações sociais para tornar impossível o predomínio de determinados grupos na apropriação e controle dos bens sociais. Desta forma, Walzer busca a compreensão dos vários bens sociais e, posteriormente, adota uma orientação pragmática para evitar a tirania (que pode ser entendida como um viés monopolista de distribuição dos bens sociais), que

²⁶⁴ No original: “La crítica principal a la concepción universalista e individualista de la ética procede últimamente del llamado comunitarismo. La idea fundamental aquí es que el hombre no puede concebir-se cómo un individuo aislado, sino como un ser social, como parte de una unidad superior, de una comunidad (la familia, la nación...). En consecuencia, lo que importa, lo que tiene valor moral es, ante todo, el bien de la comunidad y no los derechos (y los correlativos deberes) de los individuos. A la ética de los deberes, basada en la obediencia a las normas, debería sustituirle una ética de las virtudes, que gira en torno a la formación del carácter, a la educación de los sentimientos para disponer a las personas hacia el bien”.

consiste na conversão de um bem em outro sem qualquer conexão derivativa entre eles. Conforme esclarece José Fernando Castro Farias (2004, p. 161), “se não há nada errado em que se detenha o poder político, é tirania usar o poder político para se ter acesso a outros bens, da mesma forma que é tirania usar outros bens para deter o poder político”.

Essa perspectiva implica a enunciação de um princípio distributivo ilimitado, que permite o estudo do significado dos bens sociais e o exame interno das diversas esferas distributivas. Para Walzer (2003, p. 25), o princípio distributivo ilimitado impõe que “nenhum bem social ‘x’ será distribuído a quem possua algum outro bem ‘y’, meramente porque possui ‘y’ e sem consideração ao significado de ‘x’”. Associado a este princípio distributivo, há três critérios de distribuição: o livre intercâmbio, o mérito e a necessidade. Todos esses critérios distributivos convivem no seio do princípio distributivo ilimitado anteriormente enunciado, um ou outro cedendo passo em relação aos específicos bens sociais distribuídos.

O livre intercâmbio conecta-se às relações de mercado (ou proporcionalidade, na nomenclatura de Atahualpa Fernandez)²⁶⁵, estipulando a ampla conversibilidade de todos os bens através da neutralidade monetária. Esse critério, assim como o mérito, é eminentemente ilimitado e pluralista. O problema a ser enfrentado, segundo Walzer (2003, p. 27), é que o critério do livre intercâmbio deixa as distribuições integralmente ao alvedrio individual. Desta forma, é imprescindível a sua limitação para que os significados dos bens sociais não estejam sujeitos às decisões interpretativas individuais, abrindo espaço para uma decisão coletiva sobre os limites impostos às relações de mercado.

Já o mérito é critério essencialmente relacionado à individualidade. Assim, o mérito demanda um vínculo intrínseco entre os bens a serem distribuídos e as pessoas agraciadas, afastando-se de concepções basilares relacionadas ao mecanismo justo de distribuição dos bens sociais.

Por fim, a necessidade conecta-se à máxima de que a distribuição dos bens sociais observa as necessidades individuais de cada um, critério que se apresenta evidentemente incompleto para fins de distribuição, dada a sua subjetividade. Assim, diante de situações evidentes de iniquidade vertical, o critério da necessidade pode adquirir preeminência, pois haveria uma demanda iminente a ser satisfeita e que afasta-se de qualquer ideal de justiça a sua rejeição. Todavia, a consequência imediata do critério de necessidade é a distribuição de bens distintos para cada grupo social de acordo com razões diferenciadas.

²⁶⁵ Cf. tópico 3.1 supra.

Partindo-se dessa base teórica, Walzer analisa diversos bens sociais e os respectivos critérios de distribuição. Interessa-nos, mais detidamente, a análise por ele empreendida sobre a segurança e o bem-estar social. Primeiramente, Walzer (2003, p. 91) assevera que toda comunidade política orienta-se pelo empenho de sua força coletiva para o atendimento das necessidades de seus membros, o que pressupõe “certo senso compartilhado de obrigação”. Por isso, Walzer afirma que toda comunidade política é, em princípio, um Estado de bem-estar social. Dessa observação decorre a constatação característica de historicamente as lutas populares contestaram o desempenho do Estado na realização desse desiderato, indicando o descumprimento estatal das tarefas que alega possuir.

Em Walzer, a justiça distributiva inerente à segurança e bem-estar não pode ser universalista. O significado de bem-estar e a amplitude de sua provisão deverá observar o critério da necessidade, mas também a qualidade de membro da comunidade. Por isso, ele afirma que a comunidade não é um “clube de benefícios” e, tampouco, existem vantagens mútuas no âmbito dessa distribuição. “A verdade é que todos os trabalhos sérios de provisão comunitária (contanto que a receita da comunidade provenha da riqueza de seus membros) têm caráter redistributivo”. (WALZER, 2003, p. 109).

Nessa linha de raciocínio, Walzer estipula que os cidadãos democráticos mantêm um vínculo moral mútuo de redistribuição dos recursos dos membros segundo uma definição consensual de suas necessidades, mas essencialmente variável no tempo segundo avaliações políticas sobre suas minúcias. Não obstante, Walzer alerta que as formas contemporâneas de política igualitária são originárias da luta contra o capitalismo e a tirania das relações de mercado, e assim continuará sendo. Por isso, Walzer assevera (2003, p. 439):

A instituição de uma sociedade igualitária não será o fim da luta pela igualdade. Só se pode esperar que a luta se torne um pouco mais fácil quando as pessoas aprenderem a viver com autonomia das distribuições e a reconhecer que as diversas pessoas em esferas distintas geram uma sociedade justa. Existe certa disposição mental que fundamenta a teoria da justiça e que deve ser fortalecida com a experiência da igualdade complexa: podemos vê-la como um respeito razoável pelas opiniões da humanidade.

Vimos durante todo o decorrer do trabalho que o direito e o Estado brasileiro transcorreram sob o signo do conservantismo. Apenas agora é possível afirmar que há as condições iniciais para a formação do modelo tipológico-funcional do Estado: o Estado social, cuja legitimidade advém da efetiva concretização dos direitos fundamentais. Não obstante, a profunda desigualdade social decorrente da estratificação proporcionada por um histórico colonial-patrimonialista demonstra que o sistema de direitos ainda é um horizonte

distante. A sociedade brasileira, caracterizada por um déficit de socialidade, não atende sequer a um sistema de necessidades fundamentais, como relatou Wolkmer (2001), justificando-se uma atuação estatal fortemente orientada por critérios redistributivos.

Essa orientação passa fundamentalmente pela concepção adequada do sistema tributário. De fato as convicções de justiça social e legitimidade política de determinada sociedade são inerentes à formatação da matriz tributária. Liam Murphy e Thomas Nagel (2005, p. 11) demonstram exatamente isso: “os impostos têm de ser avaliados como um elemento do sistema geral de direitos de propriedade que eles mesmos ajudaram a criar”.

A atividade tributária não pode ser compreendida como um expediente assecuratório do regime de propriedades, mas, ao contrário, uma cláusula convencional do pacto político fundamental prévio ao sistema geral do direito de propriedade. Em consequência, a invocação irrestrita do direito de propriedade em oposição à tributação somente se justifica após a definição primordial de como esse direito poderá ser exercido, além da forma de custeio da atividade estatal e da repartição da riqueza entre os membros da comunidade. Nas palavras de Murphy e Nagel (2005, p. 11):

Se existe um tema dominante que se faz presente em toda a nossa discussão, ele é o seguinte: a propriedade privada é uma convenção jurídica definida em parte pelo sistema tributário; logo, o sistema tributário não pode ser avaliado segundo seus efeitos sobre a propriedade privada, concebida como algo dotado de existência e validade independentes. [...] A justiça ou injustiça na tributação não pode ser outra coisa senão a justiça ou injustiça no sistema de direitos e concessões proprietárias que resultam de um determinado regime tributário.

Segundo Murphy e Nagel (2005), a tributação apresenta duas funções principais: a função de repartição global das riquezas entre o público e o privado, sendo que as riquezas públicas são geridas pela estrutura burocrática do estado segundo critérios estipulados através de procedimentos de decisão coletiva; e a função de distribuição, isto é, a divisão do produto social entre os diversos indivíduos, seja sob o âmbito da apropriação privada, seja pela concessão de benefícios proporcionados pela ação pública.

Para esses autores, a redução da desigualdade social e econômica é um bem público, isto é, um bem que beneficia indistintamente a todos. Por conseguinte, os custos devem ser suportados pelos contribuintes individuais segundo critérios inerentes à reprodução do nível de bem-estar desejado, o que pode se dar mediante transferências diretas (programas de renda mínima ou impostos negativos) ou ações públicas diretas.

Desta forma, pensamos que discursos conservadores profusamente divulgados no Brasil sobre a alta incidência da carga tributária ou a inépcia do Estado social encontram-se

dissociados do pacto político fundamental que rege, na atualidade, a sociedade brasileira. São, inequivocamente, vozes que ecoam o Brasil pré-moderno do trabalho escravo e do oligarquismo prenhe de privilégios; fantasmas do Brasil moderno em que a distribuição das riquezas ocorreria apenas após o crescimento do bolo, escondendo o fato de que seu recheio já havia sido apropriado pelas elites nacionais.

Assim, observa-se que a extrafiscalidade, além de se revelar como instrumento de legitimação do Estado social, apresenta-se como um método democrático para o desempenho das funções inerentes ao poder de tributar. Todavia, como visto anteriormente, a extrafiscalidade no Brasil tornou-se um paliativo para a consecução de bases mínimas de satisfação do sistema de necessidades fundamentais, pois a sua eficácia redistributiva esbarra na absoluta iniquidade do sistema tributário brasileiro e na difusa consciência social a respeito das funções da tributação. Ante os sucessivos reveses de uma reforma tributária que confira equidade ao sistema tributário nacional²⁶⁶, fica apenas a esperança expressada por Murphy e Nagel (2005, p. 260):

É legítima a esperança de que, apesar do fracasso definitivo da propriedade coletiva dos meios de produção no decorrer do século XX, a maioria das pessoas venha a acreditar que, mesmo sob o sistema capitalista, a organização da economia e a distribuição dos produtos econômicos entre o controle público e o controle privado podem ser objetos legítimos de um debate político contínuo, e que a escolha procedente desse debate tenha de ser feita segundo critérios que a justifiquem não só do ponto de vista moral, por meio de um processo democrático que a legitime. Os valores que determinam essa escolha sempre poderão ser objeto de discordância. Mas essa perspectiva nos garante pelo menos um contexto favorável à aplicação de critérios de justiça à política tributária; garante também um lugar para a avaliação filosófica das divergências entre esses diferentes critérios.

Vamos manter a esperança, mas com perseverança de uma efetiva mudança do sistema tributário brasileiro, adotando concepções racionais e equitativas sobre a matriz da tributação.

²⁶⁶ Para um aprofundamento sobre a teoria equitativa da tributação, cf. LAGEMANN, Eugenio. Tributação Equitativa. **Ensaio FEE**. Porto Alegre, v. 22, n. 1, p. 288-306, 2001. Disponível em: <http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/viewFile/1996/2377>. Acessado em 28/02/2013.

CONCLUSÃO

O presente estudo adotou como premissa a análise sobre a dogmática tributária brasileira contemporânea com vistas a uma adequada compreensão do conhecimento produzido até o momento pelos estudiosos pátrios. É interessante esclarecer que o aprofundamento da pesquisa indicou a necessidade de resgatar os antecedentes epistemológicos da ciência jurídica, o que desaguou no exame do desenvolvimento da ciência e do pensamento moderno.

Essa investigação foi sumamente importante, pois demonstrou que o conhecimento jurídico foi subjugado por uma perspectiva cientificista limitadora, acobertadora de silêncios, interesses e ilusões. O predomínio do formalismo e do positivismo no seio da dogmática jurídica, construção desenvolvida nos interesses de uma classe hegemônica ascendente, fez com que o conhecimento jurídico doravante obtido se vinculasse a parâmetros abstratos, obtendo como resultado discursos meramente lógicos, metódicos e sistemáticos. As verdades obtidas através desse tipo de conhecimento jurídico estavam desvinculadas da experiência do real, da mundanidade concreta e vivenciada pelo indivíduo culturalmente situado.

Formou-se um juridicismo sacralizado, reverberado canonicamente por acadêmicos formados no seio de universidades que detêm a exclusiva finalidade de manter o simbolismo e a utilidade de consciências adequadas à garantia do poder exercido por um determinado grupo social. Capitalismo, Estado e Direito transformaram-se nas engrenagens imutáveis de uma sociedade excludente e ilusionária que, ao mesmo tempo, apregoava falsamente a busca contínua pelo bem comum de todos. A crítica realizada por Luis Alberto Warat (1995, p. 69) a respeito da evangelização interditoria e mítica empreendida pela universidade contemporânea não é destituída de razão. Nessa mesma linha de raciocínio, Marcus Faro de Castro (2012, p. 19) indica a existência de um direito acadêmico reprodutor de concepções fundadas em ideias prontas destinadas à preservação da ordem e a uma postura negativa do jurista em relação à mudança social.

O direito acadêmico conformista e conservador está no seio da doutrina brasileira de direito tributário, essencialmente vinculada à intelecção dos caracteres formais das normas tributárias e da limitação da atividade impositiva estatal. Não há a preocupação na conexão de sentido entre o conceitualismo abstrato e o fenômeno tributário apreensível pelo

intérprete. Enquanto são produzidas inúmeras páginas monográficas sobre a norma tributária e seus componentes, sobre a guerra fiscal travada pelos Estados-membros, ou sobre a possibilidade de compensação entre créditos tributários devidos pelos particulares e precatórios oponíveis aos entes federados, pouca atenção é dedicada às questões relacionadas à construção de uma matriz tributária adequada a uma tributação subserviente à capacidade contributiva e à equidade no financiamento das atividades estatais.

De fato, a incongruência da matriz tributária brasileira permanece. Baixa oneração da propriedade e da renda associada à alta concentração impositiva sobre o consumo exercem a sombria função de preservação do elitismo e patrimonialismo arraigado na história brasileira. Evita-se a difusão de que os grandes apoiadores do Estado brasileiro são exatamente aqueles que possuem menor capacidade econômica para fazê-lo. Omite-se o fato de que as despesas mais relevantes do Estado brasileiro destinam-se ao financiamento do aparato burocrático necessário à proteção da propriedade privada. Esquece-se que a atividade financeira do estado pressupõe o vínculo intrínseco entre receita e despesa, o que impede a constatação óbvia de que na maior parte das vezes as políticas sociais são financiadas pelos próprios beneficiários. Por fim, enterra-se a concepção originária de que a tributação detém a finalidade de redistribuição dos bens sociais, assegurando uma maior equidade no relacionamento dos membros da sociedade.

A dogmática tributária apresenta-se, assim, como o arauto da preservação dos direitos inalienáveis dos cidadãos, criando a perspectiva de que a atividade impositiva estatal é extremamente ineficiente ou abusiva. Esse discurso hegemônico é transplantado para os meios de comunicação de massa, causando a impressão de que o Estado é o agente causador das mazelas sociais ou o ralo por onde passam todos os recursos obtidos junto aos particulares. Cria-se uma consciência social pautada pela desqualificação do tributo e do Estado.

A propagação do discurso conservador também se volta ao Estado brasileiro, reputando-o como inchado, pesado ou inerte. Dessa forma, o direito acadêmico se apropria de debates próprios de culturas estrangeiras, indicando, a partir de uma realidade sociocultural diversa, a necessidade de preservação das relações de mercado ou o retorno a concepções liberais do Estado mínimo.

Todas essas constatações demonstraram a necessidade de um adequado exame do Estado brasileiro e, especialmente, do Estado social brasileiro. A partir de uma sistematização inerente à segregação dos elementos de estruturação do Estado e de suas

condições funcionais, observou-se que o Estado social brasileiro não é uma peça de ficção, mas tampouco se apresenta como um projeto acabado.

Daí que as críticas sobre a crise do Estado social brasileiro nos apresentam totalmente descontextualizadas. O discurso da crise desconsidera o fato de que apenas nos últimos anos iniciaram-se os debates acerca da necessidade de concretização dos direitos fundamentais de caráter social, mitigando o profundo fosso social causado por uma sociedade de base escravagista, elitista e patrimonialista.

Essa discussão deve ser conduzida por uma dialética pautada pela promoção, proteção e universalização dos direitos fundamentais. A superação do juridicismo por concepções inovadoras e solidaristas, que imbricam a legitimidade do Estado social a uma racionalidade material amparada por imperativos éticos, permite extrair a legitimação desse tipo funcional a partir do sistema de direitos fundamentais fixado pela Constituição Brasileira de 1988.

De outro lado, a aquisição da legitimidade através dos direitos fundamentais demanda uma avaliação da tributação contraposta à atual dogmática tributária de cunho formalista e positivista. Nesse sentido, é essencial uma associação entre as receitas obtidas pela atividade impositiva e as despesas realizadas pelo Estado no âmbito de políticas públicas democraticamente aprovadas pela sociedade. A integração entre o direito tributário e o direito financeiro abre novas perspectivas para a extrafiscalidade, que deixa de ser um simples efeito indutor dos agentes econômicos por meio da tributação para se tornar um instrumento de legitimação do próprio Estado social.

Todas essas constatações conduzem à percepção de que a extrafiscalidade pode traduzir uma situação de justiça como valor jurídico total, integrando outros valores relevantes para a sociedade brasileira, tais como a igualdade, a liberdade e a solidariedade. Essa é a expectativa que deve ser ressaltada em relação à produção do conhecimento na seara tributária, sobre a função do direito no âmbito do Estado social e, principalmente, das possibilidades abertas pela extrafiscalidade quando inserida no contexto de inovação e experimentação para a transformação da deficiente socialidade no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad.: Alfredo Bosi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 1014p.

- ANDLER, Daniel; SAINT-SERNIN, Bertrand; FAGOT-LARGEAUT, Ane. **Filosofia da Ciência**. v. 1. Trad.: Paula Glenadel, Marcelo Jacques de Moraes, Bernardo Barros Coelho de Oliveira. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005. 528p.

- ANDLER, Daniel; SAINT-SERNIN, Bertrand; FAGOT-LARGEAUT, Ane. **Filosofia da Ciência**. v. 2. Trad.: Paula Glenadel, Marcelo Jacques de Moraes, Bernardo Barros Coelho de Oliveira. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005. 511p.

- ANDRADE, Régis de Castro. Kant: a liberdade, o indivíduo e a república. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os Clássicos da Política**: Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx. 2º v. Série Fundamentos. São Paulo: Ática, 1989. 278p.

- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 607p.

- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 209p.

- ATIENZA, Manuel. **Introducción al Derecho**. Barcelona: Barcanova, 1985. 403p.

- _____. **El Sentido del Derecho**. Barcelona: Ariel, 2001. 336p.

- _____. **El Derecho como Argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006. 280p.

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 190p.

- BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7ª ed. Atual.: Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 859p.

- _____. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 16ª ed. Atual.: Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 548p.

- BAUDRILLARD, Jean. **À Sombra das Maiorias Silenciosas: O fim do social e o silêncio das massas**. Trad.: Suely Bastos. São Paulo: Brasiliense, 1985. 86p.

- BAUMAN, Zygmunt. **Por uma Sociologia Crítica: Um ensaio sobre Senso Comum e Emancipação**. Trad.: Antônio Amaro Cirurgião. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977. 186p.

- _____. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad.: Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; Rev.: Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. 272p.

- _____. **Em Busca da Política**. Trad.: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. 213p.

- _____. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. 258p.

- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna**. Trad.: Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997. 264 p.

- BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo: Hasta una nueva modernidad**. Trad.: Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998. 304p.

- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972. 621p.

- _____. **Carnaval Tributário**. 2ª ed. São Paulo: LEJUS, 1999. 151p.

- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudia Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martonio Mont´Alverne. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.75-150.

- _____. **Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. 384p.

- _____. Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo entre Ausentes. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2009. 868p.

- BERMAN, Marshal. **Tudo que é Sólido Desmancha no Ar: A Aventura da Modernidade**. Trad. Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. Companhia das Letras: São Paulo, 1987. 360p.

- BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella *et al.* **Direito Tributário**. Série Advocacia Pública. v. 5. São Paulo: Método, 2012. 539p.

- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: Em defesa das Regras do Jogo**. São Paulo: Paz e Terra, 1986. 208p.

- _____. **Estado, Governo e Sociedade: Para uma teoria geral da política**. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. 173p.

- _____. **Liberalismo e democracia.** 2ª ed. Tradução: Marco Aurélio. Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988. 98p.
- _____. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito.** Trad.: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. 239p.
- _____. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 10ª ed. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. 184p.
- _____. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant.** 4ª ed. Tradução: Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. 168p.
- _____. **Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito.** Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. 285p.
- _____. **Teoria Geral do Direito.** Trad.: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 321p.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de Luta e Resistência, Por uma Nova Hermenêutica, Por uma repolitização da legitimidade.** São Paulo: Malheiros, 2001. 280p.
- _____. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 230p.
- _____. **Teoria Geral do Estado.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 558p.
- _____. **Curso de Direito Constitucional.** 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 836p.
- BORGES, José Souto Maior. **Obrigação Tributária: uma introdução metodológica.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 152p.

- BRASIL. Constituição (1988). **Presidência da República**, Brasília, DF, Dez. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 dez. 2012.

- _____. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF, Dez. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 31 dez. 2012.

- _____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Presidência da República**, Brasília, DF, Jan. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em 09 jan. 2012.

- _____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. **Presidência da República**, Brasília, DF, Jan. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em 27 jan. 2013.

- _____. PNAD 2009 – Primeiras Análises: Distribuição de Renda entre 1995 e 2009. Comunicado IPEA nº 63. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/101005_comunicadoipea63.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2013.

- _____. A Década Inclusiva (2001-2011): Desigualdade, Pobreza e Políticas de Renda. Comunicado do Ipea nº 155. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120925_comunicadodoipea155_v5.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2013.

- _____. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal. **Presidência da República**, Brasília, DF, Fev. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 27 fev. 2013.

- _____. Lei nº 12.382, de 25 de fevereiro de 2011. Dispõe sobre o valor do salário mínimo em 2011 e a sua política de valorização de longo prazo. **Presidência da República**, Brasília, DF, Fev. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12382.htm>. Acesso em: 28 fev. 2013.

- _____. Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família. **Presidência da República**, Brasília, DF, Fev. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm>. Acesso em: 28 fev. 2013.

- BROOKS, Clem; MANZA, Jeff. **Why Welfare States Persist? The Importance of Public Opinion in Democracies**. Chicago: University of Chicago Press, 2007. 195p.

- CAMPOS, Roberto de Oliveira. **A lanterna na popa: memórias**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994. 1417p

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo par a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 539p.

- _____. **Estudo sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 274p.

- CARVALHO, José Murilo. **A Construção da Ordem: a elite política imperial. Teatro de Sombras: a política imperial**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. 459p.

- CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. 200p.
- _____. **Curso de Direito Tributário**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 548p.
- CASTRO, Marcus Faro de. Direitos sociais, econômicos e culturais: uma abordagem Pós-Neo-Clássica. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 7, n. 74, p. 10-18, ago/set. 2005.
- _____. Direito, Tributação e Economia no Brasil: Aportes da Análise Jurídica da Política Econômica. **Revista da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 23-51, jul./dez. 2011.
- _____. **Formas Jurídicas e Mudança Social: Interações entre o Direito, a Filosofia, a Política e a Economia**. São Paulo: Saraiva, 2012. 246p.
- CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade: Incursões Teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 285p.
- CHAUI, Marilena. **O que é Ideologia?** São Paulo: Brasiliense, 1980. 125p.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 801p.
- _____. **Teoria Geral do Tributo, da Interpretação e da Exoneração Tributária: O Significado do art. 116, parágrafo único, do CTN**. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2003. 286p.
- COURI, Sérgio. **Liberalismo e Societalismo**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. 154p.

- DECARTES, René. **Discurso do Método: Regras para a Direção do Espírito**. Trad.: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001. 144p.

- DEL VECCHIO, Giorgio. **História da Filosofia do Direito**. Trad.: João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2004. 283 p.

- DERZI, Misabel. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 301p.

- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568p.

- _____. **Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate**. Princeton: Princeton University Press, 2008. 177p.

- EATON, John. **Marx contra Keynes**. Trad.: Gilberto Paim. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1958. 190p.

- FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato Gerador da Obrigação Tributária**. Rev. Flávio Bauer Novelli. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 94 p.

- FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Globo, 2008. 913p.

- FASSÒ, Guido. **Historia de la Filosofía del Derecho: Antigüedad y Edad Media**. v. 1. 3ª ed. Trad.: José F. Lorca Navarrete. Madrid: Pirámid, 1982. 254p.

- FASSÒ, Guido. **Historia de la Filosofía del Derecho: Edad Moderna**. v. 2. 3ª ed. Trad.: José F. Lorca Navarrete. Madrid: Pirámid, 1982. 318p.

- FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil: Ensaio de interpretação sociológica**. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2006. 504p.

- FERNANDEZ, Atahualpa. **Direito, Evolução, Racionalidade e Discurso Jurídico: A 'Realização do Direito' sob a Perspectiva das Dinâmicas Evolucionárias**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. 335p.

- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998. 205p.

- _____. **Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. 275p.

- _____. Notas sobre Contribuições Sociais e Solidariedade no Contexto do Estado Democrático de Direito. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. **Solidariedade Social e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005. 239p.

- _____. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6ª ed. 3ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2011. 346p.

- FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Trad.: Paulo César de Souza. 1ª ed. São Paulo: Penguin Classics e Companhia das Letras, 2011. 93 p.

- FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala: Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 51ª ed. São Paulo: Global, 2006. 727p.

- FURTADO, Celso. et al. **Brasil: Tempos Modernos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. 194p.

- GASSEN, Valcir. A Natureza Histórica da Instituição do Direito de Propriedade. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 464p.

- _____. A Matriz Tributária Brasileira. In: GASSEN, Valcir (Org.). **Equidade e Eficiência da Matriz Tributária Brasileira: Diálogos sobre Estado, Constituição e Direito Tributário**. Brasília: Consulex, 2012. p. 71-112.

- GODOI, Marciano Seabra de. Estudo comparativo sobre o combate ao planejamento tributário abusivo na Espanha e no Brasil: Sugestão de alterações legislativas no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 49, nº 194, p. 117/146, abr./jun. 2012.

- _____. Extrafiscalid y sus Límites Constitucionales. **Revista Internacional de Direito Tributário da Associação Brasileira de Direito Tributário – ABRADT**. Belo Horizonte, v. 1, nº 1, p. 219/262, jan./jun. 2004.

- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Pós-Modernismo Jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. 184p.

- GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. Trad.: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 526p.

- GRECO, Marco Aurélio. Crise do Formalismo no Direito Tributário Brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**. Brasília, ano I, nº 1, p. 09/18, jan./jun. 2011.

- HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta**. Trad.: Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002. 296p.

- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2ª ed. v. I. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 354p.

- _____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** 2ª ed. v. II. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 352p.

- HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna: Uma Pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural.** Trad.: Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 18ª ed. Loyola: São Paulo, 2009. 349p.

- HELLER, Hermann. **Teoría del Estado.** Ed. y prol.: Gerhart Niemeyer; Trad.: Luis Tobío. 2ª ed. México: FCE, 1998. 398p.

- HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio.** Florianópolis: Boiteux, 2005. 552p.

- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. 34p.

- HOBSBAWM, Eric. J. **A Era das Revoluções: 1789-1848.** 25ª ed. Trad.: Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 2010. 535p.

- _____. **A Era do Capital: 1848-1875.** 15ª ed. Trad.: Luciano Costa Neto. São Paulo: Paz e Terra, 2011. 507p.

- _____. **A Era dos Impérios: 1875-1914.** 13ª. Trad.: Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. São Paulo: Paz e Terra, 2011. 583p.

- _____. **A Era dos Extremos: O breve século XX - 1914-1991.** Trad.: Marcos Santarrita. 2ª ed. 3ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. 598p.

- HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil.** 26ª ed. 36ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 220p.

- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: WW Norton & Company, 1999. 254p.

- JARACH, Dino. **O Fato Imponível: Teoria Geral do Direito Tributário Substantivo**. Trad.: Dejalma de Campos. Coleção Textos de Direito Tributário. v. 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. 200p.

- JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Trad.: Fernando de los Ríos. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000. 687p.

- LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. 3ª ed. Trad.: Fátima Sá Correia, Maria Emília V. Aguiar, José Eduardo Torres, Maria Gorete de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 1336p.

- KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes: Contendo a Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude**. Tradução: Edson Bini. Série Clássicos. Bauro: Edipro, 2003. 335p.

- _____. **Resposta à Pergunta: “O que é o Iluminismo?”**. Tradução: Artur Morão. 1784. Disponível em: <
http://www.lusosofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2012.

- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad.: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 427p.

- _____. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad.: Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 637p.

- KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado: Os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático**. Trad.: Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. 495p.

- KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 8ª ed. Trad.: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2003. 260p.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 560p.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 2ª ed. Tradução: Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 182p.
- MARCONDES, Danilo. **Introdução à História da Filosofia: Dos Pré-Socráticos a Wittgenstein**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. 298p.
- MARX, Karl. **Para a Crítica da Economia Política; Do Capital; O Rendimento e suas Fontes**. Trad.: Edgard Malagodi. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000. 256p.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã: Teses sobre Feuerbach**. São Paulo: Moraes, 1984. 119p.
- _____. **Manifesto Comunista**. Disponível em: <http://www.pstu.org.br/biblioteca/marx_engels_manifesto.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2012.
- MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia do Direito e Justiça na Obra de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 336p.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 322p.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 512p.

- MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Curso de Direito Tributário: Sistema Tributário da Constituição de 1969**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. 532p.

- MORAIS, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 143p.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, Organização Política e Constituição: as relações de poder em evolução e seu controle. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e Poder: Nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos**. Barueri: Manole, 2005. 726p.

- MORIN, Edgar. Epistemologia da Complexidade. In: SCHNITMAN, Dora Fired (Org.). **Novos Paradigmas, Cultura e Subjetividade**. Tradução: Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996. p. 275-286.

- MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade: Os impostos e a justiça**. Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 280p.

- NEVES, Marcelo. A Crise do Estado: Da Modernidade Central à Modernidade Periférica – Anotações a partir do pensamento filosófico e sociológico alemão. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**. Ano XXIV, nº 58, p. 53/64, abr/ago. 1994.

- _____. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. 263p.

- _____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 354p.

- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 346p.

- NUNES, António José Avelãs. **As Voltas que o Mundo dá... Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social.** Coleção Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 266p.

- PEREIRA, Manoel Henrique de Freitas. **Fiscalidade.** 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007. 503p.

- PRADO JR., Caio. **Evolução Política do Brasil: Colônia e Império.** 21ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1999. 102p.

- PRADO JR., Caio; FERNANDES, Florestan; SAMPAIO JR., Plínio de Arruda. **Clássicos sobre a Revolução Brasileira.** 4ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2005. 160p.

- PUVIANI, Amilcare. **Teoria de la Ilusión Financiera.** Trad., estudio preliminar y notas: Alvaro Rodriguez Bereijo. Barcelona: Instituto de Estudios Fiscales, 1972. 242p.

- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 391p.

- REIS, Fábio Wanderley. Estado Liberal, Projeto Nacional, Questão Social. **Planejamento e Políticas Públicas.** n° 9, p. 145/168, jun. 1993.

- RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: A formação e o sentido do Brasil.** 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 476p.

- SAES, Décio. **A Formação do Estado Burguês no Brasil (1888-1891).** 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985. 364p.

- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989. 176p.

- _____. **Pelas Mãos de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. 7ª ed. Porto: Afrontamento, 1999. 299p.

- _____. **A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência**. v. 1. São Paulo: Cortez, 2000. 415p.

- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Retorno: Máscaras institucionais do liberalismo oligárquico**. Rio de Janeiro: Opera Nostra, 1994. 86p.

- _____. **O Ex-Leviatã Brasileiro: Do voto disperso ao clientelismo concentrado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 453p.

- SCAFF, Fernando Facury. O jardim e a praça ou a dignidade da pessoa humana e o direito tributário e financeiro. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e Poder: Nas Instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos**. Barueri: Manole, 2005. 726p.

- SKINNER, Quentin. **As Fundações do Pensamento Político Moderno**. Tradução: Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Moita. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. 724p.

- SOUZA, André Portela. Políticas de Distribuição de Renda no Brasil e o Bolsa Família. In: BACHA, Edmar Lisboa; SCHWARTZMAN, Simon (Org.). **Brasil: A Nova Agenda Social**. Rio de Janeiro: LTC, 2011. p. 166-186.

- SPAGNOL, Werther Botelho. **Curso de Direito Tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 277p.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 211p.
- TARNAS, Richard. **A Epopeia do Pensamento Ocidental: Para compreender as ideias que moldaram a nossa visão de mundo**. Trad.: Beatriz Sidou. 4ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. 588p.
- TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R. **O Direito e a Ascensão do Capitalismo**. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978. 325p.
- TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva**. Malheiros: São Paulo, 2002. 127p.
- TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. **Direito Tributário**. 18ª ed. v. I. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. 765p.
- TORRES, Ricardo Lobo. **A Idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. 200p.
- _____. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Valores e Princípios Constitucionais Tributários**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 690p.
- _____. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 460p.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito e o Futuro da Democracia**. Trad.: Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004. 236p.

- VIANNA, Luiz Werneck. **A Revolução Passiva: Iberismo e Americanismo no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. 244p.

- ZIZEK, Slavoj. **Anti-immigration politics: barbarism with a human face**. ABC Religion and Ethics, 2011. Disponível em: <<http://www.abc.net.au/religion/articles/2011/07/26/3030861.htm>>. Acesso em: 31 dez. 2012, 02:05.

- WALZER, Michael. **Esferas da Justiça: Uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Trad.: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 476p.

- WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: A epistemologia jurídica da modernidade**. v. II. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995. 392p.

- _____. **Introdução Geral ao Direito: O Direito não estudado pela Teoria Jurídica Moderna**. v. III. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. 238p.

- WEBER, Max. **Ciência e Política: Duas Vocações**. 3ª ed. Trad.: Jean Malville. São Paulo: Martin Claret. 128p.

- _____. **Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**. v. 1. Trad.: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 1ª reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009. 584p.

- _____. **Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**. v. 2. Trad.: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 1ª reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009. 580p.

- WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. Trad.: António Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 1967. 765p.

- WILLIAMSON, John. What should the World Bank think about de Washington Consensus? **The World Bank Research Observer**, vol. 15, n. 2, Ago. 2000, pp. 251–64. Disponível em: <<http://elibrary.worldbank.org/content/article/1564-6971-15-2-251-264>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

- WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova Cultura no Direito**. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Alfa Ômega, 2001. 406p.

- _____. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 215p.

- _____. **Síntese de uma História das Idéias Jurídicas: Da Antiguidade Clássica à Modernidade**. Florianópolis: Boiteux, 2006. 232p.

- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. Trad.: Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2009. 156p.