

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LARISSA FISCHER SBRISSIA DISSENHA

*Uma análise da igualdade e seus efeitos no Direito Tributário
Brasileiro*

CURITIBA

2014

LARISSA FISCHER SBRISSIA DISSENHA

*Uma análise da igualdade e seus efeitos no Direito Tributário
Brasileiro*

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève.

CURITIBA

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

LARISSA FISCHER SBRISSIA DISSENHA

UMA ANÁLISE DA IGUALDADE E SEUS EFEITOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO.

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Professor Doutor Titular Clèmerson Merlin Clève
Orientador – Setor de Ciências Jurídicas - UFPR

Professora Doutora Betina Treiger Grupenmacher
Setor de Ciências Jurídicas – UFPR

Professor Doutor Marcos Augusto Maliska
Setor de Ciências Jurídicas – UNIBRASIL

Curitiba, 17 de Março de 2014.

*Para Lorenzo Sbrissia Dissenha e
Rui Carlo Dissenha,*

Com todo meu amor!

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela força, conforto e discernimento durante todo o desenvolvimento do trabalho.

Agradeço ao meu Professor e orientador, Dr. Clèmerson Merlin Clève, pela confiança, ensinamentos e instigantes questionamentos, sempre apresentados de forma absolutamente gentil e pacienciosa.

Agradeço aos meus pais, Luiz Carlos Sbrissia e Ursula Marlei Fischer Sbrissia, pelo amor incondicional, pelos valiosos exemplos de vida, por me ensinarem a importância do trabalho e do respeito ao próximo, por muitas vezes abdicarem de suas vontades para que pudéssemos realizar as nossas.

A minha querida Vó Zilda, pelo colo e conforto que somente uma avó consegue proporcionar.

Agradeço aos meus queridos irmãos e cunhadas, André Fischer Sbrissia e Vanessa Perin Sbrissia, Gustavo Fischer Sbrissia e Andréia Kügler Sbrissia, pelos sempre deliciosos momentos em família.

Agradeço aos meus sogros Carlos Alberto Dissenha e Maria Cirlei Dissenha (em memória) e cunhados Fernando Augusto Dissenha e Letícia Dissenha, bem como à querida Maria Eduarda Dissenha (Madu), por terem me acolhido em sua família como se dela fizesse parte desde sempre.

Aos queridos amigos Guilherme Roman Borges e Érica de Oliveira Hartmann e Eros Belin de Moura Cordeiro e Noemia Fontanela de Moura Cordeiro, pessoas maravilhosas que tenho o prazer de dividir aqueles momentos valiosos da vida. Agradeço pelo apoio desde o início do processo seletivo para o curso do mestrado. Faço um agradecimento especial para a Érica pelo incomensurável auxílio com as traduções.

Por fim, agradeço aos grandes amores da minha vida. Meu pequeno Lorenzo Sbrissia Dissenha, que nasceu durante o desenvolvimento do curso do mestrado e foi o meu maior presente. Desde o primeiro sopro de vida, mudou a minha para sempre e com apenas um olhar me ensinou o amor incondicional.

O espaço não seria suficiente para agradecer ao meu companheiro de vida, Rui Carlo Dissenha. Um homem virtuoso, que me inspira a ser melhor a cada dia, que me orgulha pela dedicação à família, ao trabalho e ao próximo e por não deixar que nada o afaste dos valores essenciais da vida. Agradeço todos os dias por estar ao meu lado, sem ele, nada seria possível.

RESUMO

O presente trabalho realiza uma análise da igualdade como adotada na Constituição Federal brasileira e dos seus reflexos no Direito Tributário nacional. A discussão se inicia apresentando os contornos históricos que constituíram a luta pela igualdade formal bem como pela igualdade material. A partir desse passo, e entendida a igualdade como fundamento para a existência de um Estado Democrático de Direito, procura-se compreender como ela pode ser realizada. Para tanto, buscam-se nas teorias de John Rawls, Ronald Dworkin, Amartya Sen e Pierre Rosanvallon tais esclarecimentos. O trabalho ainda analisa a noção de igualdade como adotada no cenário nacional, discutindo a sua forma constitucional e os efeitos que produz a partir da sua conformação nos textos normativos pátrios. Por fim, contextualizam-se os efeitos da adoção da igualdade no Direito Tributário nacional, especialmente no que tange à concessão de isenções tributárias.

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade, Estado Democrático de Direito, Direito Tributário e Isenções.

ABSTRACT

This paper conducts an analysis of equality as adopted in the Brazilian Federal Constitution and its reflections on the national Tax Law. The discussion starts by presenting the historical construction that characterized the struggle for both formal and substantive equality. As of that step, and understanding equality as a basis for the existence of a democratic state, this work tries to understand how it can be accomplished. This is done by discussing and analyzing the theories of John Rawls, Ronald Dworkin, Amartya Sen and Pierre Rosanvallon regarding the notion of equality. This work also debates the notion of equality as adopted on the national system, referring to its constitutional form and its effects on national normative texts. Finally, the effects of the adoption of equality in Brazilian Tax Law are discussed and contextualized, especially regarding tax benefits.

KEYWORDS: Equality, Democratic State, Tax Law and Tax benefits.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
1. A BUSCA PELA IGUALDADE.....	5
1.1. A IGUALDADE PERANTE A LEI - IGUALDADE NA MODERNIDADE.....	6
1.1.1. <i>A Revolução Francesa de 1789.</i>	7
1.1.2. <i>A Revolução Americana</i>	13
1.1.3. <i>Igualdade formal como herança das revoluções</i>	15
1.2. UNIVERSALIZAÇÃO DA IGUALDADE: AS CARTAS INTERNACIONAIS E AS CONSTITUIÇÕES DO PÓS-GUERRA E A BUSCA PELA IGUALDADE MATERIAL	17
1.3. MOVIMENTO PELO NEOCONSTITUCIONALISMO	23
1.4 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	32
2. A MATERIALIZAÇÃO DA IGUALDADE	36
2.1. VISÕES TEÓRICAS SOBRE A IGUALDADE.....	36
2.1.1. <i>John Rawls: Igualdade de bens e o princípio da diferença.</i>	37
2.1.2. <i>Ronald Dworkin – Igualdade de Recursos</i>	43
2.1.3. <i>Amartya Sen e as capacidades</i>	48
2.1.4. <i>Pierre Rosanvallon – Igualdade como solidariedade</i>	54
2.2. A IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	63
2.2.1. <i>Qual igualdade constitucional em 1988?</i>	65
2.2.1.1. Da natureza da igualdade na Constituição de 1988.....	65
2.2.1.2. Da igualdade como cláusula pétrea.....	71
2.2.2. <i>Quais efeitos materiais/pragmáticos da igualdade constitucional de 1988?</i>	81
2.2.2.1. Concretização da Igualdade como Reserva de Justiça.	81
2.2.2.2. As dimensões da igualdade constitucional brasileira: uma “igualdade tridimensional”?.....	88
2.3 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	93
3. IGUALDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO.....	97
3.1 BREVE HISTÓRICO DA TRIBUTAÇÃO NO BRASIL.....	99
3.2. A IGUALDADE TRIBUTÁRIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	103
3.2.1. <i>A igualdade como fundamento para a cobrança de tributo</i>	103
3.2.2. <i>Igualdade como fundamento para elaboração e aplicação da lei tributária</i>	109
3.2.2.1 A igualdade particular e a capacidade contributiva.....	112
3.2.2.2. A Igualdade generalista e a praticabilidade tributária	116
3.3. A IGUALDADE TRIBUTÁRIA E AS MEDIDAS DE COMPARAÇÃO.....	120
3.4. DESONERAÇÕES FISCAIS E A IGUALDADE TRIBUTARIA – PELO FIM DOS <i>PRIVILÉGIOS ODIOSOS</i>	124
3.4.1. <i>As isenções no Direito Tributário</i>	127
3.4.1.1. Isenção como dispensa legal do pagamento.....	127
3.4.1.2. Isenção como hipótese de não incidência tributária	128
3.4.2. <i>A concessão da Isenção: Respeito à igualdade e ao planejamento</i>	129
3.5 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	133
CONSIDERAÇÕES FINAIS	136
REFERÊNCIAS.....	139

Introdução

A escolha por um objeto de pesquisa como a igualdade se traduz como uma complexa tarefa, afinal, diferentemente de outros valores como a justiça, segurança e liberdade, cuja polaridade é determinada pelo sua negação (injustiça, insegurança e falta de liberdade), no caso da igualdade, seu oposto muitas vezes não a nega, mas sim, a afirma¹. Assim, o primeiro passo para o seu desenvolvimento passa, necessariamente, pela definição deste objeto. Sabe-se que busca pela igualdade é um objetivo que não se esgota, afinal, a sociedade estará em constante busca pela sua realização. Quando muda-se seu critério de comparação, pode-se mudar, também, fundamento de sua realização.

Nesta esteira, invariavelmente o tema permeia discussões entre os cidadãos, entre os políticos, enfim, em toda a comunidade científica. Será difícil encontrar alguém nos dias de hoje que, questionado acerca da necessidade ou não da existência de igualdade entre as pessoas, entenda que ela não deveria ser aplicada. A dificuldade, contudo, está em definir seus contornos. Se a maioria das pessoas concorda com a necessidade de igualdade entre as pessoas, o difícil é se estabelecer de qual igualdade estar-se falando.

Na história o tema ocupa posição de destaque entre os estudiosos. Neste sentido pretende-se iniciar o trabalho com a conformação histórica da igualdade a partir dos modernos. Afinal, sabe-se que um dos maiores legados deixados pelos revolucionários do século XVIII foi a luta pelo fim dos privilégios até então existentes. No que toca à aplicação da lei, rogava-se pela garantia igualitária, ou seja, não mais se comportaria a aplicação diferenciada da lei conforme bem aprovesse as autoridades da época. Neste sentido, a igualdade formal ganhou seus contornos.

Contudo, o que identificou após os horrores ocasionados pelas grandes guerras, foi o fato de que a aplicação de uma igualdade formal não seria suficiente para a garantia da emancipação humana. Seria, portanto, necessário compreendê-la em seu aspecto material. O que se percebeu, principalmente após o desenvolvimento das cartas internacionais, era que cada sujeito precisaria ser entendido de acordo com suas particularidades. A aplicação da lei, portanto, deveria ser realizada de forma diferenciada. Contudo, muito diferente do que se propunha anteriormente à conquista

¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação**. Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

dos modernos, isso não se consubstancia em meros privilégios, mas, sim, na promoção humana.

Neste sentido busca-se, então, no presente trabalho, exemplificar como os impactos do pós-guerra refletiram nos textos constitucionais à época. Outro aspecto de suma importância foi a relevância dada ao sujeito e, conseqüentemente aos seus direitos.

Percebeu-se, então, que o Direito Constitucional, pautado pela realização da igualdade e fundamentado nos direitos essenciais aos cidadãos, ganhou novos ares com o movimento *neoconstitucionalista*. Neste sentido, tal tema passa a ser abordado também no primeiro capítulo.

O movimento *neoconstitucionalista* procurou demonstrar a existência de novas formas de se encarar a interpretação das normas constitucionais, focando na necessidade de se pensar além do método de subsunção. Buscou-se ainda estudar o direito de forma comparada bem como determinar a centralidade dos direitos fundamentais no texto legal e sua efetivação².

Entendido a centralidade do texto constitucional no ordenamento jurídico e a busca pelos direitos, no que toca à igualdade, o desafio estabelecido continuava sendo a sua realização. Afinal, o questionamento de como realizar esta igualdade tanto almejada, permanecia entre os estudiosos.

Nos dias de hoje, filósofos de grande estirpe como John Rawls, Ronald Dworkin, Amartya Sen e, recentemente, Pierre Rosanvallon se dedicaram a estudar com afinco, dentro de uma teoria da justiça, como a igualdade poderia ser realizada. Nesta seara é que se desenvolve a primeira parte do segundo capítulo do trabalho.

Pretende-se lançar luzes acerca das teorias desenvolvidas pelos autores acima citados como forma de se identificar a dificuldade de compreensão e realização da igualdade. Os dois primeiros autores iniciam seus projetos a partir da rejeição da perspectiva da igualdade de bem-estar, marcando o abandono da perspectiva do agente e a instauração de uma nova forma de pensar a justiça e a igualdade. Já Amartya SEN, apesar de não assumir a perspectiva de bem-estar, não ignora a importância do agente (indivíduo) na obtenção de um ideal de igualdade, propondo, portanto, uma nova

² MAIA, Antônio Cavalcanti. **Sobre a teoria constitucional brasileira e a carta cidadã de 1988: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo**. Revista Quaestio Iuris, 2012. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. P. 53.

alternativa ao conteúdo da igualdade a partir do que seria valorável a cada indivíduo.³ Por fim, Pierre ROSANVALLON⁴ entende que o bom modelo seria o da sociedade de iguais onde houvesse uma relação fundada sobre a igualdade construída conjuntamente. Assim, para o autor, esta igualdade deveria ser compreendida além da redistribuição de renda, mas, também, na solidariedade. Conclui-se, portanto, que independentemente das premissas, a busca sempre será pela garantia da dignidade da pessoa humana em seu sentido mais amplo.

E é exatamente esta dignidade que irá dar o tom ao texto constitucional brasileiro de 1988. Firmadas estas premissas segue-se à segunda parte do segundo capítulo do trabalho. Nela, o objetivo será de transportar a discussão acerca da igualdade para o plano nacional, para isso, buscando-se analisar a igualdade na Constituição de 1988, focando em aspectos como natureza jurídica, bem como os efeitos gerados ao aderir a tal ideal.

Estabelecidos estes contornos, chega-se à necessidade de análise dos reflexos que a busca pela igualdade gerou no Direito Tributário Brasileiro. Este será o foco do terceiro capítulo. Para tanto, busca-se inicia-lo com um breve histórico acerca da tributação no Brasil de forma a compreender como a igualdade permeia os textos legais desde o Brasil Colônia. Estabelecido este histórico, o objetivo será de se clarificar dois momentos de influência da igualdade Direito Tributário, o primeiro deles se caracteriza como o fundamento no pagamento de tributos e o segundo momento se entende como o fundamento para elaboração e aplicação da lei tributária.

Entendido estes momentos, o que se buscará, por fim, como um ideal prospectivo, é a realização de uma análise das isenções tributárias. O foco dado não se dará exclusivamente na classificação do instituto da isenção, pretende-se vislumbrar um passo anterior, verificar como a igualdade pode refletir no momento da concessão da isenção pelos entes políticos, momento este que parece ser um campo bastante vasto para análise. Neste sentido, parece existir uma possibilidade de se analisar a concessão das isenções diante das medidas de comparação de forma a minimizar possíveis privilégios.

³ OLIVEIRA, Fabio Alves Gomes de. **Ideais da Igualdade**: Um estudo comparativo entre Rawls, Dworkin e Amartya Sen. 2010. Dissertação (Mestrado em Filosofia)-Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2010; P. 10.

⁴ ROSANVALLON, Pierre. **La société des égaux**. Éditions du Seuil, 2011. P. 357.

1. A busca pela igualdade

“*Todos os homens são (ou nascem) livres e iguais*”. A onipresença dessa ideia é tão comum nos dias de hoje que a noção de igualdade acaba muitas vezes se confundindo com ela. Mas, afinal, o que significa dizer que todos os homens são iguais? Essa resposta compreende dois aspectos distintos: o formal e o material. Parece estar bastante clara e indiscutível a primeira noção de que, diante da lei, todos os homens são iguais. Trata-se da grande conquista da modernidade na tentativa de acabar com os privilégios no momento da aplicação das leis. O que se nota, contudo, é que, apesar da igualdade formal ter seus contornos relativamente bem definidos nos documentos jurídicos do mundo ocidental, a igualdade material, fruto do movimento pós-guerra, ainda enseja diferentes discussões.

Neste primeiro capítulo, o objetivo será de estabelecer a conformação histórica do conceito de igualdade instaurado a partir da modernidade. Sabe-se, como afirma Norberto BOBBIO, que desde os estoicos ao cristianismo primitivo, a igualdade permeia as discussões políticas⁵. Contudo, no presente trabalho pretende-se compreendê-la a partir do momento em que o sujeito passa a ser considerado o protagonista dos ordenamentos jurídicos, inaugurando, assim, a fase da modernidade e a busca pela igualdade formal.

Em um segundo momento, se pretende estabelecer os contornos históricos do pós-guerra que fomentaram a busca pela igualdade material e a sua universalização. Trata-se, então, da universalização e da busca pela igualdade. Esse é um período marcado pelas cartas internacionais que tanto influenciaram os debates e ordenamentos jurídicos elaborados no pós-guerra.

No terceiro momento deste capítulo, discute-se a influência dos movimentos pós-guerra nas constitucionalizações dos países, bem como o movimento neoconstitucionalista (ou os neoconstitucionalismos), que teve como principais motes: i) o reconhecimento da força normativa dos princípios; ii) mudança nos métodos interpretativos abrindo espaço para a ponderação e teorias da argumentação; iii) reaproximação entre o direito e a moral e iv) a judicialização da política e das relações sociais.⁶

⁵ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 23.

⁶ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. (Org). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. P. 1 e 2.

Trata-se de um importante momento que merece destaque no trabalho, considerando, especialmente, a reaproximação do direito e da moral.

1.1. A igualdade perante a lei - Igualdade na modernidade.

A difícil definição do conceito de igualdade se inicia com o fato de que não se pode compreendê-lo em si. Por exemplo, dizer que determinada pessoa é igual sem estabelecer a quem ou a quê, faz com que a expressão reste sem sentido. Assim, conclui-se que o primeiro aspecto da igualdade refere-se a uma relação, ou seja, necessita-se de uma pluralidade de entes⁷.

Dentre as várias determinações de igualdade, a que consta em todas as Constituições que se pretendem democráticas é a que afirma que “*todos os homens são iguais perante a lei*”. Trata-se de uma definição relacionada ao clássico conceito de isonomia, presente desde o pensamento grego.⁸ Contudo, a positivação deste conceito nos documentos políticos ocorreu apenas no século XVIII.

Essa definição se constitui como a *igualdade formal*. Por meio dela, entende-se que “os órgãos jurídicos não devem fazer distinções que a própria legislação a ser aplicada não faça”.⁹ Veja-se, portanto, que o primeiro destinatário da cláusula de igualdade deve ser o legislador, afinal, conforme apresenta Celso Antônio Bandeira de MELLO “a lei não poderá ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”¹⁰.

Essa compressão de igualdade como entendemos hoje é uma conquista dos modernos. Se existe a clareza de que o indivíduo se caracteriza como protagonista do ordenamento jurídico e do fato de que não podem haver privilégios na aplicação e respeito às leis por parte dos cidadãos, trata-se da herança dos revolucionários do século XVIII.

Pietro COSTA bem apresenta que foi somente com a difusão do paradigma jusnaturalista acrescido do drama das guerras religiosas que cessou aquela ordem de criação existente na cultura político-jurídica medieval onde o soberano, os corpos e os

⁷ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade...* Op. Cit., P. 11 e 12.

⁸ *Ibidem*, P. 29.

⁹ KELSEN, Hans. **O que é justiça?**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 16.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. 17ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.P.10.

sujeitos eram partes diversas de uma unidade hierarquicamente estruturada, se caracterizando, portanto, como um dado.¹¹ Estes novos ideais jusnaturalistas, na visão de Carlos Santiago NINO¹², podem ser entendidos como: i) a defesa da tese de filosofia ética, que afirma a existência de princípios morais e de justiça universalmente válidos e acessíveis à razão humana e, ii) a compreensão de uma segunda tese relativa à definição do conceito de direito segundo o qual um sistema normativo (ou uma norma) não podem se classificados como jurídicos se estiverem em desacordo com aqueles princípios morais ou de justiça.

Estes novos princípios trouxeram uma profusão de diferentes concepções que fizeram com que a ordem existente na cultura político-jurídica medieval se deparasse com um problema que, segundo COSTA¹³, somente poderia ser sanado com protagonismo dos sujeitos.

Isto porque, com o desenvolvimento do conceito de “contrato social” pelos jusnaturalistas, a soberania estatal passou a ser “inventada” pelos sujeitos, deixando de ser entendida como fruto do poder divino. Assim, a soberania passa a depender da existência do consenso ente os indivíduos para que tenha legitimidade. Como decorrência natural deste processo, os sujeitos passaram a protagonizar os sistemas jurídicos. Este consenso era formado a partir da noção do que a sociedade considerava justo, e este entendimento dependeria, necessariamente, da sua concepção de vida e da hierarquização de valores.¹⁴ Este era o entendimento que impulsionava os ideais revolucionários, como se verá a seguir.

1.1.1. A Revolução Francesa de 1789.

Com a revolução francesa de 1789, até mesmo o termo “revolução” sofreu uma alteração semântica, tamanho o impacto gerado¹⁵. A partir de então, passou a significar

¹¹ COSTA, Pietro. O Estado. In **Soberania, Representação e Democracia**. Curitiba: Juruá, 2012. P. 88.

¹² NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. P. 32.

¹³ COSTA, Pietro. O Estado. In **Soberania, Representação e Democracia**. Curitiba: Juruá, 2012. P. 88.

¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 47.

¹⁵ De fato, o conceito adota contornos mais específicos e de novo desenho justamente por conta do processo revolucionário francês que instaura a noção de revolução como “fê na possibilidade de criação de uma *ordem nova*”. PASQUINO, Gianfranco. Revolução. In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 12ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002 (p. 1121-1131), p. 1123.

“renovação completa das estruturas sociopolíticas”¹⁶. Os líderes da revolução francesa estariam tão convencidos de que inaugurariam uma nova fase histórica que não hesitaram, por exemplo, em abolir o calendário cristão até então existente e substituí-lo por outro.

É importante estabelecer os conceitos balizadores da sociedade à época e que lhes davam o tom. O cenário era a luta contra os abusos sofridos pelo indivíduo nas mãos do Estado: tratava-se, como visto, da influência do ideal jusnaturalista que pregava o indivíduo como a porção mais importante da sociedade. Na concepção de Immanuel KANT¹⁷ este processo de revolução seria uma “disposição moral da espécie humana”. Tal disposição moral se manifestaria na afirmação de um direito natural a que teria o povo de se dar uma Constituição que considerasse boa. Também, a finalidade desta Constituição somente seria legítima se fosse capaz de evitar a guerra ofensiva, assegurando ao gênero humano o progresso.

O objetivo político tendeu ao futuro e representou uma tentativa de mudança na vida da sociedade, com a transferência de poder à burguesia. Como consequência desta luta, a nova ordem impôs tanto a limitação Estatal por meio da separação dos poderes, abarcando as funções legislativa, executiva e judiciária atribuídas a órgãos distintos, quanto a declaração de direitos individuais.

Isto foi refletido na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, aprovada em 26 de Agosto de 1789, ato anterior à promulgação da Constituição Francesa. Este foi um dos momentos decisivos para a sociedade ocidental indicando uma virada na história do gênero humano. O núcleo doutrinário da Declaração pode ser encontrado em três ideias fundamentais: i) o primeiro que refere-se à condição natural dos indivíduos que precede a formação da sociedade civil; ii) O segundo que reflete a finalidade da sociedade política e, por fim, iii) o princípio da legitimidade do poder que caberia à nação¹⁸.

No artigo primeiro encontra-se a seguinte expressão: “homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”, esta hipótese, no entender de LOCKE¹⁹, seria uma hipótese racional, a única que teria o condão de inverter a concepção política no

¹⁶ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 125.

¹⁷ KANT, Immanuel. Questão renovada. Estará o gênero humano em constante progresso para melhor? In KANT, Immanuel. **O Conflito das faculdades**. Lisboa: Edições 70, 1993. P. 102.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. P. 107.

¹⁹ MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In WEFFORT, Francisco (Org.). **Os Clássicos da Política**. N. 1. 13ª ed. São Paulo: Ática, 2006. P. 84.

sentido de que o poder emanaria do homem. Este entendimento restou ratificado no artigo 2º quando declaram que “o objetivo de toda associação²⁰ política é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem” tais como a liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão²¹.

Nota-se que a ligação entre os artigos está no fato de que no primeiro fala-se em igualdade de direitos e, no segundo, há uma especificação de quais seriam estes direitos. Ponto importante a ser considerado é que a igualdade não restava especificada entre os direitos. A menção à igualdade se daria novamente no artigo 6º e no artigo 13º que assim dispunham respectivamente²²:

“Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos” e “Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.”²³

Nota-se no artigo 3º o reflexo das discussões que vinham sendo realizadas acerca da adoção ou não pela constituinte da palavra “povo” ou aquela defendida por SIEYÈS, “nação” como detentora de soberania. Assim, o artigo se pretendeu como um dos fundamentos de todo o governo democrático futuro, de que a representação seria una e indivisível e que esta indivisibilidade seria composta por indivíduos singulares.²⁴ Optou-se pela expressão defendida por SIEYÈS e o artigo restou assim definido: “o princípio de toda soberania reside essencialmente na nação²⁵”.

²⁰ Nota-se que a ideia de contrato está implícita na expressão “associação”.

²¹ “**Art.1º.** Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum; e **Art. 2º.** A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

²² Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 07 de Outubro de 2013.

²³ Interessante mencionar que no âmbito tributário a declaração já previa a necessidade de que a contribuição comum fosse dividida de acordo com as possibilidades dos cidadãos. Fato que, como poderá ser observado no último capítulo, restou retomado no caso brasileiro apenas com a Constituição de 1988. Assim, apesar da compreensão de que aos modernos deve-se o desenvolvimento apenas da igualdade na aplicação da lei, nota-se um estágio embrionário da necessidade de se analisar de forma diferenciada esta igualdade, o que pode ser entendido pela leitura da expressão “de acordo com as suas possibilidades” no artigo 13º.

²⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos...* Op. Cit., p. 110.

²⁵ Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em:

É evidente a influência de SIEYÉS nesta concepção. Diante disso, compete neste momento revisitar seus principais posicionamentos quando da revolução, especialmente quanto às discussões acerca da centralidade da soberania, poder constituinte e modelos de representação que influenciaram a doutrina jurídica desde então e, também, a noção de igualdade buscada.

Pode-se verificar que a centralidade no sujeito permeou as revoluções do fim do século XVIII. Na França, Emmanuel SIEYÈS afirmou que o contrato é que teria se constituído como o fundamento da nova ordem política. Mais do que isso, seriam os franceses “não privilegiados” que deveriam ser chamados a compor a nova e autêntica nação, ou seja, aqueles homens do Terceiro Estado (a burguesia em ascensão), reconhecidos, então, como juridicamente iguais. Já as classes ociosas como a aristocracia e a nobreza seriam totalmente dispensáveis para a sobrevivência da nação.²⁶ Nota-se a ruptura com o ideal de soberania vinculado ao poder divino.

Nesse sentido, entendia SIEYÉS, que a nação seria o único ente detentor de soberania legitimada por ser composta pelos sujeitos e esta legitimidade se exprimiria em uma assembleia representativa organizada para exercer o poder constituinte. Seguiu exemplificando que “todo cidadão que reúne as condições determinadas para ser eleitor, tem o direito de se fazer representar” e, ainda, “os representantes extraordinários terão um novo poder que a nação lhes dará como lhe aprouver. Como uma grande nação não pode, na realidade, se reunir todas as vezes que circunstâncias fora da ordem comum exigem, é preciso que ela confie a representantes extraordinários os poderes necessários a essas ocasiões”²⁷.

Com o foco no sujeito, SIEYÈS buscou elaborar, ainda, uma teorização acerca da diferença entre poder constituinte e poder constituído. O poder constituinte seria aquele com condições de estabelecer a Constituição. A partir dele seriam criados os demais poderes (entendidos, portanto, como constituídos) destinados a reger os interesses da sociedade. O ente titular desse poder constituinte seria a nação. Veja-se, portanto, que optou pela expressão “nação” de forma que esta não se confundisse com a

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 07 de Outubro de 2013.

²⁶ “ Que os representantes do Terceiro Estado sejam escolhidos apenas entre os cidadãos que realmente pertençam ao Terceiro Estado. Já explicamos que, para pertencer ao terceiro Estado, era necessário não possuir nenhuma espécie de privilégios.” SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. P. 16.

²⁷ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. P. 52.

noção de “povo”, isto porque, a nação seria a encarnação de uma comunidade em sua permanência, nos seus interesses constantes, e, eventualmente, estes interesses não se confundiam com os interesses dos indivíduos que a comporiam, sendo, portanto, algo além disso.²⁸

Quanto à igualdade, em que pesem as críticas que podem ser tecidas como em qualquer processo revolucionário, SIEYÈS cumpre um importante papel no aspecto do desenvolvimento da teoria à época. A afirmação citada anteriormente de que todos os cidadãos que reunissem as condições determinadas teriam o direito de se fazer representar, demonstra esta busca pela igualdade formal, que rompe com o antigo modelo existente.

Assim, como em qualquer processo revolucionário, a Revolução Francesa não passou incólume às críticas. Foi acusada de ser excessivamente abstrata e com fortes interesses a uma única classe, ou seja, teria havido muita preocupação com a garantia da liberdade sendo a igualdade deixada de lado pelos burgueses. Isso resta claro ao verificar que apenas o direito de liberdade e propriedade teriam sido regulamentados na Carta.

Assim, os direitos previstos na declaração foram taxados de abstratos, vagos e insignificantes. BOBBIO²⁹ apresenta que uma das mais duras críticas veio de Edmund BURKE, “Nós não nos deixamos esvaziar de nossos sentimentos para nos encher artificialmente, como pássaros embalsamados num museu, de palha, de cinzas e de insípidos fragmentos de papel exaltando os direitos dos homens”.

De forma paradoxal, a crítica tecida por MARX e seus seguidores exaltavam exatamente o contrário. Entendiam que os artigos como a liberdade e o direito à propriedade eram excessivamente concretos, que refletiam os interesses de uma única classe, burguesa, que se preparava para substituir a classe feudal no domínio da sociedade e do Estado.³⁰

Em que pesem as críticas tecidas, nessa conformação histórica surge na França a compreensão do constitucionalismo jurídico ou normativo que se compreenderia como um outro grande legado deixado pela revolução. Como afirmou André Ramos

²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 14.

²⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos...* Op. Cit., 133 e 134.

³⁰ *Ibidem*, p. 134.

TAVARES³¹, a consagração dos textos escritos trouxe consigo aspectos como da publicidade, clareza e segurança.

O objetivo, diferentemente do que entendiam os antigos³², seria a organização e transformação da realidade em sistemas de normas e valores, neste sentido, sob a influência da nova ordem em discussão, apelou para o homem como agente da história, aquele homem que passou a ser compreendido como apto à construção de uma ordem política voluntária e consentida. Assim, o constitucionalismo moderno tinha como foco o sujeito que estabelecia a ordem e definia os limites aos poderes do absolutismo. Entendia-se que sem a existência dos freios reais impostos pelos direitos e a plenitude da participação do povo, não se poderia falar em governo constitucional. Contudo, importante frisar que esta participação popular ainda era tímida, tendo sido aumentada no decorrer do desenvolvimento do Estado. Os direitos de reunião e de associação, na sua feição clássica, expandiram-se na liberdade sindical. Houve, também, um crescente aumento da participação popular e direito de votar nas eleições públicas.³³

Quanto ao aspecto da *igualdade*, no preâmbulo da Constituição Francesa de 1791, o Constituinte entendeu por bem estabelecer o fim do regime de privilégios até então existentes na França. Era o fim do regime feudal quando, assim estabeleceu: “não mais existe, para nenhuma parte da nação ou para nenhum indivíduo, qualquer privilégio ou exceção ao direito comum de todos os franceses”³⁴.

Mesmo diante das críticas tecidas no sentido de que a igualdade teria sido preterida em relação à liberdade pelos constituintes burgueses, fato é que a busca pelo fim dos privilégios e pela igualdade perante a lei marcou o processo de revolução bem como as discussões da constituinte francesa. Não há como negar que a busca pela igualdade, ainda que formal, se consubstanciou na força que estimulou os revolucionários da época. O “banimento do arbítrio é a pedra angular de todo o

³¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 10.

³² Gerardo PISARELLO apresenta que já em Aristóteles, no terceiro livro da *Política*, havia a ideia de Constituição como a organização das cidades, relação de autoridade e a finalidade de cada comunidade. Aristóteles teria distinguido, ainda, as Constituições em: a) oligárquica e b) democrática, possuindo, esta última, um forte conteúdo de classe, pois se caracterizava como um governo dos pobres (camponeses, artesãos, pequenos comerciantes e assalariados) que normalmente eram a maioria. Contudo, não se pode falar em governo de todos, com foco no sujeito. PISARELLO, Gerardo. **Um largo Termidor – La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático**. Madrid: Trota, 2011. P. 31.

³³ FAORO, Raymundo. **Assembléia Constituinte: A legitimidade recuperada**. São Paulo: Brasiliense, 1981. Pgs. 12 a 15.

³⁴ Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 07 de Outubro de 2013.

processo”, define Raymundo FAORO³⁵ quando trata do tema da Constituição Francesa de 1791.

1.1.2. A Revolução Americana

Outro forte movimento pela Constituição no século XVIII ocorreu no novo mundo antes mesmo do momento europeu e merece destaque. Trata-se do processo de independência das colônias norte-americanas que desembocou na Constituição de 1787. O texto encaminhado ao Congresso em 1786 remontava ao espírito igualitário da época, pois estava fundamentado em leis naturais consideradas evidentes e invioláveis, quais seriam: o consentimento dos governados a qualquer governo representativo, o reconhecimento dos direitos individuais e o direito de destruir e abolir qualquer governo que os violassem. Contudo, excluía desta proteção os povos indígenas e afrodescendentes.³⁶

Nem mesmo os redatores do texto imaginavam a dimensão do direito igualitário ora defendido na Constituição. Segundo Gerardo PISARELLO³⁷, diante da manifestação do povo após os debates iniciados com a publicação dos artigos nos periódicos nova-iorquinos, foi entendido pelas elites que estava havendo um desvirtuamento de sua própria liberdade. Assim, como definiu John Adams³⁸, os Estados Unidos estariam vivendo um “despotismo democrático”, apresentando, a partir de então, a diferença entre República e Democracia, sendo a primeira o império das leis e não dos homens e a democracia seria o governo dos homens, fato este que poderia resultar em um poder absoluto, devendo, portanto, ser limitado.

O texto constitucional buscou então limitar esta atuação ao introduzir o modelo político baseado no sistema de freios e contrapesos (*check and balances*) que favorecia o executivo, o senado e o judiciário em detrimento do legislativo.

Os debates realizados durante a elaboração do texto constitucional americano tiveram como fonte os artigos publicados por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, nos anos de 1787 e 1788, em um importante periódico nova-iorquino da

³⁵ FAORO, Raymundo. Op.Cit., p. 15.

³⁶ PISARELLO, Gerardo. **Um largo Termidor – La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático**. Madrid: Trota, 2011. P. 65.

³⁷ Ibidem, pgs. 67 e 68.

³⁸ ADAMS, John APUD Pisarello, Gerardo. **Um largo Termidor – La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático**. Madrid: Trota, 2011. P. 67.

época. No total, foram elaborados 85 textos que podem ser encontrados reunidos, atualmente, sob o título “O Federalista³⁹”. Estes textos tiveram como objetivo o esclarecimento acerca dos aspectos sobre o complexo momento de elaboração de uma Constituição, assim, defendiam perante a sociedade americana os posicionamentos que estavam sendo tomados.

O objetivo seria discutir os seguintes temas: i) A utilidade da União para a prosperidade pública; ii) A insuficiência da atual Confederação para a preservação da União; iii) A necessidade de um governo pelo menos com vigor similar ao do proposto para atingir tal objetivo; iv) A conformidade da Constituição proposta com os verdadeiros princípios do governo republicano; e a v) segurança adicional que sua adoção propiciará à preservação desta forma de governo à liberdade e à propriedade.⁴⁰

Dentre os diferentes assuntos abordados, destacam-se as discussões sobre a República e Democracia como modelos políticos possíveis de serem adotados. Tal tema foi objeto do artigo n. 10 de James MADISON. Nele, o autor criticou a forma de democracia clássica, direta e fomentou o modelo de república representativa, assim dispendo:

“Os dois grandes pontos de diferença entre uma Democracia e uma República são, primeiro, a delegação do governo, na última, a um pequeno número de cidadãos eleitos pelos restantes; segundo, a maior quantidade de cidadãos e a maior esfera de território sobre o qual a última se pode estender. O efeito da primeira diferença é, por um lado, refinar e ampliar os pontos de vista do público, filtrando-os através do meio de uma assembleia escolhida de cidadãos, cuja sagueza pode discernir melhor o verdadeiro interesse do seu país, e cujo patriotismo e amor da justiça terá menor probabilidade de sacrificar esse interesse a considerações temporárias ou parciais.”⁴¹

Já a introdução do sistema de “freios de contrapesos” foi objeto do artigo 51, também defendido por MADISON, que assim afirmou: “A dependência em relação ao povo, é, sem dúvida, o principal controle sobre o governo, mas a experiência nos ensinou que há necessidade de precauções suplementares”⁴². E continuou: “se uma maioria se constituir em torno de um interesse comum, os direitos da minoria correrão perigo”.

PISARELLO afirma, ainda, que estas posições refletem que, apesar da busca pelos anseios democráticos, a Constituição americana de 1776 teria se tornado um

³⁹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 99.

⁴¹ *Idem*.

⁴² *Ibidem*, p. 418.

antídoto elitista contra as tendências democráticas da época.⁴³ A mesma crítica é extraída na introdução à edição brasileira do livro de Charles L. MEE JR⁴⁴ ao afirmar que “o resultado final (da Constituição) foi criticado duramente por todos”, complementa: “criticava-se uma constituição feita por “contra-revolucionários” que haviam demolido o que a revolução conquistara e que estava se criando uma sociedade dominada pelos ricos e poderosos”.

Adiante o aspecto da igualdade como herança deste processo revolucionário será melhor trabalhado.

1.1.3. Igualdade formal como herança das revoluções

A comparação entre as revoluções americana e francesa são recorrentes no âmbito acadêmico. Contudo, lembra BOBBIO que “no que se refere às duas revoluções, a diversidade é de tal ordem que muitas argumentações sobre as afinidades e diferenças entre elas aparecem frequentemente como meros exercícios acadêmicos”⁴⁵. Para o autor, não se pode comparar uma guerra pela independência com uma derrubada da ordem política. Contudo, também não se pode negar a influência que a declaração americana exerceu sobre o movimento francês, os constituintes franceses conheciam o modelo americano e se posicionaram sobre ele.⁴⁶

Neste sentido Giovanni PUGLIESI apresenta que, apesar da discussão acerca da originalidade da declaração de 1789, em razão da existência prévia da Declaração da Virgínia de 1776, a carta francesa é que teria sido a responsável direta pela influência em inúmeras outras sociedades, sendo por isso conhecida como marco para a concretização dos direitos de liberdade e igualdade⁴⁷.

Apesar destas críticas e diferenças levantadas entre elas, não se pode negar que, mesmo possuindo um forte caráter patrimonialista e, até mesmo, elitista, as revoluções trouxeram contribuições para o desenvolvimento da sociedade. Primeiramente, entender o sujeito como protagonista destas Constituições que estavam se formando foi essencial

⁴³ PISARELLO, Gerardo. Op. Cit., p. 70.

⁴⁴ MEE, Charles L. **A História da Constituição Americana**: Relato da criação do governo durante a Convenção Constitucional. Tradução de Octávio A. Velho. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1993.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos...* Op. Cit., p. 123.

⁴⁶ Ibidem, p. 124.

⁴⁷ PUGLIESI, Giovanni. Appunti per una Storia della Protezione dei Diritti Umani. In CARPI, Federico; ORLANDI, Chiara Giovannucci (ed.), **Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level: international congress on procedural law for the ninth centenary of the University of Bologna**, volume I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, 57-104, p. 98.

para a busca de determinados direitos até então esquecidos. Este é o entendimento de SANTI ROMANO⁴⁸, para quem não se pode negar que as revoluções contribuíram fortemente para a criação, ainda que inicial, dos seguintes institutos (i) universalização dos direitos individuais, concebidos como limitadores ao poder do soberano; ii) divisão de poderes; iii) alteração da noção de soberania que se transfere do príncipe para se tornar um atributo da nação; iv) *valorização do princípio da igualdade* que, segundo o autor, será a mudança mais importante de todas, permitindo o estabelecimento de novas instituições políticas.

Frisa-se, portanto, este quarto item. A mudança no paradigma de legitimidade do “divino” para o “sujeito” trouxe, necessariamente a valorização do princípio da igualdade. Neste momento, contudo, identifica-se que a conquista foi por uma *igualdade formal*, aquela que garante que “*todos os homens são iguais perante a lei*”. A doutrina apresenta que tal garantia está presente nos ordenamentos desde a Declaração de Independência dos Estados Unidos em 1776, seguido pela ratificação da Declaração de Direitos da Virgínia em 1787. Na Europa, o documento que divulgou tal conceito foi a conhecida Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789,⁴⁹ que já no seu texto de abertura dispõe que “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Entende-se, portanto, esse processo como uma vitória dos cidadãos que buscavam acabar com a sociedade de privilégios até então existente. A partir de então, como esclareceu Hans KELSEN os órgãos jurídicos não deveriam fazer distinções que a própria legislação a ser aplicada não faria.⁵⁰

Nota-se que tal conquista somente foi possível considerando que o sujeito estava ocupando uma situação de destaque no ordenamento. Assim, seus anseios pela limitação ao poder e pela igualdade de tratamento (ausência de privilégios) se refletiram no texto constitucional de forma a torná-lo, então, um texto legítimo.

⁴⁸ ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. Pgs. 53 e 54. (grifo nosso)

⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 49.

⁵⁰ KELSEN, Hans. **O que é justiça?**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 16.

1.2. Universalização da Igualdade: As cartas internacionais e as Constituições do pós-guerra e a busca pela igualdade material

A mudança da concepção de nação como único ente detentor de uma soberania legítima por se fundar no consenso, para a compreensão de nação como o processo de formação espontânea num longo processo histórico, ocorreu na Alemanha⁵¹. Nesta perspectiva, a nação deixou de ser vista como uma soma de atos da vontade (por se caracterizar como uma “metafísica herança jusnaturalista”)⁵², para ser entendida como aquela instituição que conformaria a sociedade. Assim, alterou-se o fundamento da ordem jurídica: longe de imporem a sua vontade, os sujeitos passaram a ter que extrair da nação a sua identidade. Esta noção estava permeada por uma desconfiança não apenas doutrinária, mas, também, política, visto que havia um temor pela atuação de uma maioria despótica quando se falava em poder originário ou constituinte.

Contudo, o medo de uma imposição despótica pelo poder originário fez surgir uma outra forma de opressão. Colocando o Estado no centro da conformação do poder, ele se caracterizou como o ápice da ordem social, deixando os cidadãos vulneráveis a uma realidade manipulável que abriu as portas para a existência do totalitarismo.

Assim, somente após a primeira guerra mundial na Alemanha e, sobretudo, no segundo pós-guerra, que pode-se entender que o poder constituinte voltou a ter força como ente indispensável de fundação e legitimação da ordem política.⁵³ Como apresenta Pietro COSTA com fundamento nas lições de SAVIGNY, MUELLER e HEGEL, o Estado se caracterizou como uma “realidade solidária com a identidade profunda do sujeito”⁵⁴. Ainda, corroborando com os ensinamentos de AHRENS, afirma que o Estado nasceu da vida do povo e seu fim será de fornecer ao ser humano condições para o seu desenvolvimento integral e desenvolvimento da civilização⁵⁵.

Neste cenário é que se notam os esforços dos estudiosos do pós-guerra na busca por uma nova conformação de Estado. Em primeiro lugar, voltou-se a buscar a ideia de uma soberania com legitimação funcional, entendendo que os direitos dos cidadãos deveriam aparecer como centro da ordem. Em um segundo lugar, focou-se no caráter neutro do Estado, buscando-se o politeísmo dos valores, multiplicidade de fés e

⁵¹ COSTA, Pietro. O Estado. In **Soberania, Representação e Democracia**. Curitiba: Juruá, 2012. P. 89.

⁵² Idem.

⁵³ Ibidem, p. 90.

⁵⁴ Ibidem, p. 91.

⁵⁵ Idem.

valorização das diferenças. E, ainda, em terceiro lugar, repensou-se criticamente a soberania moderna hobbesiana.⁵⁶

Em que pese a recuperação de alguns dos elementos do constitucionalismo social e democrático, PISARELLO⁵⁷ entende que, em razão da dominação norte-americana, as forças capitalistas acabaram por exercer uma pressão para que as Constituições fossem sociais, porém, de forma moderada. Houve o reconhecimento do movimento de sindicalização e políticas relativamente amplas, mas, em contrapartida, a sociedade teve que aceitar o modelo capitalista de produção e a intangibilidade da propriedade privada. Este modelo misto é que teria se projetado internacionalmente.

Certo é que o final da Segunda Guerra Mundial deixou evidentes os riscos da soberania absoluta clássica. Isso gerou um processo de relativização do conceito de soberania dando lugar ao surgimento de um poder internacional diferenciado. Esse novo modelo era até inevitável na medida em que os Estados se haviam tornado de tal forma dependentes que, isolados, nem mesmo conseguiam cumprir suas funções clássicas, tal qual a preservação da segurança nacional⁵⁸.

Pode-se dizer, ainda, que a “perseguição nazista às minorias, os campos de concentração, o deslocamento de civis, os bombardeios a áreas residenciais, as *comfort stations*, o uso de armas nucleares, enfim, um sem-número de atrocidades demonstra a direta inter-relação entre a guerra e a destruição da dignidade da pessoa humana”⁵⁹. Essa condição é que teria ensejado uma maior busca pela proteção internacional dos direitos humanos. Nas palavras de TOMUSCHAT, o pós-Segunda Guerra Mundial foi, para os direitos humanos, um “grande salto adiante”⁶⁰ especialmente porque a proteção dos direitos humanos se internacionaliza ao ultrapassar a “jurisdição doméstica” ou o “domínio reservado dos Estados”⁶¹.

⁵⁶ Ibidem, p. 96.

⁵⁷ PISARELLO, Gerardo. *Un largo Termidor...* Op. Cit., p.139.

⁵⁸ SCHERMERS, Henry G.; BLOKKER, Niels M. **International Institutional Law**. Fourth edition. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 01.

⁵⁹ DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal: Uma Crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. Tese de Doutorado apresentada à Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2013. P. 86.

⁶⁰ O autor complementa a ideia, explicando-a: “*Never again could it be maintained that human beings were placed, by law, under the exclusive jurisdiction of their home state. It had been learned during the horrendous years from 1933 to 1945 that a state apparatus can turn into a killing machine, disregarding its basic function to uphold and defend de human dignity of every member of the community under its power*”. TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights: Between Idealism and Realism**. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 22.

⁶¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 30.

Neste contexto é que surge e é proclamada a Carta da Organização das Nações Unidas, seguida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, por meio das quais se busca a construção de uma cultura internacional de defesa dos direitos humanos. O que se pretendia era impor um “nunca mais” ao nazismo e fascismo⁶². Nas palavras de LAFER, esse foi o resultado da luta contra o “magma de negatividade⁶³” criado pelo totalitarismo dos anos trinta e quarenta. Mas permanecia evidente um grande desafio: conjugar os direitos individuais com aqueles novos direitos sociais de forma a que se garantisse a dignidade humana.

Apesar da dificuldade de sua aplicação em razão da instauração da guerra fria, a Declaração tornou-se um instrumento de fomento da *igualdade material* e de inspiração às Constituições do pós-guerra. Dalmo de Abreu DALLARI apresenta que a declaração teria consagrado três objetivos principais:

“i) a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; ii) a segurança dos direitos impondo uma série de normas tendentes a garantir que em qualquer circunstância, os direitos fundamentais sejam respeitados; iii) a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições sub-humanas”⁶⁴.

Todo este momento contribuiu sobremaneira para as discussões constitucionais da época. Nota-se, por exemplo, que a busca pela igualdade material acabou permeando as discussões nas constituintes de diversos países, tais como nos Estados Unidos, na França, na Itália e na Alemanha, como se verá a seguir.

Diante da inexistência de condições que impulsionassem a democracia social nos Estados Unidos, houve a necessidade de instituição de um segundo “Bill of rights”, em 1944, que garantisse a liberdade de necessidade (*freedom from want*). De acordo com Cass SUNSTEIN, Roosevelt teria chegado a “uma clara compreensão do fato de que a verdadeira liberdade individual não pode existir sem a segurança econômica e independência”.⁶⁵ A principal resistência à concretização destes direitos veio da própria Suprema Corte, que se mostrou insensível às questões de discriminação que afetavam

⁶² PISARELLO, Gerado. Op. Cit., p. 140.

⁶³ LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: MAGNOLI, Demétrio (org.). **História da Paz**. São Paulo: Contexto, 2008 (p. 297-329), p. 305.

⁶⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 213. Grifo nosso.

⁶⁵ Disponível em <http://www.breitbart.com/Big-Government/2013/01/29/Sunstein-Obama-Wants-Second-Bill-of-Rights>. Tradução livre. Acesso em 09 de Outubro de 2013.

mulheres, povos indígenas e negros. Tais decisões refletiam o caráter econômico ultraliberal ainda dominante no país.

Na França, em 1945, houve a convocação de uma assembleia constituinte. Pela primeira vez na história houve a participação de membros do Partido Comunista Francês. No texto proposto teriam sido nomeados diferentes direitos sociais. Contudo, tal proposta acabou sendo rechaçada por cinquenta e três por cento (53%) dos participantes da constituinte. Assim, em 1948 foi instaurada uma nova constituinte que teria como foco as tendências do Conselho Nacional de Resistência, liderado por Charles de Gaulle. Assim, houve a revogação das propostas que pretendiam a expropriação de bens em favor da utilidade pública, bem como a subordinação do direito de propriedade à utilidade social. Os principais direitos do homem foram especificados no preâmbulo, nele estavam previstas a igualdade entre homens e mulheres, direito a se obter um emprego, direito de afiliação sindical e o direito dos trabalhadores participarem da gestão das empresas.⁶⁶

A Constituição Italiana de 1948 foi, depois da de Weimar, a que melhor preservou o espírito constitucional social do entreguerras. Preservou a separação entre a igreja e Estado, o repúdio à guerra como instrumento de ataque à liberdade dos povos e previu uma ampla proteção aos direitos civis e políticos, tais como: proteção do trabalho em todas as suas formas, direito à saúde, educação e remuneração suficiente para a existência de uma vida digna, descanso semanal, férias anuais e liberdade sindical. Entende-se, ainda, que a principal contribuição foi trazida pelo artigo 3⁶⁷ que prevê a igualdade material entre os cidadãos.

Na Alemanha, a instauração da Constituição de Bonn teria sido um processo constitucional induzido. Em primeiro de julho de 1948, as três potências de ocupações ocidentais encarregaram os primeiros-ministros estaduais, em suas zonas de ocupação, a instituírem uma assembleia constituinte que deveria elaborar uma Constituição democrática e federalista. O objetivo seria o desenvolvimento de uma Constituição com bases democráticas estáveis, reconhecendo na esfera da liberdade e da dignidade

⁶⁶ PISARELLO, Gerardo. Op. Cit., p. 145 e 146.

⁶⁷ “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais. Cabe a República remover os obstáculos de ordem social e econômica que limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento de pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País”.

humana o seu mais elevado bem jurídico⁶⁸. Assim, foi elaborado um texto que, segundo HESSE, se pretendia provisório, mas que se mostrou como uma ordem duradoura⁶⁹, sobretudo por conta da instalação do Tribunal Constitucional Alemão, ocorrida em 1951, a partir do qual teve início uma profícua produção teórica e jurisprudencial na qual se estabelecia o reconhecimento da força normativa às normas constitucionais e que influenciou os países com tradição romano-germânica⁷⁰. Quanto à igualdade, a Lei Fundamental garante a igualdade formal (diante da lei) e a igualdade material, proibindo “tratar o essencialmente igual desigualmente (e o essencialmente desigual igualmente)”⁷¹.

Os reflexos na Constituição brasileira se deram em 1946, após a deposição do então presidente Getúlio Vargas, em 1945. Houve a instauração de uma assembleia constituinte com o objetivo de elaborar um texto que superasse o Estado autoritário e reinstalasse a democracia representativa. “A Constituição ocupava-se da organização da vida econômica, vinculando a propriedade ao bem-estar social e fazendo dos princípios da justiça social, da liberdade de iniciativa e da valorização do trabalho as vigas principais da ordem econômica.”⁷² Ela teria representado o período mais democrático vivido pelo povo brasileiro até então⁷³.

Assim, como se viu, tudo indicaria ter existido um desenvolvimento histórico razoavelmente linear que levou ao reconhecimento da igualdade como essencial tanto para a noção de direitos fundamentais quanto para a própria democracia. Isso parece ter decorrido tanto da concepção jusnaturalista-revolucionária dos direitos fundamentais quanto do posicionamento dos indivíduos como o ponto de origem e a destinação funcional da ordem⁷⁴. Todavia, não foi exatamente isso o que ocorreu.

Apesar do reconhecimento, desde SIEYÈS, do poder popular e do fato da Constituição Francesa de 1791 ter deslocado o foco da soberania da nação para o

⁶⁸ Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Publicada pelo Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal, Bonn. Pgs. 5 a 7.

⁶⁹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional...** Op. Cit. p. 78.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 268.

⁷¹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998. Pgs. 330 a 335.

⁷² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Noções Introdutórias. In BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 113.

⁷³ Diferente autores, como Luís Roberto Barroso, entendem que o processo democrático teria ocorrido somente com a Constituição de 1988. In BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 268.

⁷⁴ COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In **Soberania, Representação e Democracia**. Curitiba: Juruá, 2012. P. 244.

sujeito⁷⁵, o que se viu, porém, foi que apesar de terem declarado a igualdade dos homens, tal norma careceu de incidência real.⁷⁶ Houve, ainda, a criação de uma flagrante contradição no discurso da revolução francesa. A democracia que parecia consubstancial com o discurso dos direitos revelou-se ameaçadora por incluir um poder absoluto tanto ao poder do povo quanto aos seus direitos. Isso necessariamente gerou uma tensão, visto que este poder do *demos* não era necessariamente democrático, e, afinal, nem todos possuíam o direito de participar do governo, somente aqueles que detinham propriedade. Diante deste choque de interesses, a ideia de igualdade tornou-se problemática.

Assim, mesmo a liberdade e igualdade se consubstanciando como um ideal revolucionário, esta última deveria estar contida dentro de limites precisos, e não poderia ser estendida aos não-proprietários visto que, se assim o fosse, por serem eles maioria, poderiam subverter-se os direitos individuais que eram reconhecidos pelos revolucionários como intocáveis (entre eles, o direito de propriedade, e especialmente por isso a problemática foi gerada.⁷⁷). Veja-se, portanto, que o pretense protagonismo do sujeito, juntamente com a garantia da igualdade perante a lei, não foi suficiente para garantir o processo de emancipação humana. Ao contrário, o resultado das grandes guerras mostrou a fragilidade desta imposição. O panorama da situação social na metade do século XX era de uma massa de indivíduos acometidos pela miséria, fome, doença e marginalização.

Somente com a Constituição do pós-guerra é que se identificou que a alternativa ao totalitarismo e a proibição a um processo de involução estaria calcado nos direitos dos sujeitos e, principalmente, na busca pela *igualdade material*. Considerando que a “igualdade perante a lei é apenas uma forma específica e historicamente determinada de igualdade de direito ou dos direitos”⁷⁸ muito diferente é o que se almeja com a igualdade material. Essa última pressupõe que os sujeitos sejam identificados como únicos, que sejam entendidas as diferenças existentes entre eles e que haja possíveis discriminações para que se possam obter iguais condições de competição por aqueles bens da vida tidos como essenciais. Assim, a busca pelo novo momento de garantia dos direitos humanos se concretizou na edição das Cartas das Nações Unidas, mantendo-se a concepção de que todos os homens nasciam livres e iguais, porém, indo mais além,

⁷⁵ SILVA, José Afonso. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 84.

⁷⁶ FAORO, Raymundo. Op. Cit., p. 14.

⁷⁷ COSTA, Pietro. Op. Cit., p. 245 e 246.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos...* Op. Cit., p. 29.

acreditando na necessidade de que houvesse uma garantia de determinados direitos que mantivessem sua dignidade. Extrai-se daí a busca pela igualdade material entre os homens.

1.3. Movimento pelo Neoconstitucionalismo

Conforme pode ser identificado no capítulo acima, o movimento pós-guerra trouxe consigo o estabelecimento de valores morais que seriam compartilhados pela sociedade e que estariam consubstanciados nas ordens jurídicas. Nesta esteira, o Direito Constitucional precisaria, como afirma Clèmerson Merlin CLÈVE⁷⁹, estar adequado a uma sociedade contemporânea, aberta às transformações que ocorrem rapidamente, evitando, assim, os consensos definitivos. Atrelado a este fato verificou-se, ainda, uma mudança no papel desempenhado pelo texto constitucional. O que antes era considerado como um esboço orientativo que deveria ser *respeitado* pelo legislador, passou a ser entendido como um programa positivo de valores que deveria ser *aplicado* pelo legislador.⁸⁰ Isso constituiu a imperatividade das normas constitucionais⁸¹.

Veja-se, com isso, que o movimento *neoconstitucional* teve como mote o reconhecimento da força normativa dos princípios e do texto constitucional e disso resultou um processo de rejeição ao exclusivo processo formal de interpretação por meio do silogismo, abrindo espaço para o desenvolvimento de teorias da argumentação e ponderação, o que fez com que houvesse uma maior judicialização da política e das relações e, também, uma reaproximação entre o direito e a moral.⁸²

Daniel SARMENTO⁸³ exemplifica que apesar de se atribuir aos autores americanos e alemães o título de “neoconstitucionais”, tal movimento não teria ocorrido

⁷⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Neoconstitucionalismo, Jurisdição Constitucional e Tributação. ⁷⁹ Texto resultante da degravação de conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fcleveadvogados.com.br%2Farquivos%2Fneoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc.doc&ei=rjn0UpalLs3xkQf9voGoBg&usq=AFOjCNEP2dy-by7MTkgTXgFRV9Ug-vcFPA&sig2=sb-ZBZ9bHixJB5KCJZkdgA&bvm=bv.60799247,bs.1,d.cWc>. Acesso em 16 de outubro de 2013.

⁸⁰ MAIA, Antônio Cavalcanti. **Sobre a teoria constitucional brasileira e a carta cidadã de 1988: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo**. Revista Quaestio Iuris, 2012. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. P. 37.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. P. 284.

⁸² SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. (Org). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. P. 113.

⁸³ Ibidem, p. 114.

nestes países. Seria, sim, fruto do da doutrina Espanhola e Italiana. Importante, ainda, se compreender que diante da diversidade de posições jusfilosóficas dos autores que comporiam este movimento, deve ser entendida a existência de *neoconstitucionalismos*⁸⁴ não como uma teoria, mas, sim, como um momento no qual estavam sendo evidenciados os diferentes aspectos relacionados acima.

Verificou-se, portanto, que o momento pós-guerra trouxe à tona a necessidade de que o texto constitucional estivesse permeado de valores. Porém, não bastaria que tais valores fossem apenas expressos no texto, sendo necessário que obtivessem imperatividade. Assim, seguindo na análise de SARMENTO, identifica-se que a adoção destes valores ao texto constitucional atrelado à busca pela sua imperatividade, teria trazido uma nova forma de enfrentar a questão acerca do direito e da moral. Isso porque, como o texto constitucional estaria composto de regras e princípios, as soluções às possíveis controvérsias jurídicas não poderiam mais serem sanadas diante da adoção de métodos *jusnaturalistas* ou *juspositivistas*. Foi necessário o desenvolvimento de novos mecanismos de análise do direito para casos de difícil resolução.

Apesar de não se pretender no presente trabalho abordar detalhadamente as complexas teorias desenvolvidas pelos autores seguintes, cumpre, neste momento, destacar a importância dos ensinamentos de autores como Ronald DWORKIN e Robert ALEXY. De fato, tais autores são defensores de uma necessária conexão entre direito e moral na compreensão das questões que envolvem as regras e princípios do ordenamento jurídico e serão essenciais na compreensão da noção de neoconstitucionalismo.

Pode-se entender que a partir de Ronald DWORKIN houve um aprimoramento acerca dos estudos sobre os princípios e regras. O autor introduziu a questão da seguinte forma em crítica ao positivismo:

“Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente como princípios, políticas e outros tipos de padrões”⁸⁵.

Assim, a partir da análise de casos práticos, o autor apresenta que a diferença entre princípios e regras é de natureza lógica, pois as regras seriam “aplicáveis a

⁸⁴ Neste sentido a obra de CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trota, 2003.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. P. 36.

maneira do tudo ou nada”⁸⁶ ou seja, quando duas regras estão em conflito, uma delas não pode ser válida. O sistema jurídico poderá regular estes conflitos por meio das soluções de antinomias. Assim, regras podem descrever uma conduta e apontar suas exceções de forma que, quanto mais detalhadas, mais completas serão suas descrições⁸⁷.

Diferentemente serão tratados os princípios. Para o autor, os princípios não possuem consequências jurídicas automáticas, mas sim, enunciam uma direção e necessitarão de uma decisão particular, atrelado a isto, verifica-se que eles terão que ser dimensionados segundo sua importância e peso. Nota-se, que, conforme descreve o autor, os princípios jurídicos estarão por “toda a parte, à nossa volta”.⁸⁸

Robert ALEXY também se apresenta como defensor da existência de regras e princípios em razão de ambos compõem a norma jurídica (pois, assim como as regras, os princípios também são “razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente”⁸⁹). Acredita na existência de diferenças entre eles e, ainda, segundo o autor, apesar da maioria da doutrina apresentar o critério da generalidade como fundamento da distinção por meio do qual os princípios possuiriam um alto grau e as regras baixo grau de generalidade, entende que a principal diferença estará não somente na diferença gradual, mas, sim, em uma diferença *qualitativa*.⁹⁰

Explica, ainda, o autor que “princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandados de otimização*.”⁹¹ Assim, no momento em que ocorre a colisão entre os princípios, deve-se aplicar o sopesamento, ou seja, deve-se avaliar qual princípio possui maior peso no caso concreto. Entende-se que eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*.⁹² Isso significa que, em determinados casos, aquilo que um princípio determina pode ser afastado por razões antagônicas. O critério *prima facie* de um princípio pode ser fortalecido por uma carga argumentativa a favor de alguns e em detrimento de outros⁹³

Dentro do movimento identificam-se, ainda, autores como Luigi FERRAJOLI e Luiz Pietro SANCHES que criticam a separação entre princípios e regras e não aceitam

⁸⁶ Ibidem, p. 39.

⁸⁷ Neste aspecto o autor realiza uma comparação entre as regras aplicadas ao jogo de Beisebol, com as regras jurídicas.

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. OP. Cit., p. 46.

⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 87.

⁹⁰ Ibidem, p. 90.

⁹¹ Idem.

⁹² Ibidem, p. 104.

⁹³ Ibidem, p. Pgs. 105 e 106.

a conexão entre o direito e a moral, entendem que poderia existir uma ligação entre estas esferas por meio da elaboração de normas pelas autoridades competentes.⁹⁴ Nas palavras de FERRAJOLI⁹⁵:

“Oposta é a concepção que denominei “garantista” do constitucionalismo. O constitucionalismo rígido, como escrevi inúmeras vezes, não é então uma superação, mas sim um reforço do positivismo jurídico, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas – os direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais – que devem orientar a produção do direito positivo. Representa, por isso, um complemento tanto do positivismo jurídico como do Estado de Direito: do positivismo jurídico porque positiva não apenas o “ser”, mas também o “dever ser” do direito; e do Estado de Direito porque comporta a submissão, inclusive da atividade legislativa, ao direito e ao controle de constitucionalidade. Princípios e regras são, igualmente, normas, simplesmente formuladas de maneira diversa: uns com referência ao seu respeito; outros com referência à sua violação e à sua conseqüente aplicação. Prova disso é que mesmo as regras, inclusive aquelas penais às quais se exige a máxima taxatividade, quando são observadas exsurtem como princípios, que não se aplicam, mas se respeitam: por exemplo, a observância das normas sobre o homicídio ou sobre as lesões corporais ou sobre o furto equivale ao respeito dos princípios da vida, da integridade corporal e da propriedade privada. Inversamente, também os princípios, quando são violados, aparecem como regras, que não se respeitam, mas se aplicam: por exemplo, o princípio constitucional da igualdade, quando é violado, surge como regra em relação à sua violação: a regra, precisamente, que proíbe as discriminações.”

Na esfera do Direito Tributário brasileiro, a escola liderada por Paulo de Barros CARVALHO⁹⁶ se apresenta também neste sentido. Para o autor, o direito positivo seria formado exclusivamente por normas jurídicas compostas na mesma organização sintática, como objeto uniforme, e o critério valorativo estaria presente apenas no momento em que o legislador (como autoridade competente) elenca os fatos e condutas do dia-a-dia que terão relevância para o direito. Nas palavras do autor: “Neste sentido, valora o legislador fatos e condutas, tecendo o conteúdo das significações das normas jurídicas ou, em outras palavras, saturando as variáveis lógicas daquela estrutura sintática que é comum a todas as unidades do sistema”⁹⁷.

Apesar de partirem de premissas diferenciadas, os autores acabam convergindo no fato de que as normas constitucionais é que produzirão efeitos no mundo jurídico. Segundo MAIA, “o neoconstitucionalista abandona o privilégio do ponto de vista

⁹⁴ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. (Org). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. P. 9.

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. In Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acesso em 07 de Novembro de 2013 (Grifo nosso).

⁹⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2009. P. 257 e 258.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 258.

privatista à compreensão do ordenamento jurídico; o centro da sua vida agora é o direito constitucional”⁹⁸.

Feitos tais esclarecimentos importa compreender que a ideia de que texto constitucional estaria composto por regras e princípios se caracterizou como uma renovada visão do direito constitucional a época, alterando, segundo Clèmerson Merlin CLÈVE, sua dimensão *metodológica*⁹⁹. Isto porque ao se incluir a noção de princípio como parte do texto constitucional, vislumbrou-se que apenas o raciocínio lógico, por meio da subsunção, não seria suficiente para dar as repostas necessárias na proteção dos direitos. Seria necessária, portanto, a adoção de métodos complementares como a ponderação e a razoabilidade na sua tríplice dimensão: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁰⁰, para que se pudesse obter uma resposta adequada.

Neste sentido, DWORKIN¹⁰¹ buscou rebater algumas críticas tecidas pelos defensores de que a adoção de princípios faria com que a posição do juiz restasse em superioridade em relação aos legisladores. Em seu livro, *Uma questão de Princípio*, o autor propõe que o juiz, ao se deparar com um caso difícil, teria que perguntar se o requerente teria o direito moral de receber do tribunal aquilo que exige. DWORKIN frisa, portanto, que a fonte destes direitos morais não estaria limitada ao texto legal, exercendo influência sobre os direitos possuídos pelas partes. Na solução do caso, o juiz buscaria então em algum princípio o direito pleiteado e este princípio deveria estar em harmonia com o repertório legal.

Neste sentido, DWORKIN buscou refutar os seguintes argumentos: i) que a decisão judicial, carecia de legitimidade, pois o juiz não seria eleito pela comunidade; ii) que a decisão fundada em princípios ofenderia o princípio democrático; iii) que as decisões tomadas pelos juízes tenderiam a ser mais conservadoras.

Primeiramente, quanto ao aspecto de que o juiz, por não ser eleito pela comunidade, não poderia inovar em casos não previstos pela lei, tratar-se-ia de um argumento defeituoso. Em seu lugar, seria necessário, segundo os críticos da maior liberdade do juiz, o uso da semântica ou da psicologia de grupo para solução do caso. Mas essas soluções, propostas pelos defensores da aplicação do texto legal,

⁹⁸ MAIA, Antônio Cavalcanti. *Sobre a teoria constitucional...* Op. Cit., p. 55.

⁹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Neoconstitucionalismo, Jurisdição Constitucional e Tributação*. Op. Cit., p. 5

¹⁰⁰ *Ibidem* P.4.

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

pressuporiam a compreensão e a certeza de que o legislador fez as escolhas prévias acerca da extensão da lei ou da opção pela palavra utilizada de forma perfeita. Contudo, se não existe uma prova de que o legislador agiu de forma tão competente, pode ser que ele simplesmente não tenha considerado a hipótese do caso concreto em específico e que tenha que ser resolvida pelo juiz.

Quanto ao segundo aspecto, referente ao fato de que as decisões judiciais de questões de princípios ofenderiam a teoria da democracia, DWORKIN apresenta que não existiria razão para se pensar de tal forma. Defende seu posicionamento com os seguintes argumentos: i) Não existiria razão para que se pudesse compreender que o legislador teria maiores informações do que o juiz sobre a variedade dos fatos que, sob qualquer concepção plausível de direitos, seriam relevantes para determinar quais seriam os direitos das pessoas que os pleiteiam;¹⁰² ii) Os legisladores não estariam em melhor situação que os juízes para decidirem sobre direitos em razão das forças políticas que existem nas deliberações. Afinal, poderiam existir grupos majoritários que sufocassem as minorias políticas, por exemplo; iii) O terceiro argumento remonta à questão da vinculação do legislador ao povo no sentido de que, se o legislador tomasse uma posição a ponto de ofender direitos que interfeririam na ordem pública, o povo possuiria o poder de reagir e o governo perderia legitimidade, diferentemente do caso de uma aplicação de argumentos políticos pelo juiz. O autor considera que este argumento não poderia ser comprovado porque não estaria claro se realmente a população acredita que as decisões judiciais careceriam de legitimidade quando deixam de ser históricas para serem políticas e, também, não se poderia comprovar que o fato de uma decisão ser contramajoritária faria com que os cidadãos deixassem de respeitar as leis de forma geral;¹⁰³ iv) Apresenta, ainda, que as minorias teriam muito a ganhar com a atuação política do judiciário. Assim, não teria como se argumentar que a transferência das decisões sobre direitos retardaria um ideal democrático de igualdade.

Quanto ao argumento de que as decisões políticas tomadas pelos juízes poderiam ser consideradas mais conservadoras do que aquelas em que fossem consideradas apenas como interpretativas da lei, o autor apresenta que o que ocorre seria exatamente o contrário. O juiz, ao se utilizar de questões semânticas, que seriam, aparentemente,

¹⁰²DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 26.

¹⁰³ O Autor cita o exemplo do Tribunal Warren que teria conseguido uma “aquiescência quase milagrosa a decisões extremamente impopulares numa época em que a compreensão popular acerca do papel do tribunal ainda insistia na interpretação histórica, não na interpretação política”. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 30.

neutras, acabaria fazendo julgamentos políticos ocultos que poderiam ser incompatíveis com a legislação aplicada. Diferentemente seria o caso das decisões políticas centradas em direitos, pois tal concepção pressuporia a existência de respostas políticas explícitas e fundamentadas em princípios.¹⁰⁴

Diante de todo o exposto, nota-se, como bem descreve Antônio Cavalcanti MAIA, que houve uma mudança significativa em relação ao papel do cientista do direito. A distinção entre prescrição e descrição não se constitui mais como um dado incontornável. O autor afirma ainda, com fundamento em Albert CASAMIGLIA, que a teoria não só serve para conhecer o direito vigente mas, também, é um auxiliar indispensável ao juiz. Assim, a teoria não somente descreve o direito mas também o forma.

A outra dimensão deste momento Constitucional, de acordo com CLÈVE¹⁰⁵, teria sido a *normativa* que se caracterizou como uma abertura do direito positivo no sentido de i) incorporação do Direito Internacional; ii) abertura do direito à supranacionalidade, iii) eventualmente, ainda, a possibilidade de falar-se em um núcleo irreduzível capaz de se apresentar como uma espécie de Constituição Mundial. Neste aspecto, teria ocorrido, ainda, o fortalecimento da jurisdição e o redimensionamento do seu papel na seara constitucional, visto a possibilidade de restrição e controle do legislativo por conta dos direitos fundamentais.

Assim, Antônio Cavalcanti MAIA consegue identificar, com fundamento nas lições de Tecla MAZZARESE¹⁰⁶ que o *neoconstitucionalismo* pode ser entendido em três aspectos: i) O primeiro deles seria o traço caracterizador de alguns ordenamentos jurídicos que trariam em sua Constituição, além das regras de individualização e as ações dos órgãos dos Estados, um rol mais ou menos amplo de direitos fundamentais; ii) em um segundo sentido poderia ser entendido como um modelo teórico que indicaria um certo modelo explicativo do conteúdo de determinados ordenamentos jurídicos, e iii) o termo indicaria um modelo axiológico-normativo do direito, uma filosofia política justificaria este modelo.

¹⁰⁴ Pgs. 32-37. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Pgs. 32 a 37.

¹⁰⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Neoconstitucionalismo, Jurisdição Constitucional e Tributação*. Op. Cit. P. 5

¹⁰⁶ MAIA, Antônio Cavalcanti. **Sobre a teoria constitucional brasileira e a carta cidadã de 1988: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo**. Revista Quaestio Iuris, 2012. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. P. 44.

MAIA¹⁰⁷ conclui, portanto, a partir da análise de cada um dos três aspectos do neoconstitucionalismo, que os postulados centrais desenvolvidos são: i) caráter específico de interpretação das normas constitucionais – indo além da subsunção – ii) uso do direito comparado nas Cortes Superiores; iii) lugar central dos direitos fundamentais e sua projeção nas relações entre os particulares; iv) preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais; v) o papel do Estado na garantia dos direitos negativos.

Todo este movimento que teve início no segundo pós-guerra ganhou força no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988. Assim, o *primeiro momento* do Direito Constitucional brasileiro logo após a promulgação da Constituição de 1988, foi o de advogar pela força normativa do texto constitucional.

Tal conquista abriu espaço para um novo passo. A chegada ao Brasil de teorias que buscavam a vinculação entre o direito e a moral e a abertura do texto aos princípios, tais como aquelas desenvolvidas por Ronald DWORKIN e Robert ALEXY que fomentaram as discussões acerca da eficácia dos direitos fundamentais, ponderação de princípios e, conseqüentemente, a discussões acerca da racionalização das decisões judiciais bem como quanto ao seu caráter contramajoritário.

Entende-se, portanto, que este *segundo* momento do direito constitucional foi marcado pelo interesse pelos direitos fundamentais (especialmente os sociais), pela releitura dos ramos do direito que passaram a serem interpretados com um viés constitucional, além, como já dito, do novo enfoque da jurisdição constitucional que deixou de ser analisada apenas sob os aspectos processuais para que se pudesse discutir sua legitimidade contramajoritária e a racionalização de suas decisões, abrindo, portanto, espaços para as discussões acerca do ativismo judicial.¹⁰⁸

Evidentemente que tal movimento não restou ileso de críticas. SARMENTO identifica de forma muito clara os principais argumentos levantados pelos críticos ao movimento no Brasil, são eles: i) primeiramente o fato de que o foco no ativismo seria antidemocrático; ii) seguido pelo fato de que a opção pela teoria dos princípios no Brasil seria perigosa considerando as singularidades da cultura do país; iii) e, também, poderia ocorrer uma “panconstitucionalização” do Direito em detrimento da autonomia pública e privada do cidadão.

¹⁰⁷ MAIA, Antônio Cavalcanti. **Sobre a teoria constitucional brasileira e a carta cidadã de 1988: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo.** Revista Quaestio Iuris, 2012. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. P. 53.

¹⁰⁸ SARMENTO, Daniel. Op. Cit.,p.. 126 a 128.

Pretende-se, neste momento, realizar uma análise acerca da primeira crítica considerando que o tema enseja, nos dias de hoje, constantes debates e estará diretamente relacionado ao *terceiro* momento do direito constitucional. Para isso, busca-se o entendimento de Conrado Hübner MENDES que realizou um grande trabalho de identificar quem deteria a última palavra na interpretação do direito, corte ou parlamento, a partir do questionamento de “Quem e como e quando e por que decide sobre direitos numa democracia constitucional¹⁰⁹”. Além disso, o autor se preocupa em lançar luzes sobre a qualidade da interação entre as instituições, questões que estão diretamente relacionadas à primeira crítica identificada por SARMENTO.

Com fundamento nos ensinamentos de Álvaro de VITA, conclui MENDES que não se poderia exigir que, considerando as diferenças e a independência entre governo justo e sociedade justa, o primeiro culminasse necessariamente no segundo como em um passe de mágica. O desafio, segundo o autor, será de descobrir como “elevantar a capacidade epistêmica da democracia e tornar o processo de deliberação política mais permeável ao critério de justiça desenhado na deliberação moral¹¹⁰”. Isso significa identificar como os argumentos baseados em boas razões poderiam ganhar força suficiente para que influenciassem as escolhas dos atores políticos. Conclui o autor que o ponto chave estará na competição política, no fato de que os argumentos sejam considerados pelas instituições como relevantes e não apenas como retóricos, acredita, portanto, na provisoriedade da última palavra¹¹¹.

Como exemplo, veja-se a discussão existente no Brasil. Parece existir uma crença generalizada segundo a qual as esperanças de atendimento dos direitos constitucionais estariam a encargo do Judiciário – o que poderia estar criando um “excesso” de atuação de sua parte. Obviamente, se essa condição for verdadeira, seria conveniente perguntar se esse excesso de atuação não decorreria da precariedade da realização dos direitos por parte do próprio Executivo.

Neste sentido é que se buscam nos ensinamentos de Clèmerson Merlin CLÈVE¹¹², os fundamentos para o *terceiro momento* do Direito Constitucional, qual seria, a concretização da Reserva de Justiça Constitucional. O que se identifica é que uma das possíveis causas de sobrecarga do judiciário brasileiro se caracteriza pelas

¹⁰⁹ VITA, Álvaro. APUD MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. Pgs. 239 e 240.

¹¹⁰ Ibidem, p. 240.

¹¹¹ MENDES, Conrado Hübner. Op. Cit., p. 240.

¹¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito, Felicidade e Justiça. In GABARDO, Emerson. SALGADO, Eneida Desirre. (Org). Direito, Felicidade e Justiça. (No prelo).

possíveis falhas na operação da “maquinaria constitucional”¹¹³. As conquistas da doutrina constitucional até o momento, tais como a efetividade das normas constitucionais, a relevância dos direitos fundamentais, bem como os estudos acerca da jurisdição constitucional, foram essenciais para o desenvolvimento da sociedade como um todo. Contudo, ao se realizar uma leitura diária nos jornais bem como os recentes movimentos que tomaram as ruas em diferentes cidades brasileiras, nota-se que, apesar dos direitos consagrados na Constituição, a sua realização ainda resta muito falha. O objetivo é que se identifique como “fazer a máquina andar”, como realizar políticas públicas efetivas, este é o desafio para os estudos do Direito Constitucional. Para isso é necessário que haja um diálogo muito próximo com a filosofia política de forma a se identificar como a maquinaria constitucional pode concretizar aquela reserva de justiça garantia pelo texto constitucional.

1.4 Conclusões do Capítulo

Veja-se, portanto, que o se pretendeu com o primeiro capítulo foi o estabelecimento dos contornos históricos que demonstram a luta pela igualdade, seja em seu aspecto formal ou material, chegando-se até o movimento neoconstitucional.

Iniciou-se as pesquisas tendo como foco as premissas estabelecidas nas Revoluções Francesa e Americana do século XX para se constatar que, em que pesem as críticas que possam ser tecidas a qualquer momento histórico que envolva uma revolução, resta inegável que uma das grandes heranças deixadas pelos modernos foi a mudança no paradigma da legitimidade do “divino” que deu lugar à legitimidade do “sujeito”.

Com o protagonismo do sujeito nos textos legais, buscou-se a igualdade formal, até então inexistente. Ou seja, ao se declarar nos textos legais que todos os homens seriam considerados iguais perante a lei, dava-se o primeiro passo para por fim aos privilégios existentes na aplicação da lei.

Porém, esta igualdade formal, que parecia corresponder aos anseios dos cidadãos modernos, acabou não sendo suficiente para garantir a dignidade do ser humano. Percebeu-se, especialmente com o fim das grandes guerras, que caberia também ao Estado a garantia do que se chamaria de igualdade material. Assim, juntamente com o fato de que todos os cidadãos precisariam ser considerados como iguais perante a lei,

¹¹³ Idem.

não se poderia descartar que boa parte das pessoas ainda permaneciam em situação de miséria e que de nada adiantaria a mera aplicação de um direito formal sem que houvesse a compreensão de que cada indivíduo deveria ser entendido dentro de suas particularidades e necessidades.

Neste contexto é que surgem as cartas internacionais que buscarão, a partir de então, estabelecer um “nunca mais” aos horrores causados pelas grandes guerras bem como estabelecer direitos que mantivessem a dignidade dos homens, os direitos sociais. Além disso, tal discurso acabou permeando os textos constitucionais, como, por exemplo, da França, Itália, Alemanha e Brasil, nos quais buscou-se incorporar a busca pela igualdade material como forma de promoção humana.

Conclui-se da análise histórica que, além de existir o direito de liberdade e igualdade formal, como pregavam os modernos, deve se pensar em uma igualdade de oportunidades para que a liberdade possa ser exercida de forma completa, ou seja, a garantia da igualdade pressupõe a existência de possíveis discriminações entre os cidadãos para que obtenham iguais condições de competição por aqueles bens da vida tidos como essenciais. Além disso, deve haver igualdade na aplicação das leis entendendo-se as diferenças entre as pessoas e evitando-se a discriminação sem fundamentação.

Assim, além de garantir o fundamento para a busca por novos direitos, é nessa perspectiva que a garantia da igualdade se torna o fundamento de legitimidade de uma ordem constitucional (do sentimento constitucional). Explica-se: se o sujeito deve ser entendido como protagonista da ordem jurídica, é a partir de seus anseios que uma ordem constitucional torna-se legítima. Pela análise histórica identificou-se que os anseios da população estão fundamentados na busca por uma sociedade mais igualitária. Neste sentido seguem as palavras de Konrad HESSE¹¹⁴ ao afirmar que Constituição “não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana”, pois também deve incorporar o estado espiritual de seu tempo, além de prever e impor tarefas à sociedade.

Raul Machado HORTA¹¹⁵ corrobora tal entendimento ao descrever que a consciência solidarizante entre os cidadãos é o que integra aqueles que detêm o poder e os destinatários deste poder previsto na Constituição. O autor segue explicando a necessidade da existência do que chama de *sentimento constitucional*: “O sentimento

¹¹⁴ HESSE, KONRAD. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. P.20.

¹¹⁵ HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3ª ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2002. P. 100.

constitucional, que envolve a valorização sentimental da Constituição, é incompatível com a indiferença popular em relação à Constituição. O desconhecimento, a ignorância, o desprezo e o desrespeito sistemático à Constituição negam o sentimento constitucional e fazem da Constituição uma “folha de papel” que se agita na direção do vento”¹¹⁶.

Verificou-se, portanto, que a busca pela igualdade material, além da igualdade formal, permeou o desenvolvimento de Constituições centradas nas garantias dos sujeitos. Entendeu-se que, além da igualdade no tratamento da lei, deveria haver uma preocupação com o tratamento dos grupos minoritários, com a equalização de educação, da saúde, educação. Em resumo, a busca pela dignidade da pessoa humana em seu amplo sentido.

Assim, estando o texto constitucional alinhado com os anseios da sociedade, isto corroborará a sua legitimidade e, conseqüentemente, com a vontade de se manter sob o manto da Constituição, estabelecendo-se, com isso, a identidade de um povo/Estado para com a Constituição.

Manuel CASTELLS afirma que a criação da identidade depende do estabelecimento de atributos culturais inter-relacionados que prevalecem sobre outras fontes de significado. A sociedade reorganiza seu significado em função das tendências sociais, projetos culturais, e de acordo com a visão de tempo/espaço para criar, assim, um dos tipos de identidade, a identidade legitimadora¹¹⁷. Pode-se entender que esta identidade garante a perpetuação do sentimento constitucional.

Em suma, notou-se que os direitos fundamentais, especialmente no pós-guerra, tomaram posição de destaque nos textos constitucionais e isso não poderia ser diferente considerando todo o momento histórico vivido. Percebeu-se então que o texto constitucional estava permeado de valores que deveriam ser aplicados pelo legislador, tal fato mudou a concepção acerca da imperatividade das normas constitucionais.

Este reconhecimento da força normativa da carga axiológica da Constituição se caracterizou como mote do movimento neoconstitucionalista. Assim, no presente trabalho buscou-se compreender as principais dimensões deste momento que foram classificadas, de acordo com Clèmerson CLÈVE, como metodológica e normativa.

Feitos os esclarecimentos acerca deste movimento, permanecem, ainda, os anseios de como esta igualdade material pode ser realizada. Para isso, busca-se nas

¹¹⁶ Idem. Destaque no original.

¹¹⁷ CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia sociedade e cultura**. Volume II - O poder da identidade. São Paulo: Paz e Terra, 2010. Pgs. 23 e 24.

doutrinas de John RAWLS, Ronald DWORKIN, Amartya SEN e Pierre ROSANVALLON, alguns esclarecimentos acerca do tema.

2. A MATERIALIZAÇÃO DA IGUALDADE

2.1. Visões teóricas sobre a igualdade

No decorrer do primeiro capítulo buscou-se, portanto, entender como a igualdade ganhou na história os contornos estabelecidos nos dias de hoje. Todavia, uma discussão diferente precisa ser apresentada neste momento, pois embora exista um razoável consenso histórico sobre a necessidade democrática da igualdade, não são poucos os questionamentos que surgem a partir desse ponto. Quando se fala em igualdade, por exemplo, sabe-se exatamente o que se está invocando? Quais os valores que permeiam esta discussão? Existiria a possibilidade de se considerar determinadas situações de igualdade em detrimentos de outras? A tentativa de possíveis respostas a estes questionamentos é tema de discussão entre autores de grande estirpe.

Neste momento, ampara-se nas doutrinas de John RAWLS, Ronald DWORKIN, Amartya SEN e Pierre ROSANVALLON para a compreensão de como a igualdade pode fomentar diferentes discussões quando da sua realização.

A opção por estes autores se justifica no seguinte sentido. No capítulo anterior pode-se observar que o conceito de igualdade foi se alterando de acordo com os momentos históricos vividos sociedade. Inicialmente foi entendida como aquela igualdade na lei, fruto dos movimentos evolucionários que tinham no direito à liberdade seu principal mote. Com as grandes guerras, identificou-se que garantir a liberdade sem que houvesse a busca por demais direitos que promovessem a dignidade da pessoa humana, restaria sem sentido. Assim, a sociedade parece ter criado um consenso acerca da necessidade de se garantir uma igualdade de fato, que se realiza nas garantias dos direitos fundamentais.

Neste sentido, o que se percebe é que a noção de igualdade caminha juntamente com as dimensões dos direitos fundamentais, que a clássica doutrina¹¹⁸ separa em três: direitos de *primeira geração*, entendidos como aqueles direitos de “resistência perante o Estado” como liberdade, propriedade e igualdade perante a lei; direitos de *segunda dimensão*, entendidos como aqueles direitos positivos, conquistados especialmente no pós-guerra, que necessitam de intervenção estatal como assistência social, saúde, educação; e, por fim, os direitos de *terceira dimensão*, conhecidos como os de natureza

¹¹⁸ Não se ignora posição da doutrina acerca da possível existência de direitos de quarta ou quinta dimensão, contudo, respalda-se na doutrina de Ingo Wolfgang SARLET, in SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10ª ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2011. P. 47.

coletiva, ou seja, se desprendem da noção homem-indivíduo para se caracterizar como a proteção dos grupos humanos, trata-se da fraternidade ou solidariedade.¹¹⁹

Parece então que cada um dos autores acima citados ocupam-se em uma ou mais das dimensões destes direitos. RAWLS e DWORKIN iniciam seus projetos a partir da rejeição da perspectiva da igualdade de bem-estar, marcando o abandono da perspectiva do agente e a instauração de uma nova forma de pensar a justiça e a igualdade, RAWLS no sentido de se estabelecer uma igualdade de liberdades básicas e DWORKIN com a concepção de igualdade de recursos. Já Amartya SEN, apesar de não assumir a perspectiva de bem-estar, não ignora a importância do agente (indivíduo) na obtenção de um ideal de igualdade, propondo, portanto, uma nova alternativa ao conteúdo da igualdade a partir do que é valorável a cada indivíduo.¹²⁰ Por fim, Pierre ROSANVALLON¹²¹ entende a igualdade como a reconstrução do laço social (solidariedade), diante dos princípios da singularidade, reciprocidade e comunidade.

Feitos tais esclarecimentos, passa-se à análise dos autores.

2.1.1. John Rawls: Igualdade de bens e o princípio da diferença.

A teoria da justiça de John RAWLS se configurou como um marco da filosofia política nos anos 70 e 80. O autor, para desenvolvê-la, parte da ideia de que todos os bens sociais primários (como as liberdades, riquezas, rendimentos e bases sociais) deveriam ser distribuídos de forma equânime, a não ser que a distribuição desigual seja essencial para o benefício dos menos favorecidos.¹²²

Neste sentido, entende que uma sociedade bem ordenada deve se pautar em princípios morais básicos que são compartilhados de forma a possibilitar a identidade de interesses e a cooperação entre os cidadãos. Contudo, como a sociedade estaria imbuída de diferentes interesses, entende o autor que os cidadãos somente conseguiriam definir aqueles elementos (princípios) essenciais e básicos à conformação de uma sociedade

¹¹⁹ Respalda-se na doutrina de Ingo Wolfgang SARLET, in SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2011. P. 48. Não se ignora a posição de doutrinadores que ainda defendem os direitos de quarta e até quinta dimensão, como Paulo BONAVIDES, contudo, para o presente trabalho, optou-se pela classificação clássica.

¹²⁰ OLIVEIRA, Fabio Alves Gomes de. **Ideais da Igualdade**: Um estudo comparativo entre Rawls, Dworkin e Amartya Sen. 2010. Dissertação (Mestrado em Filosofia)-Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2010; P. 10.

¹²¹ ROSANVALLON, Pierre. **La société des égaux**. Éditions du Seuil, 2011. P. 341.

¹²² OLIVEIRA, Fabio Alves Gomes de. Op. Cit., p. 25.

justa quando, de forma livre e racional, estivessem em uma situação de equidade.¹²³ Esta situação pode ser comparada ao estado de natureza da tradicional teoria do contratualismo, onde estão os cidadãos em uma mesma situação, todos cobertos pelo que chama de “véu de ignorância¹²⁴”, acabariam decidindo sem impor seus próprios interesses visto que todos se encontrariam na mesma posição. Alvaro de VITA¹²⁵ apresenta que este seria o primeiro estágio de uma teoria procedimental em RAWLS, denso que, desta conformação, emergiriam dois princípios:

O *primeiro* deles garante que “cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades básicas iguais para todos, que seja compatível com um mesmo sistema de liberdade para todos”. O *segundo* garante que “as desigualdades sociais e econômicas devam satisfazer a duas condições: i) elas devem primeiro ser ligadas a funções e a posições abertas a todos, em condições de justa (*fair*) igualdade de oportunidades; ii) devem proporcionar o maior benefício aos membros mais desfavorecidos da sociedade”¹²⁶.

Michael SANDEL¹²⁷ exemplifica estes princípios trazidos por RAWLS da seguinte maneira: estas primeiras liberdades básicas seriam de expressão e religião, por exemplo, e poderiam ser chamadas de *princípio da liberdade*; já o segundo princípio refere-se ao *princípio da diferença*, que permitiria a existência da desigualdade social e econômica a membros menos favorecidos da sociedade. A dificuldade reside

¹²³ “They are the principles that free and rational persons concerned to further their own interests would accept in an initial position of equality as defining the fundamental terms of their association”. RAWLS, John, **A Theory of Justice**. Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971. P. 11.

¹²⁴ “The principles of justice are chosen behind a veil of ignorance. This ensure that no one is advantaged o disadvantaged in the choice of principles by the outcome of natural chance or the contingency of social circumstances.” RAWLS, John, **A Theory of Justice**. Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971. P. 12.

¹²⁵ VITA, Alvaro. **A tarefa prática da filosofia política de John Rawls**. Revista Lua Nova, n. 25, 1992. P. 14.

¹²⁶ Importante, neste momento, frisar a mudança no enunciado do primeiro princípio de justiça que foi elencado no livro “*Teoria da Justiça*”. Ele sofreu alteração no livro “*Justiça e Democracia*”. Utiliza-se, neste trabalho, o segundo momento. Os princípios elencados no livro *Teoria da Justiça* foram: “First: each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with similar liberty for others; Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both a) reasonably expected to be to everyone’s advantage, and (b) attached to positions and offices open to all.” RAWLS, John, **A Theory of Justice**. Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971. P. 12. “*Primeiro: Cada pessoa tem um direito igual a um sistema mais abrangente total de liberdades básicas para todos, que seja compatível com um mesmo sistema de liberdades para todos. Segundo: As desigualdades sociais devem satisfazer a duas condições: a) elas devem primeiro ser ligadas às funções e à posições aberta a todos, em condições de justa igualdade de oportunidades; ii) devem proporcionar o maior benefício aos membros mais desfavorecidos da sociedade*”. A mudança se deu especificamente na expressão “mais abrangente sistema total” trazida na edição de *Teoria da Justiça* para a expressão “sistema plenamente adequado”, utilizado na edição de “*Justiça e democracia*”. In RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 145.

¹²⁷ SANDEL, Michael. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. P. 179, 190 e 191.

substancialmente em saber qual seria o nível de igualdade no princípio da diferença. SANDEL reconhece que a resposta a essa questão não é simples, mas apresenta um exemplo contemporâneo na tentativa de explicação. O autor indica que, para RAWLS, o ponto principal seria saber se a fortuna de um milionário seria parte de um sistema que trabalharia em benefício dos menos favorecidos. Se essa fortuna estivesse sendo tributada adequadamente de forma a garantir bem-estar como saúde, educação aos mais necessitados, então essa seria uma desigualdade coerente com o princípio da diferença.

RAWLS então afirma que somente após a adoção destes dois princípios é que os cidadãos estariam aptos à formação de uma Constituição, “submetidos aos princípios básicos da justiça, devem desenhar um sistema para os poderes constitucionais do governo e os direitos básicos dos cidadãos”¹²⁸ Trata-se ainda de um momento artificial, o véu da ignorância não fora totalmente removido e as pessoas ainda possuem apenas um conhecimento parcial e geral de suas características econômicas e sociais.¹²⁹

Veja-se, portanto, que os princípios de justiça são aqueles decorrentes da razão humana, voltados à organização da sociedade em que os homens sejam compreendidos como fim e não como meio¹³⁰. Para RAWLS, o procedimento será um meio de realizar e assegurar que seres iguais, racionais e autônomos se associem sem que uns se tornem instrumentos dos outros. Trata-se de um dos pontos mais importantes de sua teoria, visto que, ao estabelecer um procedimento justo de tomada de decisão em um período dominado pelo ceticismo e pelo relativismo, o autor permitiu uma rediscussão sobre os critérios éticos que deveriam permear a Constituição de uma dada sociedade¹³¹, sobretudo no que toca à igualdade.

Nota-se, porém, que os parâmetros definidos por RAWLS são bastante abstratos, e, em razão das críticas sofridas, o autor buscou rever a concepção de uma sociedade bem ordenada. Assim, esclarece que a Teoria da Justiça deve ser distinguida em duas etapas: Na *primeira*, a teoria da justiça como equidade deve ser entendida como uma concepção política independente. Na *segunda* etapa é que se expõe a estabilidade da

¹²⁸ “Given their theoretical knowledge and the appropriate general facts about their society, they are to choose the most effective jus constitution, the constitution that satisfies the principles of justice and best calculated to lead to just and effective legislation”. RAWLS, John, **A Theory of Justice**. Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971. P. 197.

¹²⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. Cit., p. 209;

¹³⁰ De acordo com Alvaro de Vita: “essa é uma interpretação possível do imperativo Kantiano de não tratar a outros seres humanos apenas como meios e sim sempre também como fins em si mesmo: os indivíduos são vistos como fontes geradoras de fins e os fins de cada um são merecedores de respeito igual”. VITA, Álvaro. **A tarefa prática da filosofia política de John Rawls**. Revista Lua Nova, n. 25, 1992. P. 10.

¹³¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. Cit., p. 207.

teoria. Com fundamento nos princípios estabelecidos na primeira etapa, apesar da existência de uma pluralidade de visões que são muitas vezes concorrentes, as instituições conseguiriam encontrar o suporte para manterem-se. A isso se denomina *consenso por justaposição*.¹³²

Consenso por justaposição existe, portanto, nas palavras de RAWLS “quando a concepção política da justiça que governa as suas instituições básicas é aceita por cada uma das doutrinas abrangentes, sejam elas morais, filosóficas ou religiosas, que perduram na sociedade ao longo das gerações”¹³³. Essa frase parece dar corpo à ideia de aspiração a algum *valor* que anima a interpretação da norma e dos demais institutos que compõem o Direito – algo que parece ir exatamente no sentido do constitucionalismo da época.

Esse consenso, portanto, pode ser entendido como menos profundo (ou abstrato) que os princípios da justiça, contudo, mais amplo que o consenso constitucional, visto que este último teria como foco apenas o procedimento político.¹³⁴ Direitos subjetivos como liberdade de consciência e de pensamento, igualdade de oportunidades seriam alguns dos princípios que comporiam este consenso sobreposto.

Esclarece, ainda, que a prática constitucional depende de uma política dualista, com fundamento em ACKERMAN. Assim, entende RAWLS pela distinção entre duas diferentes decisões que podem ser tomadas pela democracia: A primeira é uma decisão do povo americano, a segunda, de seus governantes.

ACKERMAN¹³⁵ defende que as decisões tomadas pelo povo raramente ocorrem e estão sob condições constitucionais especiais. Antes de ganhar a autoridade para construir a lei suprema (*make supreme law*) em nome deste povo, um movimento político deve, primeiro, convencer um número extraordinário de cidadãos a tomar a iniciativa proposta por ele com grande seriedade; depois, deve permitir a seus oponentes uma oportunidade justa de organizar suas forças, para, por fim, convencer uma maioria de cidadãos a apoiar sua ideia em um fórum deliberativo do processo legislativo constitucional (*higher lawmaking*).

Defende ainda ACKERMAN que as decisões tomadas pelo governo ocorrem todos os dias, mediante condições como, a prestação de contas aos governados durante

¹³² RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 336.

¹³³ Idem.

¹³⁴ Liberalismo político. P. 134.

¹³⁵ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. P. 7.

as votações, além da necessidade de concessão de incentivos para que possam ter uma visão ampla do interesse público, sem a influência de grupos de interesse específicos. Conclui, portanto, que mesmo quando este sistema do processo legislativo regular (*normal lawmaking*) está operando bem, a Constituição dualista previne que os políticos exagerem em sua autoridade. Apenas quando eles conseguem mobilizar os cidadãos e ganhar seu repetido apoio contra seus oponentes, é que poderão ganhar a autoridade para proclamar que o povo mudou de ideia e forneceu novas ordens para o rumo do governo.¹³⁶

Nessa esteira, apesar de entender que a Suprema Corte se caracterizaria como uma instituição democrática considerando existir um espaço de deliberação com fundamento na razão pública, bem como seu caráter contramajoritário, ACKERMAN¹³⁷ ainda acredita que a última palavra deve ser dada pelo povo. E, quando isto se impõe, não existiriam limites de atuação, mesmo nos casos em que uma emenda rompesse com os preceitos essenciais. RAWLS irá concluir, então, que neste caso de ruptura com os preceitos essenciais, estar-se-ia diante uma ruptura constitucional.¹³⁸

Em que pese a discussão procedimental, retoma-se que, dentre os princípios básicos que permeiam a discussão acerca da justiça em John RAWLS, evidencia-se a “necessidade da existência da desigualdade social e econômica a membros menos favorecidos da sociedade¹³⁹”.

Para entender tal determinação, RAWLS pressupõe que “se o sistema social é eficiente, não há motivo para nos preocuparmos com a distribuição”¹⁴⁰ Contudo, o princípio da eficiência, sozinho, não parece poder servir como concepção de justiça, ser devendo ser ele restringido, assim, por certas instituições básicas. Ora, nessas condições, seria necessário aceitar que no sistema de liberdade natural, as distribuições ocorressem considerando uma igualdade formal de oportunidades, no qual todos teriam direitos legais de acesso às posições sociais privilegiadas. Ocorre, contudo, que esta distribuição e acesso dependeriam de uma distribuição anterior de talentos e habilidades naturais. Assim, a liberdade natural permitiria que a distribuição fosse influenciada por

¹³⁶ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. P. 7.

¹³⁷ Ibidem. P. 84.

¹³⁸ RAWLS, John. *Liberalismo Político*.... Op. Cit.. p. 234.

¹³⁹ Trecho extraído da segunda parte do segundo princípio desenvolvido por RAWLS. In RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 145

¹⁴⁰ RAWLS, John. *Teoria da Justiça*. Op. Cit., p. 75.

estes fatores prévios, que podem ser considerados arbitrários do ponto de vista ético.¹⁴¹ Dessa forma, RAWLS trabalha na tentativa de corrigir esta deficiência acrescentando à ideia de *igualdade de acesso*, a uma condição equitativa de igualdade. Exemplifica o conceito da seguinte forma:

“Mais especificamente, suponho que haja uma distribuição de dotes naturais, àqueles que estão no mesmo nível de talento e habilidade, e têm a mesma disposição para utilizá-los, devem ter a mesma perspectiva de sucesso, independente de seu lugar inicial no sistema social. Em todos os setores da sociedade deveria haver, de forma geral, iguais perspectivas de cultura e realização para todos os que são dotados e motivados de forma semelhante. As expectativas daqueles com as mesmas habilidades sociais não devem ser afetadas por sua classe social.”¹⁴²

Desta forma, para RAWLS, os indivíduos que possuíssem benefícios naturais não poderiam se sobressair aos demais que não os possuam, sendo que essas capacidades naturais deveriam ser utilizadas para se converter em bem comum. VITA complementa que “A distribuição de posições iniciais na sociedade, e também talentos e capacidades (pouco importando para a teoria de Rawls se hereditários ou socialmente adquiridos), é vista como arbitrária do ponto de vista moral (porque fruto de contingências). A derivação do direito, em resumo, deve ser autônoma tanto de concepções específicas do bem quanto de contingência sociais ou naturais.”¹⁴³

A distribuição de talentos deve ser vista, então, como um “recurso público”. Importante frisar que esta concepção deve ser contextualizada com o fato de que, para o autor, esta distribuição ocorreria sob o “véu da ignorância”. Questionado sobre o fato de que poderiam as pessoas, mesmo diante da posição original, optarem por arriscarem a sorte diante de uma sociedade absolutamente desigual, o autor mantém a posição de que as pessoas não correriam tal risco¹⁴⁴.

Assim, o *princípio da diferença* enfrenta o problema das desigualdades de uma forma distinta do que propõe a primeira parte do segundo princípio que seria a igualdade equitativa de oportunidades. VITA apresenta que uma concepção de justiça fundada nesta igualdade equitativa de oportunidades seria meritocrática, sendo a noção de igualdade, neste caso, a de igualização dos pontos de partida dos que têm talentos similares, ou seja, as pessoas devem, pelo menos, conhecer estes talentos.¹⁴⁵

RAWLS então defendeu o *princípio da diferença* no seguinte sentido: o destino das pessoas deveria depender de suas escolhas e não das circunstâncias naturais em que

¹⁴¹ Ibidem, pgs. 76 e 77.

¹⁴² Idem.

¹⁴³ VITA, Alvaro. Op. Cit., p.14.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 21

¹⁴⁵ VITA, Alvaro. P. 21.

se encontram (por isso pode ser considerada meritocrática), por este motivo defende ainda a igualdade de oportunidades como forma de que as pessoas possuam as mesmas chances de decidir (liberdade)¹⁴⁶. Contudo, apesar desta concepção meritocrática conseguir corrigir algumas vantagens moralmente arbitrárias, estaria longe de ser justa, porque mesmo que todos partam do mesmo ponto, aqueles que tivessem tido maiores condições econômicas, ou de educação, por exemplo, necessariamente se desenvolveriam melhor. Desta forma, entende que a concepção meritocrática de justiça seria falha por fundamentar a distribuição de direitos em fatores moralmente arbitrários.

Concluiu, portanto, que os cidadãos de uma sociedade bem ordenada não teriam direito a todos os benefícios sociais resultantes de seu exercício, visto que parte deles deveria ser destinado, por meio de políticas redistributivas, àqueles em pior situação. Nas palavras de RAWLS¹⁴⁷:

“O princípio da diferença representa, com efeito, um acordo no sentido de encarar a distribuição de talentos naturais como um recurso comum e de compartilhar os benefícios dessa distribuição, seja ela qual for. Aqueles que foram favorecidos pela natureza, quem quer que seja, podem tirar proveito de sua fortuna somente de forma a melhorar a situação dos menos favorecidos. Os que são naturalmente privilegiados não devem ser beneficiados apenas porque são mais talentosos, mas somente na medida necessária para cobrir os custos de treinamento e de educação dos naturalmente desafortunados e para exercitarem seus talentos de formas que também beneficiem estes últimos. Ninguém merece sua capacidade natural maior e nem é merecedor de um ponto de partida mais favorável na sociedade”.

Assim, o *ideal de igualdade* está presente em RAWLS no momento do estabelecimento das condições que garantam aos sujeitos as mesmas chances de decidir e, além disso, os benefícios extraídos destas decisões devem ser redistribuídos entre os que estão em pior situação.

2.1.2. Ronald Dworkin – Igualdade de Recursos

Sem abrir mão do liberalismo, DWORKIN realiza algumas críticas aos princípios de justiça desenvolvidos por John RAWLS de forma a que eles possam

¹⁴⁶ RAWLS, John. **A theory of Justice**. Op. Cit., p. 83 a 89.

¹⁴⁷ “We see then that the difference principle represents, in effect, an agreement to regard the distribution of natural talents as a common asset and to share in the benefits of this distribution whatever it turns out to be. Those who have been favored by nature, whoever they are, may gain from their good fortune only terms that improve the situation of those who have lost out. The naturally advantage are not to gain merely because they are more gifted, but only to cover the costs of training education and for using their endowments in ways that help the less fortunate as well. No one deserves his greater natural capacity nor merits a more favorable starting place in society. RAWLS, John. **A theory of Justice**. Op. Cit., págs.101 e 102.

adquirir normatividade a partir do contrato social. Inicialmente, apresenta que o direito à liberdade não poderia ser tomado como o direito fundamental na teoria de RAWLS.¹⁴⁸ Isso porque restaria evidente que a lista de liberdades básicas que os homens decidem proteger através do primeiro princípio elencado¹⁴⁹, qual seja, o “princípio da liberdade”, se caracterizaria como produto do contrato social e não como condição dele. De fato, os indivíduos na posição original poderiam proteger essas liberdades, contudo, estes indivíduos não teriam a consciência do que estariam fazendo¹⁵⁰.

Assim, o foco a ser dado será no segundo princípio desenvolvido por RAWLS que retrata a igualdade, qual seja, “As desigualdades sociais devem satisfazer a duas condições: a) elas devem primeiro ser ligadas às funções e à posições aberta a todos, em condições de justa igualdade de oportunidades; ii) devem proporcionar o maior benefício aos membros mais desfavorecidos da sociedade”¹⁵¹. DWORKIN afirma que a igualdade sim seria o direito fundamental no contrato de RAWLS, “O direito de cada homem ser tratado com igualdade a despeito de sua pessoa, seu caráter e seus gostos é reforçado pelo fato de que ninguém mais pode garantir-se numa posição melhor em virtude de ser diferente em qualquer destes aspectos.”¹⁵² Assim, apesar de RAWLS entender pela primazia do princípio da liberdade sob o da igualdade, entende DWORKIN que este último é que seria pressuposto da existência da liberdade.

A partir desta crítica, pode-se entender que DWORKIN inauguraria a possibilidade de legitimação do uso de mecanismos inclusivos, como a *discriminação positiva*, visando o tratamento igualitário a partir de um tratamento desigual.¹⁵³

A igualdade, no entender de DWORKIN, se caracteriza como a *virtude soberana* da comunicação política. Característica, esta, que intitula seu livro acerca da teoria e prática da igualdade. O objetivo, segundo o autor, é o de defender a *igualdade de recursos* como a forma de igualdade material a ser perseguida pelos governos. Para desenvolver tal entendimento, o autor defende que são necessários dois princípios fundamentais. Em primeiro lugar, o autor entende fundamental que o governo adote leis e políticas que garantam que o destino dos cidadãos não dependa de quem eles sejam –

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. P. 276.

¹⁴⁹“ Cada pessoa tem um direito igual a um sistema mais abrangente total de liberdades básicas para todos, que seja compatível com um mesmo sistema de liberdades para todos.”

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. P. 277.

¹⁵¹ RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 145.

¹⁵² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. P. 278.

¹⁵³ OLIVEIRA, Fabio Alves Gomes de. **Ideais da Igualdade**: Um estudo comparativo entre Rawls, Dworkin e Amartya Sen. 2010. Dissertação (Mestrado em Filosofia)-Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2010; P. 38.

seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. Em segundo lugar, é fundamental que o governo se empenhe, novamente se o conseguir, em tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram.¹⁵⁴

Contudo, antes de adentrar na teoria da igualdade de recursos, DWORKIN busca discutir as teorias de bem-estar que teriam como objetivo a distribuição focada na promoção do bem-estar dos indivíduos. Para melhor discuti-las, o autor divide as teorias que considera mais relevantes sobre este tema em dois grandes grupos. O primeiro deles seria o das teorias bem sucedidas do bem-estar, que entendem que o bem-estar individual é uma *questão de êxito* na satisfação das preferências, na realização de metas e aspirações. O segundo grupo é composto pelas teorias de *estado de consciência*, sendo que essas teorias afirmariam que a distribuição deveria tentar deixar as pessoas no nível máximo possível de igualdade em algum aspecto ou qualidade de sua vida consciente.¹⁵⁵

Quanto ao primeiro grupo, os defensores entendem que as pessoas têm preferências políticas, impessoais e pessoais, e a forma mais irrestrita da igualdade de êxito pressuporia que a redistribuição deveria existir até que as pessoas fossem iguais de forma a que todas as suas preferências fossem satisfeitas. Já o segundo grupo, como descrito, contém as teorias que visam a distribuição de bens de forma a maximizar a satisfação e evitar a insatisfação (trata-se do ideal utilitarista).

Assim, elencados estes preceitos de distribuição igualitária diante das teorias de bem-estar, questiona-se: como seria possível ultrapassar as questões quando interesses conflitantes estivessem em jogo? A solução estaria, para o autor, na realização de um sopesamento entre estes interesses a serem atendidos. Contudo, esta transferência de tomada de decisão pressuporia a existência de uma terceira teoria que pudesse ser aplicada no momento da solução de controvérsias entre os interesses. A esta terceira teoria caberia verificar quais as preferências que estariam sendo satisfeitas e quais deveriam ser satisfeitas, e, assim, a teoria da igualdade de bem-estar perderia seu foco central. DWORKIN exemplifica, ainda, que seria impossível, somente por meio da teoria do bem-estar, identificar até onde se poderia compensar um grupo de pessoas de forma a se equalizar seu bem-estar com os demais grupos de pessoas, e, ainda, levada às

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Introdução, p. XVII.

¹⁵⁵ Ibidem, pgs. 11 a 15.

últimas consequências, esta transferência absoluta de recursos poderia acarretar em prejuízo aos demais cidadãos.¹⁵⁶

Por meio das questões levantadas por DWORKIN, poderia se chegar às seguintes conclusões: i) primeiramente, seria impossível de se identificar bases confiáveis para uma interpretação do que seria o bem-estar de cada indivíduo. Isso porque não há disponibilidade de obtenção de informações suficientemente claras para uma comparação objetiva entre níveis de satisfação; ii) além disso, pode-se ainda questionar sobre uma possível alternativa para se lidar com o problema central da perspectiva do bem-estar, para o qual as preferências individuais constituiriam papel preponderante na constituição do bem-estar social.¹⁵⁷

Entende DWORKIN, portanto, que uma possível superação da teoria do bem-estar se dará com a definição de uma “concepção adequada de *igualdade recursos*”¹⁵⁸. Acredita que uma distribuição equitativa de bens seria justa quando satisfizesse a premissa de distribuição equitativa dos recursos disponíveis. Igualdade se traduz nos recursos que as pessoas deveriam dispor para que pudessem realizar suas escolhas pessoais.¹⁵⁹ Apesar da teoria ser tributária a RAWLS, resta claro que, em DWORKIN, as pessoas não estão mais cobertas pelo “véu da ignorância”, pelo contrário, entende que os cidadãos do mundo real, entendendo a ocorrência da desigualdade, decidirão realizar uma justa distribuição.

Para entender esta justa distribuição, DWORKIN também se utilizará de uma situação hipotética na qual um grupo de náufragos vai parar em uma ilha deserta que tem recursos em abundância e é desabitada. Sabendo do fato de que ninguém tem conhecimento do tempo que essas pessoas poderão passar no local, eles estipulam um acordo: ninguém possui um direito prévio a nenhum dos recursos naturais, de modo que estes recursos serão divididos igualmente entre todos. Tal situação passará pelo que o autor chama de “teste da cobiça”, isso significa que “Nenhuma divisão de recursos será uma divisão igualitária se, depois de feita a divisão, qualquer imigrante preferir o quinhão de outrem ao seu próprio quinhão”¹⁶⁰ Importante frisar que este “teste da cobiça” não se satisfaz com a simples divisão mecânica de recursos, até porque nem

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Fabio Alves Gomes de. **Ideais da Igualdade**: Um estudo comparativo entre Rawls, Dworkin e Amartya Sen. 2010. Dissertação (Mestrado em Filosofia)-Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2010; P. 17.

¹⁵⁷ Ibidem P. 18.

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *A virtude...* Op. Cit., p. 79. (grifo nosso).

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Fabio Alves Gomes de. Op. Cit., p. 39.

¹⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *A virtude...* Op. Cit., p. 81.

sempre eles serão passíveis de divisão de forma igualitária, assim, adentra-se na questão de que o responsável pela divisão deverá ter um mecanismo que ataque à arbitrariedade e injustiça, este mecanismo, para o autor, seria o *leilão*.

Para DWORKIN¹⁶¹, esta técnica parece ser interessante no desenvolvimento da teoria da igualdade de recursos por vários motivos: i) primeiramente trata-se de um teste importante da coerência e integridade da ideia de igualdade de recursos; ii) a descrição de um leilão igualitário, adaptado a uma sociedade mais complexa, poderia proporcionar um padrão para julgamento das instituições e distribuições no mundo real; iii) tal projeto poderia, ainda, ser útil na aplicação em instituições políticas reais.

Sem adentrar na complexidade de toda teoria, pode-se entender de forma geral que DWORKIN pressupõe, inicialmente, a existência de um *leilão* no qual as pessoas poderiam adquirir recursos naturais por meio de suas conchas, conchas estas distribuídas de forma igualitária entre os participantes no início do leilão. Como não ignora a possibilidade de que os participantes pudessem ocorrer riscos ao adquirir determinados recursos no leilão, em razão da possibilidade de existência de situações inesperadas, cria o mecanismo do *seguro*. Com ele, as pessoas teriam a possibilidade de adquirir determinados recursos tomando a precaução de que futuros danos poderiam ocorrer, contudo, após a tomada da decisão acerca do recurso a ser adquirido e do seguro contratado, cada pessoa permaneceria responsável por eventuais acertos e erros nas suas escolhas.¹⁶²

Assim, por meio do exemplo hipotético, destaca-se que a justiça distributiva se configuraria, sobretudo, a partir de *dois princípios básicos* que permeiam toda a sua teoria da justiça: *escolha e responsabilidade*. Em outras palavras, é preciso mostrar preocupação com a sorte das pessoas, ou seja, o governo deveria oferecer condições igualitárias necessárias e suficientes para que cada indivíduo possa ter a mesma importância. Além disso, é fundamental respeitar a responsabilidade e o direito de “cada pessoa decidir por si própria sobre como fazer de sua vida algo de valioso”¹⁶³.

Veja-se, portanto, que será possível encontrar a harmonia na sociedade desde que houvesse uma distribuição justa de recursos, após esta distribuição, o controle possuiria um caráter moral. A sociedade seria justa quando respeitasse a esfera privada (de liberdade) e a esfera pública (de igualdade).

¹⁶¹ Ibidem, pgs. 88 a 90.

¹⁶² Idem.

¹⁶³ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

Importante entender que, em que pesem as distinções apresentadas por DWORKIN e RAWLS, especialmente quanto à posição da liberdade e igualdade, ambos introduzem a noção de dignidade humana na concepção de bem humano¹⁶⁴.

2.1.3. Amartya Sen e as capacidades.

Com toda a vênia dada a John RAWLS no início do capítulo segundo do seu livro “A ideia de Justiça”, e acreditando que parte dos conceitos básicos de sua teoria permaneceriam intocados, Amartya SEN¹⁶⁵ critica alguns dos elementos da teoria desenvolvida por RAWLS por considerá-los danificados. Contudo, antes de realizá-lo, procura apresentar as forças desta teoria tão difundida entre os doutrinadores e que teria reavivado o interesse filosófico pelo tema da justiça, incluindo a sua própria compreensão, são elas¹⁶⁶: i) a ideia de que a equidade seria fundamental para a justiça. Esta concepção teria trazido um grande avanço em relação à literatura anterior sobre o tema; ii) o longo alcance sobre a natureza da objetividade na razão prática, que significa a existência de conclusões após as discussões e as devidas reflexões; iii) Apontamento para os “poderes morais” que as pessoas têm, relacionados com a sua capacidade para um “senso de justiça” e “concepção do bem”, em vez do senso de puro auto-interesse e prudência; iv) priorização da liberdade; v) o enriquecimento da literatura sobre desigualdade promovido a partir da ideia de que deveria haver equidade processual na elaboração do segundo princípio; vi) Apontamento acerca do princípio da diferença de forma a se garantir a eliminação da pobreza; vii) como última contribuição, entende ser uma interpretação pessoal da teoria, que seria o reconhecimento de dar às pessoas oportunidades reais, e não formais, de fazerem o que bem entenderem com as próprias vidas.

Feitas tais considerações, o autor segue com a identificação dos possíveis problemas que poderiam ser efetivamente enfrentados. O *primeiro* deles seria a posição extremada da liberdade, considerando que deve, sim, existir uma prioridade na liberdade, mas esta não pode ser exagerada. O *segundo* seria o fato de que RAWLS, ao desenvolver o princípio da diferença, julgaria as oportunidades que as pessoas têm

¹⁶⁴ TAYLOR, Charles. **Philosophical papers**. Paperback. Oubn Development Co, 1985. P.291.

¹⁶⁵ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. P. 82.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 92 a 95.

através dos meios que possuem, sem considerar a possibilidade de que as pessoas teriam de converter seus bens primários¹⁶⁷ em bem viver.

Em que pese o desenvolvimento destas duas primeiras críticas, SEN identifica demais questões que precisariam de novas investigações. *Primeiramente*, quanto ao aspecto das instituições, retoma o conceito trazido por RAWLS de que a justiça seria a primeira virtude das instituições sociais, visto que, após obtido o contrato social, os indivíduos abandonariam qualquer busca estreita do auto-interesse e seguiriam as regras de comportamento necessárias para que o contrato funcionasse. Esta definição, no entender de SEN, esboçaria uma visão transcendental idealizada das instituições e dos comportamentos que incorreria em uma simplificação drástica de uma tarefa multifacetada, qual seja, “a combinação da operação dos princípios de justiça com o comportamento real das pessoas.”¹⁶⁸ A preocupação deveria se dar, portanto, com as injustiças do mundo em que se vive, assim, as instituições deveriam ser pensadas para o aqui e agora e não de forma transcendental.

Em *segundo* lugar, a preocupação de SEN se volta para o entendimento do fundamentalismo das instituições. Diferentemente do que entendia RAWLS, no sentido que as instituições seriam manifestações da justiça em si, para SEN, elas devem promover a justiça.¹⁶⁹ Questiona o autor: “e se a coletividade das supostas “instituições justas gerar resultados terríveis para as pessoas em tal sociedade”? Para o autor, portanto, não importaria o quanto as instituições seriam consideradas excelentes, o importante é a análise do que realmente acontece no mundo. E neste aspecto é que teria promovido a ruptura com a teoria de RAWLS. Para SEN não haveria como deixar a cargo das instituições a tarefa da justiça, pois “perguntar como as coisas estão indo e se elas podem ser melhoradas é um elemento constante e imprescindível da busca da justiça.”¹⁷⁰

Ao promover esta ruptura, SEN parte para análise do elemento que considera essencial para o desenvolvimento de uma teoria da Justiça: *a teoria da escolha social como estrutura argumentativa*: Neste sentido exemplifica: “ a teoria da escolha social está profundamente interessada na base racional dos juízos sociais e decisões públicas

¹⁶⁷ “Os bens primários, como já observei, são coisas que se supõe que um homem racional deseja, não importando o que mais ele deseja.” “Os bens sociais primários, para apresentá-los em categorias amplas, são direitos, liberdades e oportunidades, assim como renda e riqueza.” (tradução livre). RAWLS, John, **A Theory of Justice**. Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971. P.92.

¹⁶⁸ SEN, Amartya. Op. Cit., p. 100.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 112.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 117.

na escolha entre alternativas sociais. Os resultados do processo de escolha social assumem a força das ordenações de diferentes estados de coisas desde um ponto de vista social, à luz das avaliações das pessoas envolvidas”¹⁷¹

Os pontos de relevância que podem ser trazidos pela teoria da escolha social para a teoria da justiça, são sete¹⁷²:

i) *Focalizar as comparações, não apenas o transcendental*. Trata-se de uma das principais contribuições: interesse nas avaliações comparativas. Em vez de se especular qual seria a aparência de uma sociedade perfeitamente justa, deve-se buscar a razão prática daquilo que deve ser escolhido e em quais decisões devem ser tomadas;

ii) *Reconhecer a pluralidade inescapável de princípios concorrentes*: Deve-se ter em conta a pluralidade das razões, sendo elas conflitantes ou não. Entender que a teoria da escolha social se basearia em uma racionalidade simplesmente como promoção do autointeresse é dar pouco valor ao uso humano da razão. Assim, entende o autor que a sociedade possui diferentes tipos de razões concorrentes e poderia ser impossível rejeitar todas com exceção de um só conjunto de princípios complementares que se harmonizam bem, pois as prioridades podem variar de pessoa para pessoa.¹⁷³

iii) *Permitir e facilitar o reexame*: A teoria da escolha social abre espaço para a persistente reavaliação e análise. Considerando a possibilidade de que princípios inicialmente considerados plausíveis possam ser posteriormente considerados problemáticos, deveria existir a possibilidade de se abandonar princípios problemáticos, sempre justificando o porquê;

iv) *Permitir soluções parciais*. Uma teoria da justiça deveria, ainda, dar espaço a dois tipos de incompletude: a assertiva e a tentativa. A incompletude assertiva será aquela que produz afirmações objetivas, por exemplo, “x e y não podem ser ordenados em termos de justiça”¹⁷⁴. Já a incompletude tentativa reflete aquelas dificuldades operacionais (como limitação de conhecimento sobre o assunto, ou complexidade de um cálculo a ser realizado) contudo, entende o autor que ela pode ser resistente o suficiente para incorporar uma teoria da justiça. Assim, existe a possibilidade de aceitá-la como tentativa enquanto se trabalha na conclusão;

v) *Permitir a diversidade de interpretações e inputs*: entende-se, neste aspecto, que a estrutura formal da teoria da escolha social deve estar aberta a interpretações

¹⁷¹ Ibidem, p. 126.

¹⁷² Ibidem, p. 142.

¹⁷³ Ibidem, p. 235.

¹⁷⁴ Ibidem, p.138.

alternativas. A voz de uma pessoa poderá contar porque possui interesses envolvidos ou simplesmente porque possui informações e raciocínios que poderiam iluminar a discussão.

vi) *Enfatizar a articulação e a argumentação precisas*; Diante da complexa natureza humana, muitas vezes pode ser difícil capturar os argumentos de forma precisa, assim, a necessidade de explicação precisa ter um grande mérito dialógico. Deve haver, portanto, uma interação entre as reivindicações concorrentes e a complexidades das discussões.

vii) *Especificar o papel da argumentação pública*: A teoria da escolha social tem uma forte vinculação com a defesa da razão pública. A crítica da relevância da preferência, bem como a maneira correta de capturar o valor da liberdade e do liberalismo social, acrescido da necessidade de que as pessoas respeitem reciprocamente os direitos sobre suas próprias vidas pessoais, pode transformar o que seria um mero resultado de impossibilidade, na necessidade de se revisitarem as normas de argumentação e comportamento.¹⁷⁵

Passada a discussão acerca das instituições, SEN adentra na complexa análise da materialidade da justiça. Neste aspecto que sua teoria toca com os *aspectos da igualdade* que se busca no presente trabalho.

Inicialmente desenvolve a noção de *capacidade*. Trata-se, segundo o autor, da conjugação da liberdade e da oportunidade (uma vez que a pura liberdade sem a oportunidade para desempenhá-la é vazia de conteúdo). A capacidade é o “potencial de realizar várias combinações de funcionamentos que possamos comparar e julgar entre si com relação àquilo que temos razão para valorizar”.¹⁷⁶ Trata-se de verificar o que as pessoas são efetivamente capazes de realizar¹⁷⁷.

Duas são as características das capacidades: possuem um foco informacional e estão focadas em uma pluralidade de características diferentes de nossas preocupações. A primeira delas significa que a capacidade deve ser entendida como uma abordagem geral, como foco nas informações sobre a vantagem individual, e não uma fórmula de como a sociedade deveria ser organizada. Tem a *função de apontar as desigualdades* mas não aponta uma fórmula específica para as decisões políticas.¹⁷⁸ Quanto à segunda característica, significa que a capacidade se concentra na vida humana e não em objetos

¹⁷⁵ Ibidem, p.227.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 267.

¹⁷⁷ OLIVEIRA, Fabio Alves Gomes de. Op. Cit., p. 54.

¹⁷⁸ SEN, Amartya. Op. Cit., p. 266.

de conveniência como rendas ou mercadorias que uma pessoa possui, nas palavras de SEN: “ se uma pessoa tem uma renda alta, mas também é muito propensa a uma doença crônica, ou é afetada por alguma deficiência física grave, então ela não precisa necessariamente ser vista como estando em grande vantagem pela simples razão de ter uma renda alta”¹⁷⁹.

Capacidade significa, portanto, a aptidão real de uma pessoa realizar diferentes coisas que valoriza, deslocando o foco da renda e riqueza como condições essenciais para o êxito humano, para as *oportunidades reais* de uma pessoa. Entende-se, portanto, que mesmo a boa distribuição dos bens primários apresentados por RAWLS não acarretaria em uma vida humana satisfatória.

No âmago da compreensão da ideia de capacidade encontra-se a *pobreza*. Neste sentido, ponto de suma importância é reconhecer que a pobreza, para SEN, não está somente relacionada à renda. Ou seja, a mera distribuição de renda, para o autor, não significa, necessariamente, o incremento da dignidade humana. Por este motivo os defende que os bens primários trazidos por RAWLS teriam uma característica abrangente mas ainda assim insuficiente para dar *capacidade* às pessoas. Para SEN, outros aspectos devem ser considerados quando da análise da vida boa: i) primeiramente a heterogeneidade das pessoas: um indivíduo doente, por exemplo, pode precisar de mais renda do que outro saudável; ii) o segundo aspecto se consubstancia na existência de diversidades no ambiente físico como variações no clima que podem impactar diretamente a vida do indivíduo; iii) existem, ainda, variações no clima social: a estrutura do ensino público, a existência ou não de crimes na região, a natureza das relações comunitárias, tudo isso interfere diretamente na capacidade humana; iv) por fim, diferenças nas perspectivas relacionais como aptidão para aparecer em público, vestuário, entre outras questões que impactam diretamente a vida na comunidade. O autor ainda exemplifica que ser “relativamente pobre em um país rico pode representar uma grande deficiência de capacidades, mesmo quando a renda absoluta é alta para padrões internacionais”¹⁸⁰.

Entende-se, portanto, que a questão fundamental que envolve a noção de capacidade teria como foco as práticas políticas e sociais que garantissem uma proteção

¹⁷⁹ Ibidem, p. 268.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 289 e 290.

eficaz e oferecessem uma real liberdade para a implementação de diferentes projetos de vida¹⁸¹.

Diante de todos estes dados, SEN critica o ideal do *princípio da diferença* em RAWLS. Apesar de entender que RAWLS representou um grande avanço na defesa dos menos favorecidos, buscando, inclusive, corrigir o foco nos recursos dados pelos bens primários, SEN crê que a forma como RAWLS teria lidado com esse problema generalizado teria um alcance bastante limitado. Afinal, essas correções propostas por RAWLS somente poderiam ocorrer após a estrutura institucional ser estabelecida pelos princípios da justiça. Além disso, a natureza dessas instituições não seriam influenciadas por esses bens primários e, se esta fosse a esfera na qual os indivíduos deveriam ser tratados como iguais, estar-se-ia ignorando a importância da diversidade dos seres humanos. Nas palavras do autor,

“Se todas as pessoas aspiram aos mesmos princípios enquanto encobertos sob o véu da ignorância e, em seguida, um índice de bens primários tende a produzir liberdades semelhantes para todos, Rawls deveria perceber que sua esfera da igualdade negligencia o fato de que indivíduos distintos precisam de diferentes quantidades e diferentes tipos de bens para alcançar os mesmos níveis de bem-estar e desenvolvimento”¹⁸².

Verifica-se, com isso, que todo o esforço acerca da definição da justiça, que para SEN está diretamente relacionada à capacidade, visa responder à seguinte questão: “igualdade de quê?”¹⁸³. Entende ainda o autor que pode parecer coincidência mas as fórmulas igualitárias para se defender uma teoria dão ampla importância à noção de não discriminação.

Assim, se a igualdade é importante e a capacidade é de fato uma característica central da vida humana, poder-se-ia chegar à conclusão de que SEN apontaria que, para haver justiça, deveria haver uma *igualdade de capacidades*. Contudo, a resposta do autor é *negativa*. Isso porque a igualdade de capacidades não seria um trunfo contra os demais aspectos significativos da igualdade, trata-se, apenas, de um aspecto da liberdade relacionado a oportunidades substantivas. Entende, ainda, que as capacidades são características individuais e, com isso, não logram dizer o bastante sobre justiça visto que nem a justiça, nem a avaliação moral ou política poderão se voltar apenas para a oportunidade de um indivíduo. Exemplifica, por fim, que uma “instituição ou uma

¹⁸¹ OLIVEIRA, Fabio Alves Gomes de. OP. Cit., p. 57

¹⁸² Idem.

¹⁸³ SEN, Amartya. Op. Cit., p. 327.

política pode muito bem ser defendida não porque aumenta a igualdade das capacidades, mas pela razão que expande as capacidades de todos”¹⁸⁴.

Assim, o foco da igualdade em SEN se configura como a análise acerca do que as pessoas seriam capazes de realizar e na remoção dos obstáculos que possam impedir que haja o desfrute de uma vida considerada valiosa. Neste sentido, acredita que por meio da teoria das capacidades devem-se priorizar os indivíduos e, também, seu entorno social.¹⁸⁵

2.1.4. Pierre Rosanvallon – Igualdade como solidariedade.

É notória a contribuição que as teorias da justiça acima descritas trouxeram para o campo intelectual e prático no sentido de pensar a desigualdade humana e a busca pela emancipação. Contudo, nota-se que, conforme conclui Pierre ROSANVALLON¹⁸⁶, todas essas teorias seguem no sentido de estarem inscritas em uma *Filosofia das desigualdades*, mesmo aquela considerada como mais progressista, no caso de Amartya SEN. Assim, ROSANVALLON indica que estas teorias aceitam o processo de desigualdade enquanto estiverem articuladas em torno da meritocracia, dependente da ação do indivíduo. Nesse sentido, elas são paradoxais, pois equiparam consagrando a desigualdade¹⁸⁷.

Para o autor, esse não seria o modelo de uma boa sociedade na medida em que acaba com a possibilidade de protesto contra as diferenças, pois, se são tais sociedades baseadas no critério da meritocracia, aquele que possui condição inferior está nessa condição por sua exclusiva culpa¹⁸⁸. No limite, na sua versão de uma igualdade radical de chances, caminha-se para a abstração e para a dessocialização dos indivíduos¹⁸⁹.

O bom modelo seria o da sociedade dos iguais entendida no sentido de uma sociedade de relação entre os indivíduos, uma relação fundada sobre a igualdade construída conjuntamente¹⁹⁰. Assim, para o autor, esta igualdade deve ser compreendida além da redistribuição de renda, mas, também, baseada na solidariedade. Isso, aliás, é o que estaria sendo perdido na nova sociedade, pois para que haja solidariedade seria

¹⁸⁴ Ibidem, pgs. 329 a 332.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Fabio Alves Gomes de. Op. Cit., pgs. 56 a 58.

¹⁸⁶ ROSANVALLON, Pierre. *La société des égaux*. Op.cit., p. 339.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 351.

¹⁸⁸ ROSANVALLON, Pierre. **A Desigualdade se Mundializou**. Entrevista ao Instituto Humanitas Unisinos, em 03/12/2012. Disponível em <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/516110-a-desigualdade-se-mundializou-entrevista-com-pierre-rosanvallon>>, visitado em 28 de Agosto de 2013.

¹⁸⁹ ROSANVALLON, Pierre. *La société des égaux*. OP. Cit., p. 341.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 357.

necessário que houvesse, antes de tudo, o sentimento de que as pessoas pertencem ao mesmo mundo. O que estaria acontecendo nos dias atuais seria um movimento inverso: as sociedades estão cada vez mais fechadas em si e os espaços públicos estão se esvaindo (substituídos pelas “*gate communities*”¹⁹¹ onde vive o “*homo munitus*”¹⁹²), de forma que a igualdade somente se mantém com um “conteúdo de classe”¹⁹³.

Assim, a ideia de igualdade para o autor, se consubstancia na tentativa de se reconstruir este laço social e, para isso, ROSANVALLON acredita que devam ser desenvolvidos três princípios: a noção de “singularidade”, referente à necessidade de reconhecimento de diferenças inerentes aos sujeitos e à sociedade; a noção da “reciprocidade”, que estabelece a necessidade de que todos estejam sob as mesmas regras; e a noção de “comunidade”, pelo que se reconhece a necessidade de criação de espaços comuns a todos os cidadãos. Nesse sentido, indica o autor: “é, portanto, a partir das palavras de ordem de singularidade, reciprocidade e comunidade que é conveniente, então, pensar a sociedade de iguais”¹⁹⁴.

Assim, antes de desenvolver cada um dos princípios acima citados, retoma-se a introdução do livro para que se possa estabelecer as premissas de sua teoria. O autor apresenta, inicialmente, que estar-se-á diante de um regresso da democracia. Uma das causas desse regresso seria o crescimento das desigualdades. Na opinião do autor, elas decompõem silenciosamente os laços sociais e simultaneamente a solidariedade e são causadas, em grande parte, pela enorme diferença remuneratória entre os indivíduos.

Apesar dessa constatação, o autor afirma que o ponto nodal da questão, e que vai ser explorado durante o livro, é que nunca tanto se falou dessas desigualdades e tão pouco se pôde fazer para diminuí-las. Há uma contradição, portanto, que precisa ser explorada e que envolve a progressão do regime democrático paralelamente à regressão da democracia-sociedade.

ROSANVALLON defende que a situação atual da democracia não é efeito, em absoluto, do passado. Pelo contrário, rompe com o passado. Explica que as revoluções americana e francesa não separaram a democracia como regime da soberania do povo e a democracia como forma de uma sociedade de iguais. A igualdade era una e global e era compreendida ao lado da liberdade (hoje, no entanto, igualdade e liberdade são muitas vezes apresentadas como opostos).

¹⁹¹ Ibidem, p. 385.

¹⁹² Ibidem, p. 386.

¹⁹³ Ibidem, p. 385.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 357 (tradução livre).

Atualmente, pesquisas feitas na Europa, China e Brasil, por exemplo, demonstram que as pessoas têm o sentimento de viverem em sociedades injustas, mas sem que tais julgamentos influenciem as ações reivindicativas ou as escolhas políticas suscetíveis de inverter o curso das coisas. Tudo se passa como se hoje existisse uma forma de tolerância implícita diante das desigualdades.¹⁹⁵ Assim, “há uma rejeição global de uma forma dada de sociedade que se avizinha da aceitação dos mecanismos que a produzem”¹⁹⁶. Condenam-se as desigualdades existentes, mas são dados como legítimos os meios que as reproduzem. Tal situação é identificada pelo autor como *Paradoxo de Bossuet*: o homem condena em geral aquilo com que consente no particular.¹⁹⁷

A atual estrutura social, segundo ROSANVALLON, muda a necessidade da discussão. É um momento de ruptura com a concepção de justiça social fundada nos mecanismos redistributivos, tal como aquela do final do século XIX. Os mecanismos então pensados de redistribuição devem ser atualizados e colocados em funcionamento, é preciso mesmo repensar a ideia de igualdade, como fizeram os sociais democratas e os republicanos no contexto dos anos 1900. “Mas o fizeram dentro de um contexto de sociedade compreendida como um corpo, fazendo das instituições de solidariedade um simples prolongamento de uma visão orgânica do social. Hoje, no entanto, no contexto do indivíduo que as coisas devem ser reformuladas”¹⁹⁸

Para tanto, a obra se propõe a redefinir o espírito da igualdade:

“A igualdade foi apreendida em um primeiro momento como uma relação, como um modo de fazer sociedade, de produzir e de fazer viver o comum. Ela foi considerada como uma qualidade democrática e não apenas como uma forma de distribuição de riquezas. Essa igualdade-relação foi articulada em torno de três figuras: a semelhança, a independência e a cidadania. A semelhança é da ordem de uma *igualdade-equivalência*; ser semelhante significa apresentar as mesmas propriedades essenciais, as diferenças restantes não marcando a qualidade da relação. A independência é uma *igualdade-autonomia*; ela se define negativamente como ausência de subordinação e positivamente como um equilíbrio na relação. A cidadania é uma *igualdade-participação*, é a comunidade de pertencimento e de atividade cívica que a constitui. O projeto de igualdade-relação declinou ante um mundo de semelhantes, de uma sociedade de indivíduos autônomos e de uma comunidade de cidadãos. Formuladas em um mundo pré-capitalista, essas representações foram atacadas pela revolução industrial. Abriu-se, em consequência, a primeira grande crise da igualdade. Agora, para sair da segunda, é necessário revisitar a igualdade, dando a ela forma para o tempo presente”¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 16.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 17.

¹⁹⁷ Idem.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 21

¹⁹⁹ Ibidem, pgs.21 e 22 (tradução livre).

A proposta do autor é indicar como atualmente se configuram os princípios da singularidade, da reciprocidade e da comunidade que podem lhe devolver sentido e refundar o projeto de instituir uma sociedade de iguais.

Conclui ROSANVALLON que a hora é de lutar por uma democracia integral, resultado de uma interpenetração dos ideais por muito tempo separados do socialismo e da democracia. Os futuros grandes debates intelectuais e políticos consistirão em precisar os limites e os contornos.

No que toca à igualdade de oportunidades, entende que esta se consubstancia na ideia de igualdade dominante atualmente. Mas, como já dito, acaba sendo paradoxal visto que tem como efeito justamente a desigualdade. Ela acaba fundando, em verdade, uma teoria da justiça como teoria das desigualdades legítimas. Ela conduz à distinção entre justiça distributiva e justiça redistributiva: ao se limitar a formular condições de uma distribuição igualitária de recursos, ela justamente tem como consequência tornar secundárias e deslegitimar as ações propriamente redistributivas.²⁰⁰

O problema, segundo autor, é que as teorias da igualdade de oportunidade tratam a questão das desigualdades somente a partir do prisma de um critério de justiça aplicada à avaliação de situações individuais. Ou as desigualdades têm também uma dimensão propriamente social: seu nível e suas formas são um fator determinante da coesão de uma sociedade. A igualdade é uma questão de vida social da mesma forma que de justiça individual. As desigualdades, este é o ponto essencial para o autor, não afetam apenas os mais desfavorecidos, mas acabam surtindo um efeito maléfico para todos. Aliás, Rousseau já tinha feito essa mesma observação.

A igualdade, então, é uma noção política e econômica. Ela diz com o comum e também com o justo. Os primeiros críticos das teorias contemporâneas da justiça já tinham pontuado tal distinção no início dos anos 80, porém colocando atenção sobre a oposição entre os valores individuais e comunitários.

Entende ROSANVALLON que o propósito é constituir uma *economia política alargadora* dos laços sociais que permite fundar uma verdadeira teoria geral da igualdade integrando suas diferentes dimensões a fim de dar bases sólidas e universalizáveis às ações reformadoras²⁰¹. Nas palavras do autor:

²⁰⁰ Ibidem, p.351.

²⁰¹ Ibidem, p.354.

“Para tanto, é urgente retomar o espírito revolucionário da igualdade, qual seja, o da formação de uma sociedade de iguais, que não levava em conta apenas a questão patrimonial. Tal espírito revolucionário se articulou ao redor dos princípios da semelhança (*similarité*), da independência (*independence*) e da cidadania (*citoyenneté*). As noções de semelhança e de cidadania conservam a importância de dois séculos atrás, mas devem ser ampliadas. A nova espera por uma igualdade de singularidades se sobrepõe, assim, ao projeto original da constituição de uma sociedade de parecidos. Uma vez que o sufrágio universal já é conquista obtida em vários lugares, a ideia de cidadania precisa ser enriquecida. O problema, então, não é mais apenas de repartir a soberania política, mas sim de fazer juntos a sociedade, daí o imperativo da *communalité*. Quanto ao ideal de uma sociedade de indivíduos autônomos, ele perdeu pertinência em um universo moderno onde o fato da interdependência se impõe em todos os domínios. A singularidade exprime em parte esse antigo ideal. Mas na ordem das regras de interação entre indivíduos, é o princípio genérico de *reciprocidade* que substitui a perspectiva mais restrita e menos pertinente economicamente de uma igualdade de mercado.”²⁰²

Feito tais esclarecimentos, explica que a *singularidade* não se confunde com autonomia ou identidade. A autonomia é determinada por uma variável de *posição*, estática na essência. A identidade, por variável de *constituição*, é essencialmente dada, ainda que possa evoluir com o tempo. A singularidade é definida por uma variável de *relação*, não é um estado. A diferença é, neste caso, o que liga e não o que separa, pois, a igualdade da singularidade somente se manifesta na coexistência (pelo querer conhecer as diferenças dos outros com relação às nossas) e, assim, implica, ao contrário, que cada indivíduo se manifeste por aquilo que é. O fato da diversidade é neste caso a medida da igualdade. Isso significa que cada um pode encontrar seu caminho e se tornar senhor de sua história, que cada um é de forma parecida único.²⁰³

Para tanto, necessário se faz um reconhecimento dinâmico das particularidades, fundado na reciprocidade, no reconhecimento mútuo.

Toda singularidade se afirma relativamente ao seu entorno. Ela só toma forma e vida em uma democracia de reconhecimento. Diante desse contexto, assume importância a questão da discriminação. Para o autor, a discriminação pode ser definida tanto como uma negação de similaridade (ou de generalidade) ou de singularidade. Por isso, a pessoa discriminada é duplamente excluída: da sociedade dos parecidos e também da sociedade das singularidades. E a discriminação, segundo o autor, é uma face propriamente moderna de produzir desigualdade.

Outro ponto destacado pelo autor é a questão da igualdade dos sexos, que se encontra em um duplo cruzamento: aquele das relações de singularidade e similaridade de uma parte e também naquele da relação entre singularidade e diferença. Pondera o

²⁰² Ibidem, p. 356 e 357 (tradução livre). A palavra “*communalité*”, por não ter correspondente direto em português, foi mantida no original.

²⁰³ Ibidem, p. 359.

autor que “os homens e as mulheres não existem senão relativamente uns aos outros. Eles são necessariamente uns pelos outros, uns em face dos outros, os indivíduos-relação. Mais precisamente, eles são a mais perfeita tradução da uma igualdade de singularidades.”²⁰⁴

Segue então explicando o segundo aspecto que seria a *reciprocidade*. Para o autor, com base em muitos estudos já realizados, das áreas biológicas a humanas, o homem não é totalmente egoísta e nem verdadeiramente altruísta. É sempre um composto, variável segundo os indivíduos e as circunstâncias, desses dois elementos. Mas ele é, sim, essencialmente recíproco, por isso se pode falar do *homo reciprocus* ou do *homo reciprocans*. “A reciprocidade pode ser definida como igualdade de interação”²⁰⁵ Ela apresenta a mesma característica da igualdade procedural, de Tocqueville e repousa sobre um princípio de equilíbrio das relações sociais.

Tal equilíbrio pode se organizar de duas maneiras: i) *reciprocidade de troca*: aquela mais tradicionalmente estudada depois de *Ética a Nicômaco*, que traz em si a ideia de uma relação que se aperfeiçoa no retorno, seja de transações materiais, seja de bens simbólicos; ii) *reciprocidade de implicação*: que tem por objeto a relação social, e é simultaneamente produção e consumo dessa relação – ela pode ter a forma de uma coprodução de bens relacionais ou de uma paridade de engajamento na vida social.

Em relação à questão da reciprocidade, o autor destaca a importância de retomar o conceito sociológico de bem relacional. Lembra que bens relacionais são aqueles que podem ser apenas compartilhados, que não podem ser consumidos individualmente, cuja produção e consumo se dão simultaneamente, tais como a amizade e o amor. São bens sociais fundados precipuamente numa relação de reciprocidade. Por isso são importantes para a proposta do autor. São bens particularmente valorizados em um mundo de singularidades, porque também permitem uma relação de igualdade. Devem ser protegidos e promovidos, inclusive pela lei.

A *reciprocidade* deve ser exercida, ainda, na forma de um equilíbrio de engajamento na vida social. Os direitos e deveres devem ser os mesmos para todos, sem privilégios. “Os direitos são faculdades e capacidades que se conferem mutuamente os indivíduos para fazer sociedade sobre a base da liberdade e da responsabilidade de cada um. E o Estado é o garante e ordenador dessas relações que tem suas próprias

²⁰⁴ Ibidem, p. 365.

²⁰⁵ Ibidem, p. 375.

consistências”. E ainda “Os deveres, isto é, as obrigações, devem também ser apreendidos na mesma perspectiva. Não podem ser compreendidos apenas como coações ou limitações impostos pelo poder público a liberdade dos indivíduos, nem como simples injunções morais para conformar os comportamentos pessoais aos valores coletivos. Eles também tem um caráter relacional e são elementos de instituição social.”²⁰⁶ Direitos e deveres devem ser vistos como meios convergentes e complementares de produzir uma sociedade de reciprocidade.

No entanto, não são toleráveis a existência de privilégios, pois esses trazem desconfiança social e essa desconfiança só faz aumentar a crise do Estado-providência e a classe média, em termos sociológicos, acaba se sentindo duplamente penalizada: não é tão pobre a ponto de merecer a assistência estatal e tampouco rica o suficiente para gozar das facilidades do estado providencial.

Segundo o autor, a ruptura da reciprocidade é a causa maior da desconfiança social e da resistência ao desenvolvimento da solidariedade. Assim, necessário se faz desenvolver *mecanismos de solidariedade* e de retorno a políticas universais. A igualdade-reciprocidade depende de uma igualdade de tratamento e de engajamento.

O terceiro aspecto para o desenvolvimento de uma sociedade de iguais, para o autor, se trata da dimensão da cidadania, o autor a chama de *communalité*.

Pondera ROSANVALLON que se vive atualmente um processo de *desnacionalização de democracias*, em que há desvalorização dos valores coletivos e movimentos de secessão se fortalecem, a exemplo das comunidades privadas habitacionais construídas por grupos que desejam viver fora da cidade e independentemente de várias prestações públicas. O autor dá o exemplo atual dos exilados fiscais, que mantem suas cidadanias, mas não tem qualquer ligação com sua comunidade nacional. Tais grupos não são democráticos e nem políticos. Representam o renascimento da figura de cidadão-proprietário.

O autor destaca como a atividade fiscal municipal tem exercido papel importante nessa questão do cidadão-proprietário. Tanto na França como nos Estados Unidos, as municipalidades perderam em grande parte seu aspecto político, inclusive no âmbito fiscal, vez que assumem papel apenas de gestão dos serviços coletivos. Renascem, segundo o autor, as antigas formas de democracia indireta, de segundo grau.

²⁰⁶ Ibidem, p. 376.

Para a produção do comum, o autor propõe ver o comum de três dimensões distintas: A *comum-participação*, a *comum-intercompreensão* e a *comum-circulação*. A *comum-participação* é o mais evidente e diz com o fato de viver junto os eventos, tais como espetáculos populares, manifestações esportivas, etc. Pressupõe um *comum-festivo ou demonstrativo* e também um *comum-reflexivo*, vez que os indivíduos são submetidos a uma mesmo fluxo de informações. A *comum-intercompreensão* se baseia no conhecimento recíproco. A *comum-circulação* diz com a divisão de espaço. E essas três formas de produção do comum contribuem ao enriquecimento de uma comunidade, que deve ser entendida como um grupo de pessoas unidas por um vínculo de reciprocidade, pelo compartilhamento de laços de esperança.

Por fim, o autor procura responder aos seguintes questionamentos: como ser semelhante e singular, igual e diferente, igual em certos pontos e diferentes em outros? Essas são, para o autor, as questões da nossa época e elas condicionam o futuro das democracias.

O autor defende que a retomada do laço de amizade e da ideia que traz em si é fundamental para a formação de uma economia geral de igualdade. Assim, a amizade, quanto mais viva for, mais admite a existência de desproporções e tem uma grande capacidade de compensação. Retomando Sócrates, ratifica a ideia de que a amizade é a tendência dos contrários a se compensarem²⁰⁷. Os vínculos mais fracos são os mais vulneráveis à desigualdade.

De todo modo, como todas as pessoas são diferentes, por uma multiplicidade grande de fatores, a igualdade total implicaria distinção entre as pessoas, o que não é viável. Por isso, em busca da igualdade, será necessário hierarquizar as diferentes propriedades das pessoas e determinar quais são as socialmente mais importantes, para definir então o projeto de tornar iguais.

Há que se conciliar, então, a afirmação das singularidades, a atenção à reciprocidade e o desenvolvimento da *communalité* para a realização da igualdade, que será, ao mesmo tempo, plural e absoluta. Absoluta, porque é suscetível de realizar completamente seu conceito, e plural porque costura os laços sociais com as três figuras que a constituem.

Em um primeiro momento, deve-se consolidar essa igualdade-relação (com os 3 elementos: singularidade, reciprocidade e *communalité*). Em um segundo momento,

²⁰⁷ Ibidem, p. 401.

para o autor, necessário se faz também investir na *igualdade-distribuição e igualdade-redistribuição*. Serão admissíveis os modos de distribuição de recursos que não prejudiquem a igualdade-relação em seus três aspectos, já vistos. Em sentido inverso, serão também admissíveis que a limitação, direta ou indireta (pelos impostos), dos grandes patrimônios e heranças pode ser legitimada pelo risco de destruição da participação a um mundo comum.

No entanto, o autor alerta que há vários elementos que ameaçam a igualdade, tais como: a reprodução social, os excessos e os separatismos.²⁰⁸ “A *reprodução social* se define pela transmissão dos fatores estruturantes de desigualdade. É o equivalente moderno do privilégio. Ela transforma as diferenças sociais existentes em um dado momento em destinos inexoráveis das gerações.”²⁰⁹ E, portanto, as regras e a fiscalização das heranças acabam sendo ponto importante de justiça social. Os excessos são outra característica destrutiva do mundo contemporâneo. É necessário estabelecer, em suma, limites e contornos de desenvolvimento sustentável, para compatibilizar o crescimento econômico com os limites ecológicos. Também é uma ameaça o desenvolvimento das secessões, dos separatismos, razão pela qual é necessário investir em uma política ativa da cidade, visando a multiplicar os espaços públicos e assegurar sempre que possível a mescla social.²¹⁰

Para terminar, o autor defende que a *renacionalização* das democracias, compreendida como um reforço da coesão dos membros que a compõem e a sua reaproximação do político, é um modo de combater a desigualdade mundial.

Estabelecidos alguns contornos das teorias acerca da igualdade desenvolvidas por John RAWLS, Ronald DWORKIN, Amartya SEN e Pierre ROSANVALLON, nota-se a complexidade de se discutir o tema. Assim, a próxima etapa é a de trazer a discussão para a realidade brasileira, para tanto, segue-se com a análise da igualdade e a Constituição Federal de 1988.

²⁰⁸ Ibidem, p. 407.

²⁰⁹ Idem.

²¹⁰ Ibidem, p. 408.

2.2. A Igualdade na Constituição de 1988.

A história constitucional brasileira, segundo José Afonso da SILVA²¹¹,

“...revela formas procedimentais diretamente usurpadoras da vontade constituinte do povo, a começar pela outorga da Constituição do Império, quando o Imperador assumiu a titularidade do poder constituinte; mais tarde tivemos a titularidade autocrática do poder constituinte assumida por Getúlio Vargas com a outorga da carta de 10 de novembro de 1937. O processo usurpatório do poder constituinte originário pelo poder militar aliado à oligarquia tecnocrática defendida difundiu-se na Revolução de 1964, produzindo uma normatividade institucional excepcional, através de dezessete atos institucionais e de outorga de duas Constituições, a de 24 de janeiro de 1967 e a de 17 de outubro de 1969.”

Assim, no anteprojeto da Constituição de 1988, houve a preocupação em manter o efetivo reconhecimento da soberania popular, com o foco de que a organização estatal existia para servir à pessoa humana, e não ao contrário.²¹² Com este espírito, a população brasileira pode vivenciar o que seria um dos maiores marcos em sua história. Em 05 de outubro de 1988, pelas palavras do Deputado Federal, à época, Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Constituinte, nascia a Constituição Federal de 1988, conhecida por todos como a Constituição coragem, cidadã, federativa, participativa e representativa. Nas palavras do próprio presidente da Assembleia:²¹³:

“Nação permite conceituá-la, sinoticamente, como a Constituição coragem, a Constituição cidadã, a Constituição federativa, a Constituição representativa e participativa, a Constituição do governo síntese Executivo-Legislativo, a Constituição fiscalizadora.

A Constituição é caracteristicamente o estatuto do homem. É sua marca de fábrica. O inimigo mortal do homem é a miséria. O estado de direito, conseqüência da igualdade, não pode conviver com estado de miséria. Mais miserável do que os miseráveis é a sociedade que não acaba com a miséria.

A Federação é a governabilidade. A governabilidade da Nação passa pela governabilidade dos estados e dos municípios. O desgoverno, filho da penúria de recursos, acende a ira popular, que invade primeiro os paços municipais, arranca as grades dos palácios e acabará chegando à rampa do Palácio do Planalto.”

²¹¹ SILVA, José Afonso. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 86.

²¹² COMPARATO, Fábio Konder. **Muda Brasil: Uma Constituição para o desenvolvimento democrático**. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. Pgs 16 e 17.

²¹³ Trechos extraídos do discurso de Ulysses Guimarães na promulgação da Constituição de 1988. Disponível em Senado Federal: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2008/09/29/em-discurso-historico-ulysses-guimaraes-comemora-a-promulgacao-da-carta-de-1988>. Acesso em 19 de Setembro de 2013. (Grifo Nosso).

A leitura dos trechos acima destacados permite identificar o espírito da época. Fruto do poder constituinte originário²¹⁴, os trabalhos da constituinte tiveram proporções nunca antes vistas no Estado brasileiro. O projeto passou por 122 emendas populares subscritas por, em média, 30.000 eleitores. Nenhuma das Constituições até então existentes no país previu e contou tanto com a participação popular. Para Luis Roberto BARROSO, “a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento, para um Estado democrático de direito.”²¹⁵

Como afirma Oscar Vilhena VIEIRA²¹⁶, o constituinte originário, já conhecendo a perversa utilização dos espaços de discricionariedade por parte das autoridades, optou pelo detalhamento de cada uma das matérias a serem tratadas e buscou uma estrutura substantiva, ligada a grandes temas do futuro como direitos humanos e meio ambiente.

No que tange aos valores essenciais à sociedade, o constituinte não deixou qualquer margem para interpretação diferenciada sobre o foco que daria aos direitos fundamentais. Especificamente sobre os direitos do cidadão, houve ainda uma releitura do título II, dos direitos e garantias fundamentais²¹⁷. Segundo Ingo Wolfgang SARLET “...pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria (direitos fundamentais) foi tratada como a merecida relevância”²¹⁸. Isso porque no texto constitucional, os direitos fundamentais foram previstos após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que traz um maior rigor lógico já que se caracterizam como valores superiores da ordem constitucional, refletindo assim, na hermenêutica. Acrescenta-se ainda a este fato a alteração da terminologia do capítulo de “direitos e garantias individuais” para “direitos e garantias fundamentais” o que garante, para o autor, uma superação com a característica individualista já não mais utilizada no Direito Constitucional e Internacional.²¹⁹

²¹⁴ Apesar da Assembleia Constituinte ter sido convocada por emenda à Constituição de 1967/1969, isso não impede que o processo seja compreendido como uma constituinte originária, afinal, entende-se que houve uma mudança estrutural da Constituição nos seus aspectos mais elementares. In MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 200, p. 121.

²¹⁵ BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 246.

²¹⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua Reserva de Justiça. Pgs. 130 a 132.

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Sexta edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 78.

²¹⁸ Ibidem, p. 75.

²¹⁹ Ibidem, p. 79.

2.2.1. Qual igualdade constitucional em 1988?

2.2.1.1. Da natureza da igualdade na Constituição de 1988.

Essa postura garantista da Constituição de 1988 não poderia ser diferente e, diante disso, a vinculação nacional – e especialmente a pretensão de construção de uma “constituição cidadã” – com a proposta de um texto que refletia a mais moderna estruturação democrática e jushumanista, implicaram o desenvolvimento do texto constitucional absolutamente estruturado sobre a igualdade.

É importante notar que os efeitos do pós-guerra no constitucionalismo ficaram, de certo modo, represados no modelo nacional por conta dos movimentos totalitários que tomaram conta do Brasil a partir dos anos quarenta. De fato, se após o fim do Estado Novo, instauraram-se as possibilidades de uma construção mais democrática no Estado brasileiro, é também certo dizer que o populismo nacional da época e a configuração do poder no tabuleiro internacional, especialmente por conta da Guerra Fria, não permitiram um processo de democratização efetivamente amplo. O golpe fatal seria dado de forma mais contundente pela instauração da ditadura militar em 1964, mazela da qual a democracia brasileira se veria livre apenas na década de oitenta.

A adoção de um modelo de Estado como constitucional e democrático, na forma de um Estado de Direito, implica, portanto, necessariamente, a vinculação do sistema constitucional à garantia de uma série mais ou menos ampla, mas sempre existente, de direitos fundamentais.

De fato, as noções de direitos humanos e de Constituição são fenômenos que se desenvolvem intimamente imbricados²²⁰. Desde o surgimento moderno das duas ideias, comumente construídas teoricamente pelo movimento Iluminista e politicamente pelas Revoluções do século XVII, as duas instituições seguem mais ou menos *pari passu*. Segundo SARLET, foi nesse momento histórico que foram “...lançadas as bases do que passou a ser o núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal-burguesa: a noção da limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes²²¹”. Nesse sentido, o

²²⁰ TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights: Between Idealism and Realism**. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 07/08.

²²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., pgs. 69-74.

Estado moderno ideal, portanto, parece ter uma conexão direta com os direitos fundamentais e a concretização desses direitos é sua tarefa permanente.

A relação entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais é dúlice, pois tanto os direitos fundamentais precisam do Estado quanto o inverso é uma verdade. De fato, não é possível sequer imaginar direitos fundamentais sem uma estrutura de proteção que os garanta: direitos não são nada sem uma forma de serem pleiteados. Nesses termos, boa parte da luta em prol destes direitos seguem no sentido de que o Estado os reconheça. Nas palavras de DONNELLY, referindo-se aos direitos humanos, o exemplo é instrutivo:

“a luta de grupos menos favorecidos tem sido tipicamente a luta pelo total reconhecimento, legal e político, pelo Estado, e, portanto, pela inclusão da proteção desses direitos dentro daqueles que já são protegidos pelo Estado. Opositores da discriminação de raça, religião, etnias e gênero, da perseguição política, tortura, desaparecimentos e massacres comumente procuraram não apenas por um fim a esses abusos, mas transformar o estado de um predador em um protetor de direitos²²²”.

Logo, parece claro que somente se garantem direitos fundamentais (que se caracterizam como Direitos Humanos constitucionalmente garantidos) a partir de uma “atuação juridicamente programada e controlada de órgãos estatais²²³”, o que precisa ser regularmente determinado pelo texto constitucional e o que se manifesta na figura de um Estado constitucional. Mas, por sua vez, também o Estado precisa da figura destes direitos. Afinal, um Estado que seja regulado por uma Constituição que represente apenas a forma pela qual se dá a organização do poder não goza, necessariamente, de legitimidade. Essa figura é, assim, um simples Estado de Direito formal que carece de legitimidade capaz de vincular a atuação estatal ao corpo de cidadãos que compõe esse Estado. Assim, para que se torne também um Estado de Direito material, o Estado deve estar obrigado a certos valores e liberdades fundamentais como base de atuação, como meta de existência e como fundamento de decisão. É apenas assim, vinculando-se aos direitos humanos e, portanto, aos direitos fundamentais expressos no texto constitucional, que um Estado garante legitimidade e se sustenta como um verdadeiro Estado de Direito. Nesse sentido, portanto, também o Estado precisa de direitos fundamentais para poder existir com legitimidade, e, assim, demanda uma Constituição

²²² DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in Theory & Practice**. Second edition. Ithaca: Cornell University Press, 2003, p. 36.

²²³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., pgs. 69-74.

com fundamentação antropocêntrica tanto do ponto de vista formal quanto material. E é nesse sentido que os direitos fundamentais não são apenas uma limitação do poder, mas, também, um elemento de legitimação do poder estatal²²⁴.

Nas palavras de PEREZ LUÑO, “existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para a sua realização o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito²²⁵”. É a isso, inclusive, que CANOTILHO chama de “reserva de justiça²²⁶” e que parece implícito na sua referência à obra de HABERMAS: “a gênese lógica dos direitos fundamentais constitui um processo circular no qual o código do direito e o mecanismo dirigido a constituir direito legítimo, ou seja, o princípio democrático, se constituem co-originariamente. Algumas categorias de direitos são mesmo princípios ‘vinculativos’ do poder constituinte²²⁷”.

Em suma, os direitos fundamentais, como forma constitucionalmente protegida dos Direitos Humanos, compõem o sistema axiológico que fundamenta materialmente a Constituição e, de consequência, todo o ordenamento jurídico. A falta desse núcleo material abre as portas para o surgimento de Estados totalitários (fascistas, nazistas, etc...) aos riscos desumanizadores que lhe são inerentes, como já apresentado no primeiro capítulo.

Neste sentido, identifica-se que a conquista da igualdade é fundamental na evitação do totalitarismo, como apresenta Hannah ARENDT ao discutir a questão dos apátridas²²⁸. O rompimento do tratamento igualitário entre seres humanos foi, de certo, um dos cancos mais graves da experiência totalitária e que terminou na “ruptura” com a “lógica do razoável” em ocorrências como o Nazismo alemão²²⁹. Conveniente indicar o que acontece em um Estado que não abarque a igualdade como princípio, citando ARENDT:

²²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., pgs. p. 69-74.

²²⁵ LUÑO, Antonio Henrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1999, p. 23.

²²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1360; .

²²⁷ Ibidem, p. 1404.

²²⁸ ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 310 e seguintes.

²²⁹ Nesse sentido, ver LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 93.

“Pois o Estado-nação não pode existir quando o princípio de igualdade perante a lei é quebrado. Sem essa igualdade legal, que originalmente se destinava a substituir as leis e ordens mais antigas da sociedade feudal, a nação se dissolve numa massa anárquica de indivíduos super e subprivilegiados. As leis que não são iguais para todos transformam-se em direitos e privilégios, o que contradiz a própria natureza do Estado-nação. Quanto mais clara é a demonstração a sua incapacidade de tratar os apátridas como ‘pessoas legais’, e quanto mais extenso é o domínio arbitrário do decreto policial, mais difícil é para os Estados resistir à tentação de privar todos os cidadãos da condição legal e dominá-los com uma polícia onipotente²³⁰”.

Ora, se os homens não nascem iguais, como a experiência cotidiana revela mesmo ao mais desatento cidadão, o que iguala os homens e evita a experiência diferenciadora do totalitarismo é exatamente a pertença a uma coletividade que opta, democraticamente, pela vigência de uma condição de igualdade perante essa coletividade²³¹. Daí, nas palavras de LAFER, que a “igualdade não é um *dado* – ele não é *physis*, nem resulta de um absoluto transcendente externo à comunidade política. Ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política²³²”.

No modelo constitucional de um Estado democrático, como o brasileiro, a condição da igualdade vem reconhecida como condição essencial de existência, especialmente porque está intimamente ligada ao reconhecimento e exercício dos direitos fundamentais. De fato, existe uma relação de dupla via entre esses direitos fundamentais e a igualdade, pois é esta que permite a existência daqueles, ao mesmo tempo em que sem aquelas, esta não poderia existir. Se é certo, por exemplo, que os direitos fundamentais reconhecidos no artigo 5º da Constituição Brasileira devem ser compreendidos diante da noção de igualdade (como indica o próprio *caput* do artigo), os direitos fundamentais são “pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático²³³”, dentro do qual a ideia de igualdade precisa se assentar. Não se confunde, a igualdade, portanto, com os direitos fundamentais, mas a eles está inequivocamente ligada.

É nesse sentido que CANOTILHO reconhece a igualdade como um “pressuposto para a uniformização do regime das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico”, sendo que a mesma “surge, assim,

²³⁰ ARENDT, Hannah. Op. Cit., p. 323-324.

²³¹ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos...* Op.Cit., p. 150.

²³² Idem..

²³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10ª ed., . Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 61.

indissociável da própria *liberdade* individual²³⁴”. É esse “direito geral de igualdade²³⁵” que caracteriza um dos fundamentos, portanto, dos próprios direitos fundamentais que serão essenciais para a construção do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, CANOTILHO reconhece ao princípio da igualdade uma “directividade material” na condição de uma “imposição permanente geral e abstrata [que] adquire uma dimensão impositiva concreta sempre que o legislador iniciou, em alguns domínios, a sua concretização²³⁶”.

No que tange à igualdade na Constituição brasileira de 1988, nota-se, portanto, a preocupação do constituinte em instituí-la em seus dois aspectos, tanto formal quanto material. Inicialmente isto pode ser extraído da leitura do Artigo 5º que inicia o título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, e que assim dispôs:

“Art.5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.” (grifo nosso)

Pode parecer, realizando uma primeira leitura do artigo 5º, que, ao iniciá-lo com a expressão “todos são iguais perante a lei” estaria o constituinte preocupado apenas com a igualdade formal no texto constitucional. Contudo, nota-se que a igualdade aparece novamente no final da sentença, quando são destacados os direitos que deveriam ser garantidos pela Constituição. Oscar Vilhena VIEIRA entende que essa dupla aparição não se trata de um mero descuido do constituinte²³⁷. Para o autor, o constituinte teria feito questão de frisar o reconhecimento das duas ideias distintas de igualdade: a primeira como igualdade *de iure* e a segunda como a igualdade *de facto*.

Isto não poderia ser diferente visto que, atrelado a este fato, outro aspecto reflete a importância dada à igualdade material no texto constitucional. Analisando novamente os trechos destacados do discurso proferido por Ulysses Guimarães, verifica-se que a igualdade se caracterizou como o fundamento do novo momento constitucional por ser entendida como fundamento do Estado de Direito. Nas suas palavras, “...o estado de

²³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* Op. Cit., p.426.

²³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 393.

²³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Segunda edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 388.

²³⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais – Uma leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 287.

direito, consectário da igualdade, não pode conviver com estado de miséria.” Percebe-se que deve-se esta característica à igualdade em seu sentido mais amplo.

Este objetivo exaltado pelo presidente da Assembleia Constituinte restou afixado no texto do artigo 3º que definiu quais seriam os objetivos fundamentais da República:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I) Construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II) Garantir o desenvolvimento Nacional;

III) Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV) Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idades e quaisquer outras formas de discriminação”;

Nota-se, portanto, que o objetivo era a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e o fato destes objetivos terem que estar expressos no texto constitucional, denota quais eram as mazelas da sociedade a época. Em que pese o constituinte ter optado pela separação dos vocábulos “livre”, “solidária” de “justa” no inciso primeiro do artigo 3º, e, do fato da expressão “igualdade” não constar expressamente neste inciso, pode-se entender que todos os objetivos se resumem à busca por uma “sociedade justa”, e dentro de deste conceito necessariamente está abarcada a noção de igualdade, como já se viu. Para tal compreensão basta uma leitura sistemática de todo o artigo, pois, analisando especificamente os incisos III e IV, não há como deixar de se entender que uma sociedade justa necessariamente busca “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idades e quaisquer outras formas de discriminação”.

Outro aspecto que reflete a importância da igualdade no texto constitucional se explica no seguinte sentido: sendo o artigo 3º aquele que identifica os objetivos da República, não há como se realizar uma leitura do artigo 5º sem ter como fundamento o artigo 3º, que reconhece as desigualdades sociais e exige um tratamento compatível com sua superação.²³⁸

Percebe-se, assim, que a noção de igualdade assumiu a posição de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e não é por outra razão que se encontra mencionada expressamente no texto constitucional nacional. De fato, como se viu, a

²³⁸ MALISKA, Marcos Augusto. O princípio da igualdade entre a homogeneidade e a heterogeneidade social. Análise dos casos Brasil e Polônia a partir da interpretação concretizadora (tópica) da Constituição. In COMPLAK, Krystian; MALISKA, Marcos Augusto. (Org.) **Entre Brasil e Polônia – Debates sobre Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012. P. 121.

busca pela igualdade material fundamentou a existência de um Estado Democrático de Direito e sabe-se que, para ser considerado como tal, neste Estado deve haver a prevalência e supremacia dos direitos fundamentais eleitos pela sociedade na carta constitucional²³⁹. Assim, a igualdade material pode ser encontrada de forma taxativa nos demais incisos do artigo 5º, e, ainda, iluminando diferentes artigos durante todo o texto constitucional.²⁴⁰ Importa ainda frisar que, considerando tratar-se de um dos fundamentos do Estado Democrático, toda a interpretação constitucional deverá ser baseada na busca por ela. Celso Ribeiro BASTOS²⁴¹ bem a define: “a igualdade não assegura nenhuma situação jurídica específica, mas na verdade garante o indivíduo contra toda má utilização que possa ser feita da ordem jurídica. A igualdade é, portanto, o mais vasto dos princípios constitucionais não se vendo recanto onde ela não seja impositiva”.

Entender a igualdade como um “vasto princípio constitucional” trata-se, portanto, de um importante fundamento para o desenvolvimento do trabalho. Partindo do princípio segundo o qual a igualdade possui tal *status*, segue-se com a compreensão da igualdade como “reserva de justiça constitucional”.

2.2.1.2. Da igualdade como cláusula pétrea

Ao constituinte cabia também, ainda, outra incumbência. Viu-se que o texto constitucional de 1988 procurou captar os principais anseios sociais e afixá-los de modo que houvesse uma identidade entre a sociedade e sua carta maior. Contudo, como garantir que tais valores pudessem permanecer firmes mesmo após a promulgação da constituição, de forma que não ficassem novamente vulneráveis à atuação dos constituintes derivados? Assim, outra preocupação essencial ao constituinte foi a garantia de perpetuação dos valores essenciais afixados no texto constitucional, pois, além de possuírem uma posição de destaque no texto constitucional, teriam que ser

²³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 70 e 71.

²⁴⁰ Exemplifica-se, neste sentido. “Art. 7º São direitos dos trabalhadores, urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria da sua condição social: XXX – Proibição de diferença de salários, de exercício ou funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.” “Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VVI – Redução das desigualdades regionais e sociais.”

²⁴¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002. P. 323.

encarados como orientação e limite aos legisladores e constituintes derivados de forma a não torná-los vulneráveis.

Não se nega que apesar de serem pensadas de forma a se perpetuarem no seu tempo, a mudança nos fatos sociais podem reclamar ajustes no texto constitucional²⁴². Desta forma, para que a identidade, bem como o sentimento constitucional, sejam mantidas, deve-se entender pela mutabilidade do texto constitucional. Ou seja, o texto constitucional não se pode tratar de algo estático (imutável), mas, sim, tem que poder variar de acordo com os anseios sociais para que possa continuar legitimado. Entende-se, portanto, que o texto constitucional deve possuir uma abertura para reforma.²⁴³

Para a explicação acerca do poder de reforma, retomam-se, portanto, as explicações de SIEYÈS que, ao descrever o processo de elaboração da Constituição, estabeleceu a diferença existente entre o poder constituinte e o poder constituído. O autor se preocupou em estabelecer tais diferenciações de forma a conferir autoridade para o Terceiro Estado na criação de uma nova ordem constitucional. Assim, buscou mostrar que o poder da nação era ilimitado. SIEYÈS não resolve, contudo, a questão da possível necessidade de reforma da constituição. Entende que somente o poder constituinte da nação é que poderia alterar uma norma constitucional, o poder constituído, será aquele delegado aos governantes pelo poder constituinte, contudo, terão sua atuação totalmente limitada ao poder da nação.²⁴⁴ O que se concluiu, porém, é que como a nação não poderia se comprometer consigo mesma, poderia, a qualquer tempo, retomar sua função de constituinte, assim, entendeu-se pela necessidade de que houvesse uma previsão expressa constitucional que possibilitasse a adequação do texto

²⁴² Diante deste contexto de extrema regulação trazida em âmbito constitucional e anteendo a necessidade de reformas no texto constitucional, os constituintes deliberaram que, após cinco anos de sua entrada em vigor, o texto constitucional passaria, necessariamente, por um processo de revisão, trata-se da disposição prevista no art.3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Contudo, esta flexibilização do texto constitucional não poderia se dar de forma ilimitada, considerando que poderia gerar uma situação de fragilidade do que seria a conquista essencial da sociedade brasileira. Neste sentido, também esse processo estaria submetido a limites *formais, temporais e materiais*.

²⁴³ Entende-se, portanto, a necessidade de que “para que as cláusulas constitucionais possam ser aceitas como limitadoras do poder de cada geração de alterar suas próprias Constituições é necessário que seu conteúdo possa ser justificado e aceito racionalmente, o fato de terem sido estabelecidas por um poder constituinte anterior, ou de compatibilizarem com um conjunto predeterminado de direitos, não é suficiente para garantir sua legitimidade”. VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça** - um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. P. 225. Trata-se de importante constatação que difere do posicionamento Bruce Akerman que considera que a constituição terá legitimidade e poderá ser considerada como superior às demais leis pois os delegados constituintes representariam a nação, e, em razão disso as decisões deveriam prevalecer, acrescido, ainda de um momento de deliberação. Contudo, tinham como fundamento o direito natural. ACKERMAN, Bruce. **Nós, o Povo Soberano**. Fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

²⁴⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça** - um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. P. 47.

para que a constituição não perdesse sua força normativa, sem que se tornasse obrigatória a realização de uma nova constituinte.

Para isso, buscou-se, então, a classificação do poder constituinte em originário e derivado, sendo o primeiro inicial, ilimitado e incondicionado, já o segundo estaria subordinado aos limites impostos pelo poder originário.²⁴⁵ Quanto à questão terminológica, a utilização dos termos poder constituinte originário e poder constituinte derivado poderia causar confusões visto que o poder constituinte derivado é, na verdade, um poder constituído e limitado pelas prescrições impostas no texto constitucional pelo constituinte originário. Assim, de forma a evitar a interpretação equivocada, opta-se pela expressão que melhor se adequa a este poder, qual seja: “poder de reforma da Constituição”²⁴⁶. Veja-se, portanto, que diferentemente do poder constituinte originário, que se impõe historicamente e não se subordina a qualquer ordem jurídica pré-existente, o poder de reforma da constituição terá o importante papel de “assegurar a continuidade e a identidade da Constituição”²⁴⁷ preservando-lhe a força normativa e impedindo que a realidade a derrote, porém, devendo respeitar os limites *temporais*, *formais* e *materiais* impostos pelo constituinte originário.

Limites *temporais* garantem um período de maturação para o texto constitucional, ou seja, buscam evitar reações imediatistas à nova ordem institucional, conferindo, assim, estabilidade ao texto constitucional por um determinado período. Além disso, também buscam a proteção impedindo a alteração do texto constitucional em casos de anormalidade institucional, como, por exemplo, o estado de sítio²⁴⁸.

Limites *formais* são aqueles procedimentos específicos previstos pelo constituinte originário que devem ser respeitados no momento de uma revisão constitucional. Tal limite reflete a característica de rigidez constitucional, isso porque o procedimento para alteração de um texto constitucional será mais complexo do que aquele adotado para a elaboração de leis ordinárias. Essa rigidez envolverá, normalmente, por exemplo, a limitação quanto à competência das iniciativas e quanto

²⁴⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Poder Constituinte. In MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 134.

²⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a Construção de um novo modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Pgs. 167 e 168.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 169.

²⁴⁸ Artigo 60, §1ª da Constituição Federal de 1988.

ao quórum de votação, exigindo-se maioria qualificada e maior número de instâncias para deliberação²⁴⁹.

Por fim, existem os limites *materiais* impostos pelo constituinte. Entende-se que apesar da necessidade da previsão de revisão constitucional, para que a força normativa bem como a identidade constitucional sejam mantidas, resta imperioso afirmar que uma Constituição deve preservar a sua essência. Esta essência se resume no núcleo de valores fundamentais que justificaram sua criação²⁵⁰.

Nesse núcleo de valores fundamentais é que residem os limites *materiais* de reforma constitucional. São aqueles impostos pelas cláusulas de intangibilidade ou cláusulas pétreas que preveem quais serão as matérias que estarão fora do alcance do constituinte derivado ou do poder reformador.²⁵¹

Fato é que a existência de cláusulas constitucionais não passíveis de reforma se caracterizam, de acordo com José Joaquim Gomes CANOTILHO²⁵² como “uma verdadeira aporia do Estado Constitucional”²⁵³. Isso porque traz à tona o questionamento se seria possível que o constituinte originário vinculasse gerações futuras com cláusulas duras, ou imutáveis. Como estabelecer quais serão os ideais de legitimação e projetos políticos que melhor refletirão as gerações futuras? Assim, exemplifica o autor português que nenhuma Constituição “evita o ruir dos muros dos processos históricos”, os limites nunca serão impostos para sempre, ou seja, caso o modelo constitucional não mais esteja refletindo os anseios sociais, poderá ocorrer uma ruptura. Contudo, não será pelo receio de que o texto vincule as gerações futuras que as Constituições devam deixar de cumprir sua tarefa.

²⁴⁹ No Brasil, como limite formal, o constituinte vinculou que para a reforma constitucional deverá existir: i) Iniciativa: um terço (1/3) dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; Do Presidente da República; ou de mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados; ii) Quórum de Aprovação: três quintos (3/5) dos votos dos membros de cada casa do Congresso. Este quórum foi alterado de dois terços (2/3) para três quintos (3/5) apenas no final da constituinte, o que demonstra o interesse do legislador constituinte em flexibilizar o processo de reforma; iii) Procedimento: discussão e votação em ambas as casas em dois turnos.²⁴⁹ Devem ainda ser respeitados o fato de que em caso de rejeição por qualquer das casas, não poderá ser objeto de nova proposta no mesmo ano, e sua aprovação não está sujeito a sanção do Presidente da República.

²⁵⁰ Segundo MIRANDA, a primeira Constituição a implementar tal restrição foi a norte-americana ao descrever que nenhum Estado poderia ser privado do direito ao voto no Senado em igualdade com os demais Estados e que os Estados Unidos garantiriam a todos os Estados a forma Republicana de governo. Situando tal Constituição no seu momento histórico, nota-se a preocupação de manutenção da forma de governo em detrimento dos regimes até então existentes. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. 4ª Edição. Coimbra: Coimbra, 2000. P. 177.

²⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional...* Op. Cit. , Pgs 170 a 182.

²⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* Op. Cit., p. 1064.

²⁵³ *Ibidem*, p. 1065.

Nesse sentido Paulo Gustavo Gonet BRANCO²⁵⁴ apresenta que já houve a superação do entendimento de que a imposição de valores não passíveis de alteração se caracterizaria como uma imposição de vontade de uma geração para a outra. Corrobora com o entendimento de que estas cláusulas se configuram como o núcleo essencial do projeto do poder constituinte originário. Assim, nada impediria que as gerações futuras, ao não mais se identificarem com os valores primordiais ali previstos, rompessem com aquela ordem e instituíssem um novo momento constitucional. O importante será entender que se esta ruptura se caracterizaria como uma nova ordem, e não apenas reforma.

Em que pese tal posicionamento de BRANCO, autores como Pontes de MIRANDA²⁵⁵ e Carmen Lucia Antunes ROCHA²⁵⁶ desenvolveram a preocupação com a petrificação da ordem constitucional no caso das cláusulas pétreas serem entendidas como limites absolutos à reforma constitucional. Neste sentido, acreditam que deveria existir um certo equilíbrio entre a indispensável estabilidade constitucional e sua necessária adaptabilidade, visto a evitar que os “mortos imponham vontade aos vivos”. Especificamente Carmen Lucia Antunes ROCHA defende a revisibilidade das cláusulas que impõe limites à reforma constitucional desde que fosse viabilizada a participação direta do povo, outorgando à reforma um caráter legitimador.

Quanto à necessidade de participação popular no processo de revisão Constitucional, IngoWolfgang SARLET, com fundamento nos ensinamento de Vital MOREIRA, entende que o argumento da soberania popular também se revelaria falho considerando que em um Estado Democrático de Direito, a soberania popular deveria ser exercida nos limites constitucionais, pois a Constituição existiria para regular o processo democrático e o próprio exercício da soberania popular.

Quanto à classificação, CANOTILHO²⁵⁷ leciona que os limites materiais podem ser ainda considerados *inferiores* e *superiores*. Por limites *inferiores* busca entender se, em um momento de revisão, poderia o constituinte derivado incluir ou excluir qualquer matéria no texto constitucional. Neste aspecto, alega o autor, que o limite *inferior* será a ideia de *reserva de constituição*.²⁵⁸ Entende que as Constituições elencam determinados

²⁵⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Poder Constituinte. In MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P.137.

²⁵⁵ MIRANDA, Pontes. *Comentários III*. Op. Cit. P. 145.

²⁵⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Op. Cit. p. 182.

²⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. Cit., P. 1064.

²⁵⁸ *Ibidem*, pgs. 1140 e 1141.

conjuntos de matérias que devem estar contemplados no texto constitucional e que se caracterizarão como sua essência. Assim, a reserva de constituição será constituída pelos princípios fundamentais que formam a estrutura do governo e o do processo político, e pelos direitos de liberdade e igualdade básicos de um cidadão.

Quanto aos limites *superiores*, o autor entende serem os limites ao poder de reforma. Trata-se do cerne da Constituição, aquilo que não poderá ser objeto de revisão. Estes limites podem ainda ser *expressos* ou *tácitos*. Os primeiros ocorrem quando há uma expressa limitação de alteração no texto constitucional, já os segundos são aqueles que, apesar de não estarem diretamente expressos, podem ser extraídos por meio da interpretação constitucional. Como exemplo, o autor apresenta a integralidade do território e a própria possibilidade de alteração das normas de revisão constitucional.²⁵⁹

Em que pese a classificação, resta observar, portanto, quais seriam estes valores considerados tão essenciais pelo constituinte de 1988 a ponto de, ponderando entre a necessidade de revisão constitucional de forma a manter a identidade constitucional e a necessidade de preservá-los, optarem pela proteção dos princípios.

Jorge MIRANDA²⁶⁰, ao realizar uma análise comparada dos textos constitucionais, identificou quais seriam estes limites materiais expressos nas Constituições ao redor do mundo, cita-se como exemplo: i) na Constituição Portuguesa identificam-se limites quanto à soberania do Estado, forma de Governo, direitos fundamentais, organização econômica, sufrágio e sistema eleitoral e separação dos poderes; ii) na Constituição Camaronesa e Argelina identificam-se limites sobre o território do Estado; iii) na Constituição Argentina, limites ao sufrágio universal; iv) na Constituição Búlgara são identificados limites aos poderes do parlamentos.

Especificamente quanto à Constituição Alemã é identificado como cláusula pétrea o princípio do Estado Democrático e Social de Direito o que acaba por abarcar, também, uma proteção aos direitos fundamentais. Nota-se, contudo, que nem todo direito fundamental poderá ser considerado como elemento essencial e conservador do Estado Democrático de Direito, pois não estão diretamente expressos nas cláusulas pétreas. Isto não significa que estejam à mercê da atuação do poder reformador, pelo

²⁵⁹ Ibidem, p. 1066;

²⁶⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. 4ª Edição. Coimbra: Coimbra, 2000. Pgs. 181 e 182.

contrário, estarão diretamente protegidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana.²⁶¹ Ainda neste sentido, Konrad HESSE²⁶²:

“com vista aos direitos fundamentais, só consideração superficial pode considerar somente o artigo 1º da Lei Fundamental como limite de modificação constitucional. Em forma igual, os direitos fundamentais de liberdade da pessoa, da liberdade de circulação, do segredo postal, inviolabilidade de domicílio, liberdade de fé e de consciência, da liberdade de opinião, reunião e associação, estão, em todo caso, como seu conteúdo essencial, subtraídos a uma modificação. O mesmo vale para o princípio da igualdade e as garantias do matrimônio, da família e da propriedade, que, todos, enformam tão decididamente a configuração da ordem atual, histórico-concreta que sua eliminação iria abolir essa ordem mesma”.

Conclui-se, portanto, que as cláusulas pétreas, além de assegurarem a imutabilidade de certos valores, preservam a identidade do projeto do constituinte originário se caracterizando como a essência deste projeto. Assim, eliminá-las, ou possibilitar tal alteração, seria enfraquecer os princípios básicos do projeto do Constituinte.²⁶³

No caso da Constituição de 1988, isto restou muito claro. O fato do constituinte originário ter tido uma excessiva preocupação com a regulamentação das matérias em nível constitucional, trouxe, também, um problema a ser enfrentado visto que teria constitucionalizado matérias que poderiam ter ficado a cargo do legislador ordinário. Diante disso, considerando que o texto acabou se tornando extenso e prolixo demais, era compreensível que passaria por reformas constantes para que pudesse manter a identidade com a sociedade. Aliás, seria impossível garantir sua integridade diante das constantes mudanças sociais, o que resta comprovado pelas 72 emendas realizadas pela Constituição e quase 3000 (três mil) propostas de emenda entre a promulgação, em 1988 e o ano de 2013.²⁶⁴

²⁶¹ MALISKA, Marcos Augusto. **O Direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2001. P. 82.

²⁶² HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 1998. P. 513.

²⁶³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Poder Constituinte. In MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P.139.

²⁶⁴ Nota-se, que, até o desenvolvimento do presente trabalho foram promulgadas 72 emendas à Constituição. O número surpreende ainda mais quando realizada uma busca por Propostas de Emendas à Constituição(PEC's), de 1988 até 2013, obtém-se o número de 2929. Disponível em Câmara dos Deputados:

http://www.camara.leg.br/sileg/Prop_lista.asp?sigla=PEC&Numero=&Ano=&Autor=&OrgaoOrigem=todos&Comissao=0&Situacao=&dtInicio=01%2F01%2F1988&dtFim=01%2F10%2F2013&Ass1=&co1=+AND+&Ass2=&co2=+AND+&Ass3=&Submit=Pesquisar&Relator=&pesqCompleta=1. Acesso em 21 de Outubro de 2013.

Assim, concluiu Oscar Vilhena VIEIRA²⁶⁵ que

“o grande desafio de uma teoria das limitações materiais ao poder de reforma, dentro do quadro constitucional brasileiro, é alcançar uma interpretação de cláusulas superconstitucionais capaz de assegurar a proteção dos procedimentos democráticos de tomada de decisão, das instituições que asseguram o Estado de Direitos, e, fundamentalmente de todos aqueles direitos essenciais à realização da dignidade humana, sem desautorizar o direito de cada geração de realizar sua autonomia.”

Do ponto de vista normativo, importa analisar o que diz o artigo 60, §4 da Constituição Federal: “Não será objeto de emenda tendente a abolir: A forma federativa de Estado; O voto secreto, universal e periódico; a separação de poderes e os direitos e garantias individuais.” Para Oscar Vilhena VIEIRA²⁶⁶, trata-se de mais do que o estabelecimento de cláusulas pétreas, o constituinte teria concedido o status de superconstitucionalidade a diversos setores da Constituição. Afinal, ao traçar a característica de inalterabilidade, teria o constituinte estabelecido um grau de hierarquia superior a estas cláusulas.

Os manuais de Direito Constitucional²⁶⁷ procuram destrinchar estas cláusulas pétreas, indicando-as da seguinte maneira:

a) A forma Federativa do Estado: Não será objeto de deliberação a proposta que desvirtue o modelo federal que se caracteriza como a união de coletividades políticas autônomas. Está disposto no texto constitucional neste sentido “trata-se da união indissolúvel dos Estados, municípios e Distrito Federal”²⁶⁸ Em que pese o texto constitucional trazer os municípios estes se caracterizam como elemento do federalismo mas não como entidade federativa.²⁶⁹ Trata-se, portanto, de uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente.

Todavia, essa construção não é assim tão simples. Nem mesmo o pacto federativo parece isento de riscos de relativização quanto à sua inalterabilidade. Embora não se pretenda, de forma direta, discutir o vigor do pacto federativo em si, propostas de

²⁶⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça...* Op. Cit., p. 134.

²⁶⁶ Ibidem, p. 135.

²⁶⁷ Como, por exemplo, in Silva, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009 .

²⁶⁸ Art.1º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 de Novembro de 2013.

²⁶⁹ Silva, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Pgs. 101 e 102.

alteração constitucional podem servir a relativizá-lo ou modificá-lo, ainda que de forma transversa.

Exemplo dessa condição é a proposta de emenda à Constituição (PEC) n.233/2008. Trata-se de uma proposta de emenda à constituição com o objetivo de promover a revisão do sistema tributário nacional. É notório que o sistema tributário do Brasil se encontra dentre os mais complexos do mundo²⁷⁰. Isso reduz investimentos e a formalização, acarretando em informalidade e sobrecarga do judiciário. Neste contexto é que surge a discussão acerca da necessidade de alteração do texto constitucional no que toca à matéria tributária. A emenda pretende, em breves argumentos: a) simplificar o sistema; b) aumentar a formalidade; c) eliminar as distorções; d) desonerar determinados setores; e) eliminar a guerra fiscal e f) aperfeiçoar a política regional.

Tais objetivos pretendem ser concretizados por meio da unificação dos tributos federais criando-se o imposto sobre o valor adicionado (IVA-F) e, especialmente, a criação de um novo imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), como se sabe, tributo administrado pelos Estados. Entende-se que com a criação do novo ICMS estar-se-ia diante de uma possibilidade de por um fim à guerra fiscal hoje existente.

Em que pese a real necessidade de alteração do sistema tributário nacional, as críticas versam, especificamente, quanto à criação do novo ICMS. Isto porque, pela proposta, haveria a aniquilação da competência dos Estados para legislar sobre este imposto que corresponde a cerca de 80% das receitas tributárias estaduais, o que, por fim, implicaria na quebra do pacto federativo e consequente violação à cláusula pétrea. Este, inclusive, foi o argumento objeto de discussão no Comissão de Constituição de Justiça (CCJ)²⁷¹. Nota-se, portanto, a complexidade da discussão e os reflexos no pacto federativo.

b) A separação dos poderes: A emenda que vise suprimir a independência de um dos poderes legislativo, executivo e judiciário, ou que lhe usurpe poderes, não poderá resistir. A Constituição ainda estabeleceu que os poderes deverão ser independentes e

²⁷⁰ Em estudo realizado pelo Banco Mundial em parceria com a Pricewaterhousecoopers, identificou-se que o Brasil é recordista mundial em tempo despendido pelas empresas para cumprimento das obrigações tributárias: 2,6 mil horas por ano.

Disponível em <http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/brazil/starting-a-business/>. Acesso em 24 de Setembro de 2013.

²⁷¹ Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3F927C5EFEDA37565E427D75C7211165_node1?codteor=549622&filename=Tramitacao-PEC+233/2008. Acesso em 24 de Setembro de 2013.

harmônicos. Independentes significa: i) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros órgãos; ii) que no exercício das suas atribuições não necessite de aprovação dos demais órgãos; iii) Que haja liberdade na sua atuação, sendo respeitados os critérios constitucionais. No que se refere à harmonia, entende-se pelo trato recíproco e respeito às prerrogativas e faculdades de cada um dos poderes.²⁷²

Da mesma forma como acontece com a PEC n. 233, que parece colocar em xeque a questão da manutenção do pacto federativo, a PEC n.33/2011 pode modificar, de forma clara, a separação de poderes. Essa proposta de emenda constitucional, que tomou lugar na imprensa e nas recentes manifestações no Brasil, é um exemplo a ser explorado por indicar a dificuldade de definição e discussão dos princípios afixados no núcleo rígido da constituição. Com o objetivo de frear o ativismo exacerbado no Brasil,²⁷³ por meio da proposta se pretendem vários objetivos. O primeiro deles é alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de leis de maioria absoluta para quatro quintos. Além disso, pretende-se aumentar para quatro quintos dos membros dos tribunais quando da aprovação de súmula vinculante. Finalmente, pretende-se condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação, por maioria absoluta, em sessão conjunta do Congresso Nacional e submeter a decisão judicial acerca da inconstitucionalidade de Emendas à Constituição ao Congresso Nacional. Como se vê, tal PEC toca, necessariamente, nos limites da separação entre os poderes.

c) O voto direto, secreto, universal e periódico: Com este dispositivo, o constituinte cristalizou o voto secreto como elemento fundamental do Estado Democrático de Direito. Além disso, os mandatos não poderão ser exercidos de forma vitalícia, devendo ocorrer em eleições periódicas. O voto deve ser entendido de forma diferenciada do sufrágio. Este último pode ser ativo (direito de votar) e passivo (direito de ser votado). O voto se caracteriza, ainda, como uma função da soberania popular.²⁷⁴

d) Direitos e garantias individuais: Trata-se da proteção aos direitos e garantias necessárias ao pleno desenvolvimento do cidadão. Ou seja, não poderão ser objeto de

²⁷² Silva, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Op. Cit., pgs. 109 a 111.

²⁷³ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em 24 de Setembro de 2013.

²⁷⁴ Silva, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Op. Cit., pgs. 355 a 158.

deliberação emendas que tendam a abolir direitos e garantias individuais. Da especial relação dessa condição com a igualdade, dada a evidente ligação existente entre ela e os direitos e garantias fundamentais (justamente porque ela é fundamental para a garantia da dignidade da pessoa humana), também a igualdade está protegida como cláusula pétrea. Essa importante relação será discutida em tópico adiante.

2.2.2. Quais efeitos materiais/pragmáticos da igualdade constitucional de 1988?

2.2.2.1. Concretização da Igualdade como Reserva de Justiça.

Entendida a igualdade como cláusula pétrea, a igualdade se consubstancia em Reserva de Justiça Constitucional. E neste sentido, busca-se caminhar com a discussão sobre como se dá a realização da igualdade material conforme determinada no texto constitucional pátrio.

Em reflexão sobre este processo histórico de desigualdade e exclusão, Mariangela Belfiore WANDERLEY²⁷⁵, com fundamento nos ensinamentos de René LENOIR, afirma que o processo de exclusão não pode mais ser visto como de ordem individual, mas, sim, social, originário de um rápido e desordenado processo de urbanização, inadequação educacional, desigualdade de renda e de acesso aos serviços. Em pesquisa realizada na cidade de São Paulo, Aldaíza SPOSATTI revela que a exclusão atinge níveis econômicos, culturais, políticos e étnicos. Para a pesquisadora: “não se trata de um processo individual, embora atinja pessoas, mas de uma lógica que está presente nas várias formas de relações econômicas, sociais, culturais e políticas da sociedade brasileira”²⁷⁶.

De acordo com o relatório da Organização das Nações Unidas o Brasil teria diminuído de 17,2% em 1990, para 6,1% em 2009²⁷⁷ o nível de desigualdade, contudo, em que pese tal redução, continua sendo o 4º país mais desigual da América Latina.²⁷⁸ Ainda com fundamento no relatório das Nações Unidas, extrai-se que “no Brasil, pelo

²⁷⁵ WANDERLEY, Mariangela Belfiore. Refletindo sobre a noção de exclusão. In SAWAIA Bader (Org.) **As artimanhas da exclusão**. 11ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011. P. 17.

²⁷⁶ SPOSATTI, Aldaíza. **Mapa da Exclusão/Inclusão na cidade de São Paulo**. São Paulo, EDUC.

²⁷⁷ Disponível em Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR2013%20Report%20Portuguese.pdf>. Acesso em 21 de Outubro de 2013.

²⁷⁸ Disponível em Revista Exame: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/brasil-e-4o-pais-mais-desigual-da-america-latina-aponta-onu>. Publicado em 25 de Abril de 2013. Acesso em 21 de outubro de 2013.

menos um quarto das desigualdades de remuneração estão associadas às situações dos agregados familiares, como o sucesso escolar, a raça ou a etnia, ou o local de nascimento dos pais.” E segue: “desigualdade e a exclusão agravam-se quando os excluídos e aqueles que beneficiam em último lugar da distribuição não possuem, politicamente, uma voz que lhes permita obter compensação. As sociedades mais igualitárias e justas, essenciais para um progresso humano gratificante e sustentável, exigem, por isso, maior representatividade e participação política, bem como uma maior responsabilização dos governos.”²⁷⁹

Nesse sentido é que se entende, retomando os aspectos levantados por WANDELEY, que a exclusão deve ser vista como um fenômeno multidimensional, que, apesar de estar diretamente relacionada com a pobreza, ainda pode ser entendida das seguintes formas: i) pela “desqualificação”, qual seja o processo identificado por PAUGMAN²⁸⁰ que está relacionado a fracassos e sucessos da integração do indivíduo, especialmente no ambiente de trabalho; ii) pela “desinserção”, que é o processo inverso ao da integração desenvolvido por GAUJELAC e LEONET²⁸¹ e que implica que o próprio sistema de valores de uma sociedade acaba criando os “fora da norma”, ou aqueles que não possuem “utilidade social”; iii) pela “desafiliação”, ou a ausência do vínculo societal ou da insuficiência dos recursos materiais; iv) pela “apartação social”, critério proposto por Cristóvão BUARQUE²⁸² caracterizado por uma forma de intolerância social por meio do qual o outro é apartado, não por ser desigual, mas por não ser semelhante; v) pela “privação de poder de ação e de representação”, que implica a falta de acesso aos serviços públicos e dificuldade pela de se sentir representado.

Veja-se, portanto, que os níveis de desigualdade podem encontrar respaldo em diferentes aspectos da sociedade humana. Por isso, a busca pela igualdade, como já alertava Amartya SEN, deve ser encarada como uma conjuntura de fatores que envolvem a emancipação humana. Nesse sentido, a realização da igualdade é um processo muito mais complexo do que aquele desenhado pela simples “igualdade diante da lei”. Afinal, a desigualdade natural é tanto uma realidade quanto uma necessidade – fossem todos absolutamente iguais e quisessem as mesmas coisas, então não seria

²⁷⁹ Disponível em Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR2013%20Report%20Portuguese.pdf>. Acesso em 21 de Outubro de 2013. P. 38.

²⁸⁰ PAUGMAN, S. *L'a exclusion l'état de savoir*. Paris: La découverte, 1996.

²⁸¹ DE GAUGELAC, Vincent; LEONETTI, Isabel Taboada. *La lutte de places*. Marseille, ÉPI “Hommes et perspectives” et Paris, Désclée de Brouwer

²⁸² BUARQUE, Cristóvão. *A revolução das prioridades*. Instituto Estudos Econômicos (INESC). 1993.

possível que a sociedade se desenvolvesse a partir da especialização necessária à evolução²⁸³. Nesse sentido, a diferença – e o tratamento diferenciado pela lei, na forma clássica segundo a qual “o igual deve ser tratado igualmente e o desigual, desigualmente” – é uma necessidade e uma benesse. Assim, o Direito precisa também reconhecer essa condição e ampliar a noção da igualdade para além da mera aplicação igual do direito, ou *igualdade formal*. O direito está submetido a uma igualdade que diz respeito também ao seu conteúdo, ou seja, a uma *igualdade material*²⁸⁴.

Parece efetivamente ter existido uma mudança substancial no sentido da igualdade. Se originalmente ela se confundia com uma vertente mais formal, referida apenas com o “princípio objetivo da prevalência da lei²⁸⁵” que implicava a obediência pelas autoridades da imperatividade normativa e, portanto, o controle da administração pela limitação do arbítrio, a igualdade contemporaneamente assumiu um caráter muito mais completo e condizente com uma Constituição que se pretende cidadã. Atualmente, é de se falar em um processo de “igualdade através da lei”, vinculada a uma forma de Estado Social²⁸⁶.

Nem poderia ser diferente. Diante de uma sociedade profundamente desigual, a moderna democracia deve ser ao mesmo tempo igualitária e inigualitária, permitindo o “nivelamento até um certo ponto, mediante distribuições desiguais; afora isso, redistribuições inigualitárias²⁸⁷”. Assim, o princípio da igualdade é também um “meio de aperfeiçoamento da igualdade através da eliminação das desigualdades fáticas²⁸⁸”.

A socialização humana, que é responsável pelo entendimento social capaz de constituir um Estado democrático, obviamente pressupõe um espaço público construído entre humanos minimamente iguais. O debate público – e, nesse sentido, a própria linguagem política – apenas é possível entre pessoas que se encontrem minimamente equiparadas, evitando-se a “estranheza proveniente do hiato que separa a miséria da riqueza, que dificulta o agir conjunto²⁸⁹”.

²⁸³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*... Op. Cit., p. 397.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 399.

²⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Segunda edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 381.

²⁸⁶ *Idem*.

²⁸⁷ OPPENHEIM, Felix E. Igualdade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Quinta edição. Volume I. Brasília: Editoria Universidade de Brasília, 2000, p. 605.

²⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*... p. 383.

²⁸⁹ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*...Op. Cit. p. 152.

Assim, embora a realização de direitos de liberdade possa ser garantida de forma mais ou menos igualitária a partir de uma simples prescrição normativa, direitos sociais e econômicos padecem de uma condição muito mais delicada. Afinal, nos exemplos de BOBBIO, “com relação ao trabalho, são relevantes as diferenças de idade e de sexo; com relação à instrução, são relevantes diferenças entre crianças normais e crianças que não são normais; com relação à saúde, são relevantes diferenças entre adultos e velhos²⁹⁰”. Daí ser fundamental a atuação estatal diferenciadora no sentido de permitir a construção do espaço público igualitário pela equiparação dos cidadãos. A cidadania, portanto, não se resume à representação política ou à liberdade diante do Estado, mas, também, a um certo direito de equiparação mínima aos demais que permita o debate democrático e a construção, portanto, do Estado democrático, social e constitucional de direito. Daí se dizer que “o princípio da igualdade não é apenas um *princípio do Estado de direito* mas também um princípio de *Estado social*²⁹¹”.

Tais dados, portanto, se refletem como essenciais para compreensão da realização da igualdade e como não poderia ser diferente, encontram-se espelhados no texto da “Constituição cidadã”.

Seguindo os ensinamentos de Oscar Vieira VILHENA²⁹², a Constituição Federal de 1988 teria adotado a meritocracia como critério de distribuição de direitos, especialmente no que tange ao direito de propriedade. Isso porque o mérito seria compatível com a ideia de liberdade, ou seja, os indivíduos seriam livres para tomar suas próprias decisões.

Contudo, em que pese o mérito flertar com o ideal igualitário, como visto acima, não parece suficiente considerá-lo como critério único de distribuição de recursos, visto que o mérito somente poderia ser considerado como critério se as pessoas estivessem em igualdade de condições²⁹³. Neste sentido, teria a Constituição adotado outros critérios de distribuição, o primeiro deles seria a *universalização* de alguns recursos públicos como a educação básica e a saúde, neste sentido dispõe os artigos 196²⁹⁴,

²⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos...* Op. Cit., p. 86.

²⁹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* OP. Cit., p. 430.

²⁹² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais – Uma leitura da Jurisprudência do STF...* Op.Cit., 292.

²⁹³ Ibidem, p. 294.

²⁹⁴ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação;”

205²⁹⁵ e 208. *In verbis*, o artigo 208, pois a leitura do texto do artigo demonstra às claras essa opção constitucional:

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;
II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.
§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.
§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.
§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.”

Veja-se que o acesso universal significa que todos (independentemente do mérito ou necessidade) devem ter igual garantia de acesso ao benefício da educação – e que isso é uma obrigação imposta ao Estado. Trata-se, segundo o autor, da esfera mais extrema do igualitarismo, que desconsidera qualquer diferença entre as pessoas.

Outro aspecto eleito pelo constituinte de 1988 teria sido a *necessidade*. Por meio deste critério entende-se que a cada um seja dado de acordo com a sua necessidade, o que vincula a noção de igualdade a uma realidade razoavelmente recente na noção de direitos humanos, qual seja a noção de *especificação*. Segundo BOBBIO, essa condição “consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos”, de forma que “com relação ao abstrato sujeito ‘homem’, que já encontrara uma primeira especificação no ‘cidadão’ [...], fez-se valer a exigência de responder com nova especificação à seguinte questão: que homem, que cidadão?²⁹⁶”.

Um exemplo seria a especificidade que deve ser dada à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física, menções a diversos grupos e minorias que abundam na Constituição de 1988 – e que se tornam especialmente sensíveis por conta de vinculações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro. Segundo VIEIRA,

²⁹⁵ “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

²⁹⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Op. Cit., p. 78 e 79.

em que pese a Constituição estar longe de adotar a formulação de distribuição proposta por RAWLS, toda essa construção demonstra que o texto constitucional teria buscado uma conciliação entre o mérito e a necessidade.²⁹⁷

Pressupor ainda a distribuição por meio da necessidade, importa adentrar no aspecto das ações afirmativas como realização da igualdade.

Como se identificou, a sociedade brasileira lutou em 1988 (e ainda continua lutando) para que se possa erradicar a miséria, diminuir as desigualdades de forma a promover a emancipação humana e, conseqüentemente a igualdade. Nesta esteira, surge, portanto, a necessidade de aplicação de *ações afirmativas no Brasil*. Ações afirmativas se caracterizam, nas palavras de Álvaro Ricardo de Souza CRUZ²⁹⁸, como “uma necessidade temporária de correção dos rumos da sociedade, um corte estrutural na forma de pensar, uma maneira de impedir que relações sociais, culturais e econômicas sejam deterioradas em função da discriminação”. Já para Renata Malta VILLAS-BÔAS²⁹⁹, são “medidas temporárias e especiais, tomadas ou determinadas pelo Estado, de forma compulsória ou espontânea, com o propósito específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade”.

A autorização constitucional para sua utilização pode ser encontrada no próprio artigo 3º, III, que se repisa: “Constituem objetivos da República Federativa do Brasil: i) Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. ii) Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idades e quaisquer outras formas de discriminação”.

Assim, as ações afirmativas estão longe de serem entendidas como “esmolas” ou clientelismo, mas, sim, devem ser entendidas como caracterizadoras de uma condição essencial ao Estado Democrático de Direito. Obviamente, a aplicação dessas medidas deve ser feita de forma correta e constitucionalmente fundamentada, impedindo-se que a opção por uma ação afirmativa se manifeste como um poder absoluto capaz de promover a desigualdade ao invés da igualdade.

Neste sentido, busca-se no clássico livro sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade de Celso Antônio Bandeira de MELLO, a compreensão de como se dariam estes limites de atuação em uma discriminação positiva.

²⁹⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais – Uma leitura da Jurisprudência do STF...* Op. Cit., p. 299.

²⁹⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *O Direito à diferença*. 2ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2005. P. 134.

²⁹⁹ VILLAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. P. 29.

Apresenta o autor que “qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório”³⁰⁰. Contudo, o ponto principal será o fato de que para que as discriminações sejam constitucionais, estas devem ser compatíveis com a cláusula igualitária e somente podem existir quando houver uma correlação lógica entre a peculiaridade diferencial que se elegeu com a desigualdade de tratamento instituída.

Assim, o autor segue apresentando que somente sendo respeitados os três aspectos a seguir é que se poderia chegar à análise correta do problema, são eles: i) o primeiro diz respeito ao elemento tomado como fator de desigualação; ii) o segundo reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diferenciado; e iii) o terceiro atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados³⁰¹. Em outras palavras, primeiramente tem-se que investigar aquilo que é adotado como critério discriminatório, para então analisar se existe fundamento lógico para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir um tratamento jurídico diferenciado. Por fim, deve-se analisar se concretamente haverá correlação ou fundamento racional com os valores constitucionais.

Retomando-se o primeiro aspecto, entende-se que dois requisitos elencados são essenciais para se justificar o *elemento tomado como fato de desigualação*: i) a lei não pode criar um critério tão específico que singularize o sujeito a ser impactado pelo regime peculiar; ii) nenhum elemento estranho à pessoa, coisa ou situação a serem discriminados poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferenciados. Por exemplo, a lei não pode tomar como fator de discriminação o tempo ou data.³⁰²

Quanto à *correção lógica entre o fator de *discrímen* e a *desequiparação procedida**, o ponto crucial reside na investigação se aquilo que é eleito como fator discriminatório possui uma justificativa racional para atribuir um tratamento diferenciado em função da desigualdade. A discriminação não pode ser gratuita ou fortuita³⁰³.

Por fim, identificou-se, ainda, a necessidade de que haja *consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição*. Isso significa dizer que a lei não poderá criar fatores de discriminação que estejam em desconformidade com os

³⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. Cit., p. 17.

³⁰¹ Ibidem, p. 21.

³⁰² Ibidem, p. 23 a 33.

³⁰³ Ibidem, pgs.37 a 40.

valores constitucionais. Um exemplo dado pelo autor seria a criação de favores restritos a grupos estrangeiros em detrimento dos nacionais. Mesmo que houvesse uma correção lógica e justificativa racional, isto seria contrário ao preceito constitucional de proteção dos nacionais.³⁰⁴ Estabelecendo-se tais parâmetros pode-se entender pela realização da igualdade de forma constitucional através dessa espécie de medida.

2.2.2.2. As dimensões da igualdade constitucional brasileira: uma “igualdade tridimensional”?

Finalmente, outra determinação constitucional importante dá conta da vinculação nacional à construção da igualdade material. A adoção expressa no texto constitucional do conceito de dignidade da pessoa humana implica a necessidade de que o Estado brasileiro se estruture sempre no sentido da garantia de um mínimo essencial ao indivíduo, permitindo-lhe a existência com cidadania

De fato, a Constituição Federal, especialmente, no afã de se tornar um instrumento humanizador e garantidor do indivíduo, com o caráter compromissório que lhe é reconhecido³⁰⁵, abarcou a noção de dignidade já no seu artigo 1º, inciso III, indicando que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é, efetivamente, a “dignidade da pessoa humana”.

De inspiração internacional, posto que figurou inicialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a expressão foi internalizada por um sem-número de instrumentos constitucionais. Seu conteúdo é amplíssimo e envolve a garantia de direitos que compõem o que comumente se referem às gerações ou dimensões dos direitos humanos: direitos negativos, prestacionais e de solidariedade. Tal princípio, nas palavras de BARROSO,

“expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física indispensável ao desfrute dos direitos em geral³⁰⁶”.

³⁰⁴ Ibidem, pgs. 41 a 43.

³⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 65.

³⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...* P. 253.

Embora seja debatida a relação de todos os direitos fundamentais com a noção da dignidade³⁰⁷, de certa forma, ainda que de por vezes indiretamente, a dignidade da pessoa humana é capaz de servir à colmatação de lacunas no modelo nacional de direitos fundamentais³⁰⁸, operando tanto como um critério hermenêutico importante para a norma quanto como uma diretriz de atuação para o legislador.

De qualquer forma, parece certo acreditar que a igualdade no modelo constitucional nacional, especialmente porque se vincula à noção de dignidade da pessoa humana, opera-se em três dimensões indissociáveis: o aspecto de tratamento igualitário diante da lei, condicionado especialmente pela participação política que constitui a soberania nacional e garante o viés democrático no exercício do poder; o aspecto da igualdade através da lei, que se relaciona diretamente com os direitos sociais e econômicos; e, finalmente, em uma dimensão de construção da coesão social, determinada especialmente pelo reconhecimento dos direitos de solidariedade que vinculam os cidadãos e dão coesão estrutural legitimante ao Estado democrático de Direito.

No que toca à primeira dimensão, a igualdade não pode ser dissociada de uma noção de liberdade civil e política. Como resta evidenciado, a igualdade diante da lei, ou aquela comumente reconhecida como igualdade formal, é um imperativo fundamental para a construção de um Estado democrático de Direito. Embora não seja a única forma pela qual a igualdade se manifesta, é certamente a mais evidente: o legislador não pode fazer diferenciações descabidas entre os cidadãos e não pode permitir discriminações que não encontrem fundamento que as justifique.

De fato, não parece ser possível imaginar uma existência com dignidade em um ambiente político que negue a isonomia: onde possa existir tratamento discriminatório arbitrário constituindo, por exemplo, “a escravidão, a discriminação racial, perseguições em virtude de motivos religiosos, etc.”³⁰⁹, a existência digna não ocupa espaço. É nesse sentido, segundo SARLET, que a existência com dignidade implica o reconhecimento da “liberdade de consciência, de pensamento, de culto, na proteção da intimidade, da honra, da esfera privada, enfim, tudo o que esteja associado ao livre desenvolvimento da personalidade, bem como ao direito de autodeterminação sobre os assuntos que dizem respeito à sua esfera particular, assim como à garantia de um espaço privativo no âmbito

³⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., 72.

³⁰⁸ Ibidem, p. 70.

³⁰⁹ Ibidem, p. 104.

do qual o indivíduo se encontra resguardado contra ingerências em sua esfera pessoal³¹⁰”.

Ora, dado o fato de que a existência humana é variada e não se reduz a um denominador comum de escolhas, a igualdade desses direitos passa a ser um imperativo para a própria existência constitucional do Estado brasileiro que deverá respeitar, igualmente, todas as opções pessoais dos cidadãos que não violem a lei, construída a partir de restrições proporcionais à dignidade.

Assim desenhada, a igualdade serve de controle do próprio administrador e garante que o Estado “tratará igualmente os iguais”, constituindo-se um dos fundamentos do modelo democrático e fundamentando a ordem soberana. De fato, “não se pode desconsiderar, neste contexto, que a liberdade e a igualdade são noções indissociáveis da dignidade de cada pessoa humana, justificando – como já visto – o reconhecimento de direitos fundamentais diretamente vinculados à proteção das liberdades pessoais e da isonomia³¹¹”.

Mais complicada é a questão da igualdade material, pois essa condição está ligada diretamente aos direitos sociais e econômicos e, obviamente, à sua realizabilidade. TORRES identifica uma mudança na doutrina nacional dos direitos fundamentais construída nos anos noventa a partir da relativização da ideia de indivisibilidade dos direitos humanos, segundo a qual os direitos sociais seriam colocados na mesma medida dos direitos de liberdade³¹². A discussão da questão no exterior produziu variadas mudanças de posição frente ao reconhecimento de que os direitos sociais não seriam exequíveis individualmente e, mesmo, seriam insuscetíveis de controle jurisdicional. Essa mudança de posicionamento, sobretudo no plano nacional, abriu a possibilidade para a construção e afirmação da noção de mínimo existencial e de toda a discussão que dessa temática se origina. Segundo o autor, por fim, parece certo que, no Brasil, passou-se a reconhecer que direitos sociais são direitos fundamentais. Mas, citando VILLEY, também é certo que essa parece ser a busca pela “*quadratura do círculo*³¹³”, produzindo muito mais problemas do que soluções³¹⁴.

³¹⁰ Idem.

³¹¹ Ibidem, p. 109.

³¹² TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008. Pgs.. 72-73.

³¹³ VILLEY, Michel. O Direito e os Direitos Humanos. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 8.

³¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. Op. Cit. p. 76.

Não é de se duvidar que o tratamento dispensado aos direitos sociais e econômicos pela Constituição Federal de 1988 é pouco coeso. Todavia, não se pode ignorar que a relação desses direitos com o mínimo existencial é íntima e evidente, como já se disse anteriormente. De fato, como reconhecido por BACHOF, segundo SARLET e FIGUEIREDO, o princípio da dignidade da pessoa humana vai além da liberdade, envolvendo um mínimo de segurança social identificado pelos recursos materiais necessários a uma existência digna, o que acabou reconhecido, inclusive, pela experiência jurisprudencial superior alemã³¹⁵.

Embora seja óbvio que o conteúdo desse mínimo existencial é também ele variável segundo o “padrão socioeconômico vigente”, não se pode discutir que se trata de uma evidente barreira à pobreza absoluta e é o que implica a obrigação nacional de combate e erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais indicada no artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal. Ainda na linha indicada por SARLET e FIGUEIREDO³¹⁶, na Alemanha, tal mínimo existencial teria duas partes: o mínimo existencial fisiológico (sobrevivência, fundado no direito à vida e dignidade humana) e o mínimo existencial sociocultural (inserção social – fundado no princípio do Estado Social e da igualdade). Assim, o mínimo existencial não corresponde apenas à sobrevivência, sendo muito maior do que isso.

Parece claro, portanto, que mesmo não determinado expressamente, o mínimo existencial é garantido constitucionalmente pelo reconhecimento do direito à vida (fisiológico) e do direito à dignidade (sociocultural), mas também de muitos outros direitos indicados no texto constitucional nacional. Daí a definição de SARLET e FIGUEIREDO de que o mínimo existencial, no seu núcleo essencial, é “todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável³¹⁷”.

Por conta disso, o próprio reconhecimento da igualdade implica, obrigatoriamente, como apresentado por ARENDT e LAFER anteriormente, o afastamento das desigualdades materiais através da lei, na diminuição do hiato que separa a miséria da riqueza³¹⁸. Isso implica, portanto, a permissão de existência de

³¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: alguma aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 (p. 11-53), p. 19.

³¹⁶ Ibidem, p. 21.

³¹⁷ Ibidem, p. 25.

³¹⁸ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos...Op.Cit.,*, p. 152.

condições mínimas de dignidade ao cidadão – o que certamente também implica a criação de diferenciações e que justifica a vinculação do sistema constitucional nacional à erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais, como determinado no artigo 3º, inciso III, da Constituição de 1988.

Como se viu, o Estado precisa garantir um mínimo de condições ao cidadão para que se desenvolva capaz de fazer suas escolhas. Para tanto, é necessária a concessão de uma série de direitos sociais que tem um custo altíssimo: educação, saúde e segurança, por exemplo, demandam recursos e investimento. E, como se sabe, as receitas são escassas. Em suma, o problema, como se pode imaginar, se materializa em como custear a construção da igualdade perante a lei. Isso envolve a arrecadação de tributos, especialmente, mas também o custeio das necessidades crescentes do Estado demanda uma nova racionalização dos tributos³¹⁹.

Enfim, “quem paga a conta dos gastos realizados é a própria sociedade, seja diretamente, através dos tributos pagos na condição de contribuinte, seja indiretamente, na aquisição de bens ou serviços, nos quais estes se encontram. O Estado é financiado por tributos, pagos de forma desigual entre as pessoas³²⁰”. Fato é que existe uma obrigação de contribuição à construção de um Estado democrático de Direito que, sempre com base na lei, implica a necessidade de que todos os cidadãos participem da construção da cidadania – e, como se sabe, na medida da sua capacidade contributiva.

Importa lembrar que essa obrigação, embora pareça ignorada em tempos de reconhecimento de direitos, mas não de obrigações, é inafastável na composição do Estado. Isso parece evidenciado no preâmbulo do texto constitucional pátrio “...destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...” e corresponde à existência lógica dos direitos e garantias fundamentais. Mas, mais do que isso, essa obrigação vem reconhecida como intimamente ligada aos direitos humanos. A Convenção Americana de Direitos Humanos (o Pacto de São José da Costa Rica) indica que existe uma importante correlação entre direitos e deveres que implica que toda pessoa tem deveres para com

³¹⁹ Para uma interessante análise da evolução do relacionamento direto existente entre tributação e condições econômicas, ver MESSERE, Ken. *Half a Century of Changes in Taxation*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, ago/set, 1999 (p. 340-365)

³²⁰ SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos Direitos Sociais no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coord.). **A Eficácia dos Direitos Sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009 (p. 22-42), p. 26.

sua família, comunidade e humanidade, sendo seus direitos limitados pelas exigências do bem comum³²¹. De seu turno, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem é ainda mais expressa ao indicar que: “Toda pessoa está obrigada a cooperar com o Estado e com a coletividade na assistência e previdência sociais, de acordo com as suas possibilidades e com as circunstâncias³²²” e, especialmente, que “Toda pessoa tem o dever de pagar os impostos estabelecidos pela Lei para a manutenção dos serviços públicos³²³”.

O que se vê, portanto, é a vinculação a uma obrigação que amonta à solidariedade indicada por ROSANVALLON trazido na primeira parte do capítulo segundo do presente trabalho. Ao fazer com que toda a sociedade participe do custeio dos direitos negativos ou prestacionais, o texto constitucional constringe o cidadão ao reconhecimento das necessidades de outros cidadãos e à obrigação de custeio da construção da dignidade humana. Aliás, note-se, o sistema nacional chega a se utilizar do próprio sistema penal (reconhecendo um grande número de crimes tributários) para obrigar o contribuinte ao pagamento de impostos.

Essa condição, portanto, implica ainda o reconhecimento de que a construção da igualdade no texto constitucional brasileiro ultrapassa a dimensão dúplice de igualdade diante da lei e de igualdade material. A obrigação de custeio dessas duas dimensões da igualdade pela comunidade em geral, condição fundamental para a conformação de um Estado democrático e social de Direito, determina o reconhecimento de que existe uma terceira dimensão da igualdade nacional: a solidariedade. A igualdade constitucional, portanto, pode ser indicada como tridimensional.

De qualquer forma, as consequências dessa construção serão analisadas no próximo capítulo, onde se discute a igualdade dentro do Direito Tributário.

2.3 Conclusões do Capítulo

No primeiro capítulo foram delineados alguns acontecimentos históricos que contribuíram para a definição da igualdade nos dias de hoje. Todavia, restava ainda necessário adentrar em um campo ainda mais complexo, qual seria, a busca pelas teorias que procuram compreender a igualdade dentro de uma perspectiva da teoria da justiça.

³²¹ “Artigo 32 - Correlação entre deveres e direitos: 1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade; 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática”.

³²² Artigo XXXV da Declaração.

³²³ Artigo XXXVI da Declaração.

Para tanto, buscou-se em autores como John RAWLS, Ronald DWORKIN, Amartya SEN e Pierre ROSANVALLON o sentido da igualdade material e como ela poderia ser realizada.

Assim, em um primeiro momento, focou-se na noção de igualdade baseada em satisfação das necessidades e bens primários como propõe RAWLS. Para o autor, os fatores que afetam diretamente a perspectiva de vida dos cidadãos seriam i) classe social de origem; ii) talentos naturais e a oportunidade que possuem de desenvolver tais talentos e sua iii) boa ou má sorte no decorrer da vida, ou seja, doenças, desemprego. Neste sentido, acredita que os cidadãos somente conseguiriam eleger os princípios básicos e reguladores da vida se estivessem encobertos pelo véu da ignorância, ou seja, em uma situação na qual não estivessem influenciados por estes fatores. Neste sentido, entende que dois seriam os princípios básicos de sua teoria: O *primeiro* deles garante que “cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades básicas iguais para todos, que seja compatível com um mesmo sistema de liberdade para todos”. O *segundo* garante que “as desigualdades sociais e econômicas devam satisfazer a duas condições: i) elas devem primeiro ser ligadas a funções e a posições abertas a todos, em condições de justa (*fair*) igualdade de oportunidades; ii) devem proporcionar o maior benefício aos membros mais desfavorecidos da sociedade.

Na sequência do trabalho o objetivo foi de esclarecer o ideal de igualdade em DWORKIN que entende pela necessidade de que as pessoas devem dispor de recursos necessários para que possam realizar suas escolhas pessoais. Neste sentido, diferentemente do que propõe RAWLS, acredita que esta divisão ocorre entre os cidadãos no mundo real. Para exemplificar tal situação, cria uma situação hipotética, o leilão em uma ilha de naufragos. Por meio desta situação, DWORKIN procura demonstrar que a justiça distributiva se fundamenta em dois princípios básicos: i) escolha e ii) responsabilidade.

Feitos estes esclarecimentos quanto a teoria de DWORKIN, adentrou-se, então, na perspectiva trazida por Amartya SEN no sentido de que a igualdade se manifesta a partir das demandas dos cidadãos. Para isso, foca no desenvolvimento das capacidades, naquilo que os indivíduos são capazes de produzir e em como remover os obstáculos que impeçam que o cidadão tenha uma vida que considere valiosa.³²⁴

³²⁴ Oliveira, Fábio. Op. Cit., p. 55.

Por fim, buscou-se na teoria de ROSANVALLON uma outra alternativa à concepção da igualdade que não fosse focada na Filosofia das Desigualdades (como o próprio autor descreve). Entende que o bom modelo de uma sociedade de iguais seria aquela na qual os indivíduos a construíssem conjuntamente. Acredita ROSANVALLON na reconstrução do laço social fundado em três princípios, na singularidade, reciprocidade e comunidade. Ou seja, busca a construção de uma sociedade igualitária na qual o foco deixa de ser unicamente os interesses individuais para serem considerados os sociais.

Estabelecidos os contornos destas teorias, o objetivo foi trazer a discussão para o âmbito nacional. Para isso, realizou-se uma análise da igualdade no texto constitucional pátrio. Na segunda parte do segundo capítulo procurou-se entender como a busca pela igualdade permeou o texto constitucional da Constituição Brasileira de 1988.

O que se percebeu é que, em um modelo Constitucional democrático como o brasileiro, a condição de igualdade vem reconhecida como condição essencial de existência, especialmente porque está intimamente ligada ao reconhecimento e exercício dos direitos fundamentais. Percebeu-se, ainda, que o constituinte preocupou-se em instituí-la em dois aspectos, tanto formal quanto material e ao realizar uma leitura sistemática do artigo 3º, que identifica os objetivos da República, com o artigo 5º que trata dos direitos fundamentais, identificou-se que a noção de igualdade assumiu uma posição de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

Assim, ao se compreender a igualdade como aspecto fundamental ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito brasileiro, cumpriu esclarecer que a igualdade deve ser entendida como cláusula pétrea, se caracterizando, portanto, como uma cláusula de reserva de justiça. Neste sentido, buscou-se desenvolver o conceito de mutação constitucional, em seus limites formais e materiais bem como demonstrar a complexidade em estabelecer os seus contornos.

Por fim, como não poderia ser diferente, cumpriu exemplificar que a noção de igualdade caminha, *pari passu* com a dignidade da pessoa humana, dignidade esta que deve ser compreendida, como bem apresentou BARROSO, na liberdade, igualdade, garantia ao mínimo existencial bem como a solidariedade. Neste sentido, parece que a igualdade pode ser compreendida em uma visão tridimensional, quais sejam: i) primeira dimensão associada à noção de liberdade civil e política; ii) segunda dimensão associada aos direitos sociais e garantia ao mínimo existencial e, por fim iii) terceira dimensão associada à solidariedade.

Feitos estes esclarecimentos quanto à igualdade no texto constitucional, cumpre, por fim, realizar a análise de como a igualdade impacta o Direito Tributário Brasileiro.

3. Igualdade no Direito Tributário.

Como conclusão da leitura dos capítulos anteriores, viu-se que a luta pela igualdade passou por diferentes períodos. Com os ventos liberais, a busca era pela garantia da igualdade formal aos indivíduos. Tratou-se da tentativa de conter os privilégios existentes até então. Já com o nascimento do Estado providência, percebeu-se que tal igualdade não restaria suficiente, seria, portanto, necessário buscar a concretização de direitos considerados essenciais à emancipação humana, o que culminou com as conquistas pela igualdade material. Pois bem, quanto ao direito tributário, os reflexos gerados pela busca da igualdade se fundamentam no mesmo processo.

Historicamente a tributação é a conhecida maneira de repartição dos gastos públicos³²⁵. Contudo, se hoje seu fundamento se consubstancia na necessidade de financiamento de um Estado Democrático que Direito que tem no seu âmago a garantia dos direitos fundamentais, trata-se de uma conquista do pós-guerra. Tem-se historicamente que os fundamentos da tributação se consubstanciavam muito mais em um ato de poder para manutenção do *status quo* do que no financiamento de direitos a serem garantidos pelo Estado, afinal, foi somente no pós-guerra que o discurso de garantia dos direitos fundamentais ganhou força.

Quanto ao aspecto da elaboração e aplicação da lei tributária também não foi diferente. A conquista do conceito de capacidade contributiva (que entende-se essencial ao processo de tributação, como será melhor apresentado na sequência) é recente na história. Tudo isso demonstra a dificuldade em se estabelecer os limites e garantias ao contribuinte.

Diante deste cenário apresentado, no presente capítulo procura-se identificar os reflexos gerados pela conquista da igualdade no âmbito do Direito Tributário brasileiro, seja em âmbito formal e, também, no seu aspecto de solidariedade (entendido como o terceiro aspecto da igualdade como concluído no final do segundo capítulo) que será de suma importância para o fundamento da cobrança de tributos. Para tanto, inicia-se com uma conformação histórica da cobrança de tributos desde a época do Brasil-colônia até a promulgação da Constituição de 1988.

³²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. V. II, Valores e Princípios Constitucionais Tributários, Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P.181.

A partir de então, objetiva-se entender os reflexos da igualdade em *dois momentos* do Direito Tributário:

i) *Primeiramente* como fundamento de cobrança do tributo: Ao entender o Estado como Democrático de Direito, verifica-se que em seu cerne encontra-se a garantia dos direitos fundamentais. Tratam-se dos direitos que, como visto no capítulo anterior, buscam a realização da igualdade na sociedade. Assim, para que possam ser realizados, dependerão do financiamento por parte da sociedade, com fundamento, também, na solidariedade.

ii) No *segundo* momento realiza-se a análise dos reflexos da igualdade na elaboração e aplicação da lei tributária. Para tanto, busca-se no texto constitucional pátrio (especificamente no parágrafo primeiro do artigo 145 e no artigo 150 que tratam, respectivamente, do instituto da capacidade contributiva, bem como das limitações ao poder de tributar), as garantias desta igualdade. Apoia-se, neste momento, na teoria de Humberto ÁVILA³²⁶ entendendo pela separação entre a igualdade particular e igualdade generalista no direito tributário.

Feitos tais esclarecimentos, o objetivo final será de entender o processo de concessão de *isenções tributárias* e sua relação com a igualdade, no sentido aplicado neste trabalho.

Para tanto, resgata-se a expressão utilizada por Ricardo Lobo TORRES para se realizar uma investigação acerca dos *privilégios odiosos* e verificar se a concessão das isenções em âmbito federal está respeitando os limites constitucionais ou se a utilização do instituto, ao contrário do que preconiza seu fim, qual seja, a calibração dos efeitos da tributação, está sendo utilizado como um instrumento de concessão de privilégios sem limites.

Para se compreender a isenção, busca-se então o seu fundamento na doutrina pátria. Partindo da premissa de que a concessão da isenção se configura como o outro lado da moeda do poder de tributar, ou seja, a rigor, o ente político que tem competência para tributar, também o teria para isentar, faz-se necessário um breve retorno ao conceito de competência tributária para, então, entender a isenção diferenciando-a como a) dispensa legal do pagamento e b) hipótese de não incidência tributária.

Feitas tais considerações, o que se pretende, por fim, é aplicar os parâmetros da teoria vislumbrada por Humberto ÁVILA, quanto à igualdade particular, na concessão

³²⁶ Ávila, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008.

das isenções. Além disso, entende-se que, aliada à noção de igualdade, a concessão da isenção deve compor o planejamento estatal de forma que haja um alinhamento entre orçamento e concessão de isenções.

3.1 Breve histórico da tributação no Brasil

O cenário da tributação no país foi sempre de tensão, afinal, o pagamento de tributos nunca foi de fácil aceitação entre os indivíduos. Assim, a história da tributação no Brasil se confunde com a história das rebeliões. Como se viu, se hoje em dia a tributação é justificada como um fenômeno essencial para a realização dos direitos centrais de um Estado Democrático e Social de Direito, isso somente se deu com a partir das conquistas do pós-guerra, especialmente com o desenvolvimento do Estado Providência.

Revisitando com um olhar atento as revoltas que ocorreram na época do Brasil colonial, pode-se identificar que a opressão tributária exercida por Portugal sobre sua principal colônia foi uma das principais bandeiras dos protestos que aconteciam na época³²⁷. As cobranças eram tão diversificadas que tornar-se difícil compreender qual tributo onerava mais os habitantes do Brasil-colônia, se eram os impostos ordinários, extraordinários ou ainda as contribuições espontâneas. Sabe-se que o primeiro tributo cobrado no Brasil foi o “quinto do pau-brasil”, não se tratava de um tributo específico para o Brasil, mas, sim, da extensão da tradicional cobrança portuguesa para os bens existentes na colônia³²⁸. Contudo, dois dos mais impactantes tributos nesta época foram a *finta* e a *derrama*. Ambos eram impostos extraordinários que raramente se destinavam a sua justificativa de aplicação. Eram normalmente cobrados para que pudessem custear os gastos supérfluos das elites e o pagamento das dívidas de Portugal³²⁹.

Veja-se, portanto, que tais cobranças inundavam os discursos revolucionários, e isso não poderia ser diferente, afinal, o objetivo da metrópole era angariar recursos de forma a financiar campanhas marítimas, pagamento de dívidas para com a Inglaterra e demais necessidades da coroa, longe estava a preocupação em devolver tais arrecadações em investimentos públicos e garantias aos cidadãos. Identificava-se que o raciocínio da

³²⁷ DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. Tributação no Brasil Colonial. In DE SANTI, Eurico Marcos Diniz (Org.) **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo Saraiva, 2008. P. 6.

³²⁸ BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **História do Tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. P. 35.

³²⁹ FERREIRA, Benedito. **A história da tributação no Brasil**. Brasília, 1986. P. 25.

metrópole versava da seguinte forma: “cobrava-se o que era necessário, ignorando os riscos da tributação sem limites”³³⁰.

A colônia tinha, portanto, a obrigação de atender as metas de arrecadação, esta cobrança era realizada por “contratadores” ou “arrematadores” que se utilizam da força e violência públicas para atingirem os objetivos³³¹, ou seja, não havia qualquer organização no processo de cobrança.

Com a vinda da família real para o Brasil houve uma *frenesi* legislativa que trouxe importantes mudanças no processo de tributação. Especialmente com a promulgação da Carta Régia que, entre outros aspectos, trouxe a abertura dos portos às nações amigas e a isenção de matérias importadas para a indústria. Outro fato interessante ocorreu na época, foi a imposição da imunidade sobre livros.³³²

Contudo, em que pese a tentativa de organização da tributação, tem-se que o período colonial foi marcado pela vivência de uma ausência total de planejamento. Não havia um sistema tributário ou sequer a compatibilização entre o que era arrecadado com as contraprestações. Além das riquezas naturais extraídas, o mínimo de bens adquirido pelos habitantes era extorquido pelas elites.

Os ventos liberais oriundos dos movimentos revolucionários acabaram sendo determinantes para a independência das colônias latino-americanas. Com a independência, manteve-se a estrutura tributária da colônia e, em razão disso, foi necessário realizar uma organização do sistema. Assim, a Constituição do período regencial, promulgada em 1824, afirmava que ninguém estaria isento de contribuir para as despesas do Estado na proporção de seus haveres.³³³ Ricardo Lobo TORRES afirma que tem-se, neste momento, a passagem do Estado Patrimonial para o Estado Fiscal, sendo que o tributo passou a ser encarado como um dever de cidadania, porém, cobrado na medida do consentimento do cidadão³³⁴.

Em que pese a promulgação da Constituição, somente entre os anos de 1840 e 1850 é que haveria a concentração do poder mediante mecanismos como a reforma do código de processo, centralização do comando da guarda nacional no Ministério da

³³⁰ AMED, Fernando José. NEGREIROS, Plínio José Labriola de Campos. **História dos Tributos no Brasil**. São Paulo: Sinafresp, 2000. P. 19.

³³¹ CINTRA, Marcos. Paradigmas Tributários.: do extrativismo colonial à globalização na era eletrônica. In In DE SANTI, Eurico Marcos Diniz (Org.) **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo Saraiva, 2008. P. 18.

³³² BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. Op. Cit., P. 67 a 70.

³³³ COSTA, Alcides Jorge. *História da Tributação: do Brasil-colônia ao imperial*. Op.Cit., p. 76.

³³⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. P. 14.

Justiça, bem como por meio do poder moderador. No âmbito tributário houve a promulgação da lei n. 108 que fixou uma discriminação legal entre os tributos, classificando-os como receitas gerais, provinciais e municipais.³³⁵ Neste período, as alfândegas se tornaram o ponto central da estrutura fiscal do império³³⁶.

Com a proclamação da República em 1889, o Brasil possuía um poder centralizado e optou-se pelo estabelecimento da federação. Contudo, para que existisse a federação seria necessário que os Estados tivessem fonte de receitas. Assim, a discussão na constituinte de 1891 versou sobre como ocorreria a divisão das receitas tributárias. Havia defensores de que a maioria ficasse a cargo dos Estados, outros acreditavam na prevalência da União. A grande discussão versava sobre os impostos de importação e exportação, maior fonte de receitas até então. Por fim, optou-se pela competência exclusiva da União no que toca a estes impostos. Para os Estados, restaram os impostos sobre os imóveis rurais e urbanos e a transmissão da propriedade. Importante ainda frisar que em 1924 foi criado o imposto sobre a renda. Tal Constituição permeou até 1930.

Em 1934 reacenderam-se as discussões acerca da partilha.³³⁷ Assim, tal Constituição inovou na legislação tributária e aperfeiçoou a separação de tributos por competências. Houve a proibição da bitributação, prevalecendo sempre o imposto da União no caso de serem concorrentes. Esta Constituição foi logo substituída pela de 1937, devido ao golpe militar de Getúlio Vargas. Mesmo diante do fato da Constituição nunca ter sido aplicada em razão do golpe, tem-se que os aspectos tributários foram relativamente observados.

Com o fim da ditadura, em novembro de 1945, Eurico Gaspar Dutra foi eleito Presidente da República já com a assembleia constituinte convocada. O que se nota, portanto, é que os constituintes estavam imbuídos pelo espírito do pós-guerra que passou a valorizar o sujeito detentor de direitos como centro do ordenamento, com isso, o fundamento da tributação também mudou. Inicialmente, apesar de tentar justificar a

³³⁵ BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. Op. Cit., p; 88 e 89.

³³⁶ COSTA, Wilma Peres. Conflito e convergência na construção do centro político: repensando a questão da centralização no império. In DE SANTI, Eurico Marcos Diniz (Org.) **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo Saraiva, 2008. P. 98.

³³⁷ COSTA, Alcides Jorge. História da tributação no Brasil: da República à Constituição de 1988. DE SANTI, Eurico Marcos Diniz (Org.) **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo Saraiva, 2008. P.112 a 128.

cobrança esta acabava se concretizando muito mais como confisco por parte da coroa que extraía parte das riquezas sem que houvesse qualquer contraprestação³³⁸.

Entende-se, ainda, que é nesta Constituição que encontra-se o gérmen da concretização da *igualdade na aplicação da lei* em âmbito tributário. O artigo 202³³⁹ assim dispunha: “Os tributos terão caráter pessoal sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte.” Trata-se da primeira aparição do instituto da capacidade contributiva em textos constitucionais no Brasil. Tal instituto será melhor trabalhado na sequência, contudo, cumpre esclarecer que este dispositivo se configurou como uma conquista dos contribuintes.

A partir de 1950, em razão do grande número de leis que foram sendo promulgadas acerca de questões fiscais e tributárias, pretendeu-se realizar uma sistematização do Direito Tributário. Neste sentido, o professor Rubens Gomes de Souza foi convidado a redigir o anteprojeto do Código Tributário, contudo tal projeto restou no esquecimento, sendo recuperado somente após a tomada de poder pelos militares em 1964. Essa recuperação do código foi essencial diante dos elevados empréstimos que foram feitos no período para a concretização dos investimentos em obras, instituição de áreas de desenvolvimento regionais e políticas de subsídios que pretendiam desenvolver o Brasil (*o chamado milagre brasileiro*), ou seja, houve um incremento na inflação e nas dívidas externas que precisariam ser financiadas pelos cidadãos brasileiros por meio do pagamento dos tributos, para tanto, seria necessário se instituir uma reforma tributária³⁴⁰

E foi neste contexto, em 1966, que o Código Tributário Nacional (CTN) foi promulgado. Era composto de 6 livros nos quais estavam previstas as competências tributárias, disposições gerais, especificações acerca dos tributos, separação em impostos da União, Estado e Municípios, a legislação tributária, obrigação tributária e administração tributária. No que tange à igualdade na aplicação da lei, nada foi dito acerca da capacidade contributiva.

Ocorre que em 1967 foi promulgada a Constituição na qual estabeleceu-se a previsão de que as normas gerais de Direito Tributário deveriam ser veiculadas mediante lei complementar. Como a lei que instituiu o CTN era ordinária, houve

³³⁸ BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **História do Tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. Pgs. 88 e 89.

³³⁹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em 24 de outubro de 2013.

³⁴⁰ BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **História do Tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. Pgs. 131 a 134. .

divergência entre os autores se a Constituição teria ou não o recepcionado. Por fim, entenderam que sim, e desta data em diante, somente poderia ser alterado mediante lei complementar.³⁴¹

Em que pese ter sido o momento de maior sistematização do Direito Tributário, quanto ao aspecto da igualdade no pagamento dos tributos, o novo texto constitucional excluiu o dispositivo acerca da capacidade contributiva o que se caracterizou como um nítido retrocesso. Tal dispositivo foi retomado apenas com a promulgação da Constituição de 1988³⁴².

Feitas estes breves esclarecimentos acerca da história da tributação no Brasil, pretende-se analisar de forma pormenorizada como tal matéria restou disposta no texto constitucional de 1988.

3.2. A igualdade tributária na Constituição de 1988

3.2.1. A igualdade como fundamento para a cobrança de tributo

Como já se detalhou nos capítulos anteriores, a Constituição Federal de 1988 foi promulgada em um período no qual mantinha-se a preocupação em tornar efetivo o reconhecimento da soberania popular, com o foco de que a organização estatal existia para servir a pessoa humana e não ao contrário. Neste sentido, toda a maquinaria constitucional foi desenhada de forma a manter o indivíduo no centro dos direitos.

Assim, quanto ao aspecto da tributação, viu-se que o tributo, antes encarado como confisco, ou mesmo com a exclusiva manutenção do “*status quo*”,³⁴³ ganhou ares de solidariedade tendo seu fundamento na necessidade e compreensão por parte da sociedade de que tratava-se do meio mais adequado para financiamento dos gastos públicos e consequente preservação direitos ali previstos.³⁴⁴

Ou seja, a partir de então pode ser vislumbrado o *primeiro momento* da influência da igualdade na tributação no sentido que se busca no presente trabalho, qual

³⁴¹ BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. Op. Cit., p. 149 a 157.

³⁴² COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 21.

³⁴³ BUFFON, Marciano. **Tributação e Dignidade humana**. Entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 86.

³⁴⁴ CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. P. 274.

seja: A necessidade de financiamento dos gastos públicos. A justificativa apresentada se consubstancia na busca pela *solidariedade*.

Inicialmente cumpre esclarecer que a solidariedade pode ser entendida como um dever fundamental da sociedade para com a realização dos direitos a serem garantidos a todos os cidadãos.

CANOTILHO³⁴⁵ leciona que normalmente nas Constituições contemporâneas como a do Brasil, o foco dado aos deveres fundamentais acabou sendo diminuído em relação aos direitos, mas não foi esquecido, mesmo diante de uma sociedade cada vez mais individualizada³⁴⁶. Nas palavras do autor: “Já houve um tempo em que os deveres fundamentais foram considerados como categoria jurídica de igual dignidade à dos direitos fundamentais. Neste sentido, a teoria da cidadania republicana implicaria que um indivíduo teria não apenas direitos, mas também deveres”. Entende ainda o autor que os deveres fundamentais podem ser compreendidos como o “o outro lado dos direitos fundamentais”.³⁴⁷ Todavia, isso não significa que para se proteger um direito, necessariamente deveria ser cumprido um dever. Os deveres deverão ser balizados por ideais de solidariedade e fraternidade.³⁴⁸

Assim, se os deveres devem ser balizados pelos ideais de solidariedade e fraternidade, faz-se necessário uma breve retomada acerca das características estatais que fomentaram seu desenvolvimento como dever social.

Como já descrito no primeiro capítulo, a realidade pós-guerra trouxe à tona a necessidade que os Estados deixassem de ser meros garantidores das liberdades individuais para se tornarem fomentadores do que seria a igualdade de fato. Tratou-se do momento que Eric HOBSEWAM³⁴⁹ denomina de “a era do ouro” ou “os anos dourados”. Evidentemente, estes momentos gloriosos pertenceram especialmente aos países capitalistas desenvolvidos que representavam cerca de três quartos da produção do mundo, e, embora a riqueza não chegasse aos países mais pobres nos quais a ONU mantinha uma tentativa de encontrar eufemismos diplomáticos, é certo que o desenvolvimento também ocorreu nos países de terceiro mundo³⁵⁰.

³⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Curso Op.Cit., p. 531.

³⁴⁶ Neste sentido também José Casalta Nabais em: **O Dever fundamental de pagar tributos**. Coimbra: Almedina, 2004. P. 15.

³⁴⁷ Ibidem, p. 532.

³⁴⁸ Ibidem, p. 536.

³⁴⁹ HOBSEWAM, Eric. **A Era dos Extremos – O Breve século XX**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. P. 253.

³⁵⁰ Ibidem, p. 255.

Esta busca pela igualdade de fato fez surgir o Estado-Providência. Como explica Pierre ROSANVALLON³⁵¹, tal conformação estatal trouxe um aparato mais complexo do que a simples proteção da vida e da propriedade. Se caracterizou como um aprofundamento do Estado-Protetor, que necessitava promover ações positivas como redistribuição de renda, regulamentação das relações sociais e responsabilização por certos serviços coletivos.

Em que pese não se tratar de um conceito fechado, existindo inclusive autores que realizam uma classificação dos tipos de Estado-Providência³⁵², pode-se detectar um núcleo comum a ambos, qual seja, o de assegurar aos cidadãos uma vida protegida dos riscos sociais.

A sofisticação deste modelo de Estado se consubstanciou no Estado Democrático de Direito que manteve as características do Estado Social, contudo, com uma preocupação mais acurada com a transformação da realidade social para a construção de sociedade menos desigual³⁵³.

Assim, além de coibir riscos clássicos como a saúde, educação, terceira idade, tal Estado assumiu ainda novos riscos como, por exemplo, o desenvolvimento de políticas públicas para minimizar estas desigualdades sociais. Veja-se, portanto, a importância dada a igualdade que aparece como fator essencial para o desenvolvimento deste Estado. É neste sentido que leciona Paulo BONAVIDES³⁵⁴ ao afirmar que: “O Estado Social é enfim um Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para promover comandos normativos de isonomia”. Como visto, a igualdade se caracteriza como tema fundamental do constitucionalismo. Penetra em todos os valores, dando-lhes, unidade³⁵⁵.

Ocorre que, na medida em que estas garantias previstas pelo Estado de bem estar social se aprofundava, emergia o problema dos gastos públicos. O que se verificou foi, então, uma constante alteração demográfica, envelhecimento da população e,

³⁵¹ ROSANVALLON, Pierre. **A Crise do Estado Providência**. Brasília, UNB, 1997. P. 20.

³⁵² Neste sentido Boaventura de Sousa Santos propõe a classificação do estado providência em quatro grandes grupos, são eles: a) Estado-Providência liberal; Estado-Providência Corporativo; c) Estado-Providência social democrático e d) Estado-Providência vigente no sul da Europa. In SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A Globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cotez, 2005. P. 80.

³⁵³ BUFFON, Marciano. Op. Cit., p. 30.

³⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 343.

³⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a tributação: Imunidades e Isonomia**. Rio de Janeiro, Renovar, 1995. P. 266.

consequentemente aumento nos gastos de previdência, além da diminuição no número da população ativa.

Neste sentido é que ROSANVALLON inicia sua obra “A crise do Estado Providência” com a seguinte expressão “O Estado-providência está doente. E o diagnóstico é simples: as despesas com a saúde pública e com o setor social crescem muito mais depressa que as receitas”³⁵⁶. Apesar do progresso tecnológico, um número sem tamanho de pessoas ainda sofrem com ausência de saneamento básico ou água potável. Assim, a política de garantismo acabou necessariamente se chocando com os desequilíbrios orçamentários, gerando um descrédito acerca da capacidade gerencial do próprio Estado, o que colocou em xeque, inclusive, a viabilidade de um Estado Social. Diante de toda esta conjuntura faz surgir a crise do Estado de bem-estar social.

A eclosão de um novo ideal de Estado se fundamentou, portanto, no retorno ao discurso de que a) o desequilíbrio orçamentário, decorrente da expansão dos gastos sociais, produziria déficits públicos que penalizariam a atividade produtiva e provocariam inflação e desemprego; b) a amplitude dos programas sociais implicariam uma intervenção do Estado na vida social, tendendo ao autoritarismo ou totalitarismo e, c) os programas sociais estimulariam a passividade e a inatividade do cidadão, comprometendo, assim, o mecanismo de mercado à medida que reduzissem a competitividade da mão de obra³⁵⁷.

Diante de todo este contexto de garantismo, ROSANVALLON procurou realizar uma análise acurada da crise e chega à noção de deveres de cidadania. Para o autor, o cerne do sistema está no aspecto do “individualismo filosófico e metodológico”. Desenvolve o argumento de que a sociedade, imbuída pelo espírito de que ao Estado caberia a *garantia* de seus direitos, esqueceu-se do aspecto dos seus *deveres*. Entende que, com isso, houve uma quebra no aspecto da solidariedade entre os indivíduos que acreditavam que não precisariam se responsabilizar pelos efeitos decorrentes dos riscos pois isso seria de exclusiva responsabilidade do Estado, exaltando, assim, o individualismo humano³⁵⁸.

Entendido tal pressuposto, a solução para o autor se daria em uma tríplice dinâmica articulada entre socialização, descentralização e autonomização. Ou seja, dever-se-ia: i) desburocratizar e racionalizar a gestão dos grandes equipamentos e

³⁵⁶ ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado...* Op. Cit., Introdução.

³⁵⁷ BUFFON, Marciano. Op. Cit. p.43.

³⁵⁸ ROSANVALLON, Pierre. *A Crise do Estado Providência...* OP. Cit., p.90.

funções coletivas; ii) remodelar os serviços públicos para torna-los mais próximos aos usuários; iii) transferir para as coletividades não públicas (associações, fundações) tarefas de serviço público.

Já em seu recente livro “A sociedade dos Iguais”³⁵⁹ cuja abordagem foi realizada no capítulo segundo do presente trabalho, ROSANVALLON aprimora os conceitos desenvolvidos acerca da possíveis soluções para a crise estatal e indica, ainda, que o bom modelo seria o da sociedade dos iguais entendida no sentido de uma sociedade de relação entre os indivíduos, uma relação fundada sobre a igualdade construída conjuntamente³⁶⁰. Assim, para o autor, esta igualdade deve ser compreendida além da redistribuição de renda, mas, também, na solidariedade. Isto que estaria sendo perdido na nova sociedade, pois para que haja solidariedade é necessário que, antes de tudo, haja o sentimento de que as pessoas pertencem ao mesmo mundo. O que estaria acontecendo nos dias atuais seria um movimento inverso, as sociedades estão cada vez mais fechadas em si e, os espaços públicos estão se esvaindo (substituídos pelas “*gate communities*”³⁶¹ onde vive o “*homo munitus*”³⁶²) e a igualdade somente se mantém com um “conteúdo de classe”³⁶³. A solução, para isso, se daria com os princípios da singularidade, da reciprocidade e da comunidade.

O que se pretende destacar com o autor é que, e que pese a crise vivenciada pelo estado, a solução para uma sociedade mais igualitária passa, necessariamente, pela recuperação da solidariedade como um dever fundamental.

Neste sentido também entende Fábio Konder COMPARATO³⁶⁴ ao afirmar que é através da solidariedade que se complementa e aperfeiçoa a liberdade, igualdade e segurança. Isso porque, ao contrário de colocar as pessoas umas diante das outras como pressupõem liberdade e a igualdade, a solidariedade as reúne em uma mesma sociedade.

Estabelecidos tais contornos, nota-se que apesar do tema já ter sido abordado no terceiro capítulo do presente trabalho, torna-se imperioso retomar neste momento a análise do artigo 3º da Constituição de 1988 para que possa se lançar as luzes acerca do argumento da solidariedade como fundamento de realização da igualdade no Direito Tributário.

³⁵⁹ ROSANVALLON, Pierre. *A sociedade...* Op. Cit..

³⁶⁰ Ibidem, p. 357.

³⁶¹ Ibidem, p. 385.

³⁶² Ibidem, p. 386.

³⁶³ Ibidem, p. 385.

³⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética:** direito moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. P. 580.

No inciso I do artigo 3º da Constituição³⁶⁵, dentre os objetivos fundamentais da República, está “a construção de uma sociedade livre, justa e *solidária*.”

Sendo assim, identifica-se que mesmo o texto constitucional sendo elaborado em um momento em que se buscava essencialmente a garantia dos direitos fundamentais, o constituinte entendeu que a noção de solidariedade seria essencial na sua concretização, e, como se viu, a solidariedade está diretamente relacionada com os deveres fundamentais.

Neste momento, portanto é que os temas solidariedade e Direito Tributário se tocam. Veja-se, mesmo não sendo a única forma de se desenvolver na sociedade, sabe-se que o custeio de gastos públicos em um Estado (gastos estes que envolvem muitas vezes a garantia dos direitos fundamentais) é gerado pelo pagamento dos tributos e o que fundamenta este financiamento por parte da sociedade deve se entendido além do mero sacrifício do indivíduo em ceder parcela de seu patrimônio ao Estado, mas, também, na solidariedade e busca por uma sociedade mais igualitária e próspera.³⁶⁶

No entender de José Casalta NABAIS³⁶⁷, o “imposto não pode se encarado, nem como um *mero poder* para o estado, nem simplesmente como um *mero sacrifício* para os cidadãos, mas antes como o contributo indispensável a uma vida em comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada em estado”.

O que se conclui, portanto, é que a solidariedade corresponde ao fundamento da exigência do tributo. Marco Aurélio GRECO³⁶⁸ acredita que a solidariedade ainda fundamenta o critério e congruência no sentido de identificar distorções da norma ou desvios na lei tributária e o critério interpretativo no sentido de se buscar o sentido integral das normas positivas.

Neste sentido se compreende, portanto, a os reflexos da busca pela igualdade no que se nomeou no presente trabalho de *primeiro momento* do Direito Tributário. Se os indivíduos objetivam o desenvolvimento de uma sociedade mais igualitária, garantindo direitos fundamentais, tais direitos deverão ser financiados por toda a

³⁶⁵ “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I) Construir uma sociedade livre, justa e solidária.; II) Garantir o desenvolvimento Nacional; III) Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. IV) Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idades e quaisquer outras formas de discriminação”. (grifo nosso)

³⁶⁶ Neste sentido destaca-se a coletânea de trabalhos organizada por Marco Aurélio GRECO e Marciano Seabra de GODOI. **Solidariedade Social e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

³⁶⁷ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental e pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004. P.185. Grifos no original.

³⁶⁸ GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade Social e tributação. In GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. **Solidariedade Social e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005. Pgs.182 a 186.

sociedade, que, ao pagarem tributos, o fazem em razão de um bem maior do que o mero sacrifício individual financeiro.

Importa por fim apenas ressaltar, como lembra Nayara Tataren SEPULCRI³⁶⁹ em sua completa dissertação sobre o “Princípio da Solidariedade no Sistema Constitucional Tributário Brasileiro” que trata-se de um campo que deve ser analisado com bastante cuidado, pois, a invocação de um dever geral de pagamento de tributos poderia incorrer na falsa interpretação de que, sob o manto da solidariedade, inexisteriam limites à atuação da competência tributária. Ressalta-se que tal princípio não se configura como um “cheque em branco” ao legislador.

GRECO também segue neste sentido ao afirmar que: “A ideia de dever fundamental não se esgota em si; ao revés, dela emana a responsabilidade que o próprio Estado tem perante a sociedade na busca dos objetivos e fins por ela consagrados. Argumentar pela existência de um dever fundamental de pagar impostos não é livrar o Estado de seus compromissos junto à sociedade, nem minimizar o poder de controle que esta possui perante os modos e meio de aplicação dos recursos assim arrecadados”³⁷⁰.

Neste sentido sabe-se que a solidariedade, mesmo se constituindo como o fundamento para a realização da igualdade na Constituição, não se configura como poder ilimitado, será necessário o respeito e análise conjunta aos demais princípios como da capacidade contributiva, como exemplificado no tópico seguinte.

3.2.2. Igualdade como fundamento para elaboração e aplicação da lei tributária

O que se pretendeu apresentar no item anterior foi a necessidade de uma consciência solidarizante no sentido de que a garantia de direitos fundamentais previstos constitucionalmente depende, necessariamente, de financiamento. Cumpre, portanto, aos cidadãos honrar com este compromisso constitucional.

Ocorre que este dever também não pode ser configurar como ilimitado, afinal, levado ao extremo, isto poderia incorrer na promoção da desigualdade. Por este motivo a discussão acerca da elaboração e aplicação da lei tributária se consubstancia como de

³⁶⁹ SEPULCRI, Nayara Tataren. **O princípio da Solidariedade no Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013. P. 168.

³⁷⁰ GRECO, Marco Aurélio. A solidariedade social e tributação. In **Solidariedade Social e Tributação**. GRECO, Marco Aurélio, GODOI, Marciano Seabra. (Org.) São Paulo: Dialética, 2005. P. 168 e 169.

suma importância no sentido de complementariedade da realização da igualdade em seu *segundo aspecto*. A igualdade na criação e aplicação da lei tributária.

Antes de se adentrar no aspecto da igualdade na aplicação da lei, cumpre se estabelecer o panorama da tributação nos dias de hoje. O sistema tributário brasileiro é apontado como um dos mais complexos do mundo³⁷¹. Ao se debruçar sobre as publicações legislativas diárias que impactam no direito tributário, percebe-se que, muitas vezes, na tentativa de abarcar inúmeras particularidades, o legislador acaba criando tantas especificidades nas regulações que mesmo os grupos e indivíduos que poderiam ser beneficiados (se assim pode-se dizer) acabam não entendendo se realmente poderiam usufruir das condições estabelecidas. Não se pode negar que a tentativa de abarcar particularidades almeja a busca pela igualdade tributária.

Por outro lado, o contribuinte que muitas vezes clamava por ter suas características levadas em consideração na elaboração da norma tributária, insurge-se contra ela na tentativa de que não haja privilégios entre os sujeitos na aplicação da lei tributária. Assim, por vezes busca-se a generalidade e por outras, luta-se pela individualização. Depende de que lado o contribuinte está. Neste sentido, percebe-se que os limites da discussão se tornam ainda mais problemáticos.

Toda esta discussão tem como fonte o parágrafo 1º do artigo 145§1º e artigo 150 da Constituição Federal que tratam, especificamente, da necessidade de que os impostos sejam graduados conforme a capacidade contributiva do indivíduo, bem como das limitações ao poder de tributar. *In verbis*:

Art. 145: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

...

“§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.” (grifo nosso).

³⁷¹ “As empresas brasileiras gastam 2,6 mil horas por ano com os procedimentos necessários para pagar impostos. O custo é sete vezes maior que a média dos países da América Latina e do Caribe e 14 vezes superior à média dos países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Os números, que compõem o levantamento Doing Business 2014, do Banco Mundial, exemplificam a complexidade do sistema tributário brasileiro. **No ranking, que analisa a facilidade de se fazer negócios em 189 países, o Brasil aparece em 159º lugar no quesito pagamento de impostos.**” Disponível em <http://www.portaldaindustria.com.br/cni/imprensa/2013/12/1,30026/enai-2013-simplificacao-do-sistema-tributario-e-fortalecimento-do-mercado-de-capitais-incentivarao-investimentos.html>. Acesso em 29 de novembro de 2013.

e

“Art. 150 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:]

...

ii) instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;” (grifo nosso).

Nota-se, portanto, a igualdade permeando os textos constitucionais, neste caso especificamente as questões tributárias. Assim, a pergunta elaborada por Humberto ÁVILA resume bem a problemática: “A norma tributária deve tratar todos os contribuintes com igualdade, apesar de suas diferenças, ou todos os contribuintes diferentemente apesar da sua igualdade?”³⁷² Entende, portanto, o autor, que a resposta a este questionamento envolverá, necessariamente o debate entre individualismo e generalismo. Para tanto, realiza, uma acurada análise e investigação sobre o tema, procurando esclarecer estes debates a partir da diferenciação entre a *igualdade particular* e *igualdade generalista*³⁷³.

A *igualdade particular* seria aquela prevista entre dois sujeitos considerando as características de cada um como seres únicos. Tem seu fundamento no respeito à capacidade contributiva, exaltada, como visto, no §1º do artigo 145 do texto constitucional.

Se traduz como uma justiça “sob medida”, afinal, cada indivíduo passa a ser tratado de acordo com suas características específicas (e especiais). Assim, justa será uma decisão quando levar em conta as particularidades dos destinatários e equânime será a decisão que considera todas as diferenças existentes entre seus destinatários³⁷⁴.

Para compreendê-la é necessário passar então para a análise da *Capacidade Contributiva*.

³⁷² Ávila, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 21.

³⁷³ Ibidem, p. 77 a 121.

³⁷⁴ Ibidem, p. 78 e 79.

3.2.2.1 A igualdade particular e a capacidade contributiva

A capacidade contributiva tornou-se um tema muito difundido na doutrina. Klaus TIPKE e Joachin LANG³⁷⁵ apresentam que “ela marca o Direito Tributário da mesma forma pela qual o princípio da autonomia privada marca o Direito Civil”, trata-se do “princípio fundamental da imposição justa”.

Francesco MOSQUETTI³⁷⁶ afirma ainda que a capacidade contributiva é “uma aptidão global revelada por alguns índices parciais que, enquanto tais, são todas manifestações diretas de uma certa disponibilidade econômica limitada e manifestações indiretas da disponibilidade econômica global”. Assim, a capacidade contributiva torna-se o fundamento da noção de igualdade particular.

Para Sacha Calmon Navarro COÊLHO³⁷⁷, a capacidade contributiva se constituiria como duas almas éticas que estariam no cerne de um Estado de Direito, quais sejam: i) supremacia do ser humano e de suas organizações em face do poder de tributar e ii) vinculação do legislativo e do judiciário a realizarem o valor justiça por meio da igualdade, e esta somente poderia se realizar mediante o princípio da capacidade contributiva e suas técnicas.

Cumprido esclarecer que em que pese o constituinte tenha se utilizado da expressão “capacidade econômica” no texto constitucional, esta deve ser entendida como quer Francesco MOSQUETTI, como condição necessária mas não suficiente para capacidade contributiva. Assim, entende o autor que o primeiro passo para que se chegue à capacidade contributiva é a consideração da situação familiar do contribuinte, desta forma entende que pode haver capacidade econômica mas não capacidade contributiva. Em suas próprias palavras: “Capacidade contributiva não é, para tanto, toda manifestação de riqueza, sendo apenas aquela capacidade econômica que deve julgar-se idônea para concorrer para com os gastos públicos, à luz das exigências econômicas e fundamentais da nossa Constituição”³⁷⁸.

³⁷⁵ TIPKE, Klaus. LANG, Joachin. **Direito Tributário**. 18ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008. Pgs. 200 e 201.

³⁷⁶ MOSCHETTI, Francesco. **El principio de capacidad contributiva**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1980. P.257.

³⁷⁷ COÊLHO, Sacha Calmon Navaro. **Curso de Direito Tributário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 85.

³⁷⁸ MOSQUETTI, Francesco. *El Principio da capacidad contributiva...Op. Cit.*, p. 277.

Assim, entende-se como Capacidade Contributiva aquele instituto que garante o respeito ao mínimo vital, individual e familiar e no respeito aos limites além dos quais o tributo passa a ter efeito confiscatório³⁷⁹.

Em estudo realizado por Maciano Seabra de GODOI, a capacidade contributiva aparece como o “critério fundamental que deve presidir a repartição dos encargos públicos³⁸⁰”. Afirma ainda que após a conquista dos modernos de igualdade perante a lei, foram jogados por terra os fatores de discriminação utilizados no antigo regime (como classe social) e o liberalismo teria encontrado na capacidade contributiva um critério que realizaria satisfatoriamente a máxima de que todos seriam iguais perante a lei.

Para Regina Helena COSTA³⁸¹ seu conceito pode ainda ser analisado de forma *absoluta*, quando se está diante de um fato que se constitua riqueza, ou seja, quando o legislador opta por um fato que denotaria riqueza; ou de forma relativa ou *subjetiva* que remete ao sujeito individualmente tributável, ou seja, a delimitação da graduação do imposto de forma a garantir o mínimo vital.

Misabel DERZI³⁸² delimita o tema da capacidade contributiva de forma a entender que no direito brasileiro não se teriam dúvidas de que deve prevalecer a forma *subjetiva* visto que se trata da real e concreta aptidão de determinada pessoa para o pagamento de um imposto.

Já para Roque Antônio CARRAZA³⁸³, a capacidade contributiva a ser levada em consideração pelo legislador deverá ser a *objetiva*. Segue afirmando que são as manifestações objetivas de riqueza que deverão ser valoradas, pouco importando se o contribuinte, ao praticar o fato imponible do imposto, não tiver condições de arcar com a carga tributária.

A análise realizada por Ricardo Lobo TORRES³⁸⁴ acerca da capacidade contributiva tem como fundamento as lições de Klaus TIPKE. Antes de adentrar na noção específica da capacidade contributiva, esclarece que, para ele, a compreensão da igualdade se configura como um princípio vazio, ao qual repugnam as discriminações

³⁷⁹ GODOI, Marciano Seabra de. **Justiça, Igualdade e Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 1999. P. 198.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 183.

³⁸¹ COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e Justiça Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 114 e 115.

³⁸² DERZI, Misabel. Princípio da igualdade no direito tributário e suas manifestações. In V Congresso Brasileiro de Direito tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais., 1991, P. 169.

³⁸³ CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional tributário...* Op. Cit., p. 57

³⁸⁴ TORRES, Ricardo Lobo Torres. *Os Direitos Humanos e a Tributação...* Op. Cit., p.267.

arbitrárias. Neste sentido, servirá para harmonizar aspectos de justiça, segurança e a própria liberdade absoluta. Nas suas elucidativas palavras:

“Não basta que a lei crie a tributação justa, afinada com a capacidade econômica do cidadão, mas que a imponha igualmente a todos; nem se esgota a segurança no direito de ir à presença do juiz expor sua pretensão contra o Fisco, mas de estar em pé de igualdade com a outra parte; nem a imunidade significa apenas intributabilidade dos direitos da liberdade, senão que aponta para a igual vedação de incidência para todos os homens. Demais disso, a igualdade tributária não está presa a um único fundamento, eis que pode se justificar por motivos fiscais ou extrafiscais, financeiros ou políticos, conjunturais ou permanentes.³⁸⁵”

Entende o autor, ainda, que na capacidade contributiva, juntamente com seus “subprincípios” seria onde a igualdade encontra seu maior grau de concretude no direito tributário. Entende como “subprincípios” a i) *Progressividade*: que significa aplicar alíquotas maiores as bases tributárias mais elevadas; ii) *Proporcionalidade*: Sinaliza para a imposição fiscal proporcional à riqueza, através de alíquotas uniformes para cada base de cálculo e se aplica de preferência aos impostos sobre o patrimônio; iii) *Personalização*: significa dizer que “sempre que possível” os impostos deverão incidir de acordo com a situação pessoal do contribuinte; iv) *Seletividade*: O imposto deverá incidir por alíquotas na razão inversa da utilidade social do bem, ou seja, quanto mais essencial, menor a alíquota. v) *Neutralidade*: Trata-se de característica de difícil definição que recomenda que os impostos incidam igualmente sobre a mesma base jurídico-econômica e que não distorçam a formação de preços.³⁸⁶

Nota-se, portanto, que segundo TORRES a capacidade contributiva também se realiza em seus “subprincípios”. A análise mais acurada acerca da aplicação destes critérios será realizada no tópico a seguir quando da análise das exonerações tributárias e a igualdade, a qual passa, necessariamente, pela compreensão da capacidade contributiva. Buscará se entender se a discriminação realizada pelo legislador no sentido de concessão de isenções, progressividades e benefícios podem ou não ferir a igualdade tributária.

Por fim, compete ainda descrever a noção que discute-se atualmente acerca da capacidade contributiva solidária. Francesco MOSQUETTI foi pioneiro no desenvolvimento de tal conceito que preconiza, em resumo, um descolamento da capacidade contributiva do princípio da igualdade. Em suas palavras: “o princípio da

³⁸⁵ Ibidem, p. 268.

³⁸⁶ Ibidem, pgs. 270 a 272.

capacidade contributiva é formado expressamente na Constituição italiana e tem um valor autônomo, sem ser absorvido pelo princípio da igualdade”³⁸⁷. Contudo, entende que está diretamente relacionado ao Princípio da Solidariedade.

Na doutrina pátria destaca-se Marciano Seabra de GODOI que compreende a capacidade contributiva como um “elo fundamental que une o tributo e a solidariedade social”, ou seja, além de ser encarada como um limite material ao poder de tributar, deve ser analisada sob o caráter informador do conjunto do sistema tributário. Assim, a relação a ser posta parece seguir no seguinte sentido: se o financiamento dos direitos a serem garantidos à sociedade depende da contribuição dos indivíduos, cumpre àqueles que detém maior capacidade contributiva o fazê-lo, se caracterizando como um ato de solidariedade.

Nota-se com esta explicação que o conceito parece estar diretamente relacionado ao que já foi posto no presente trabalho como sendo o primeiro momento de influência da igualdade no Direito Tributário. Assim, buscou-se apenas frisar que não se ignora a posição da doutrina neste sentido, contudo, para o presente trabalho, entende-se a solidariedade como um princípio corolário à igualdade.

Assim, retomando as análises acerca da justiça particular, o que se identifica é que tal justiça pode por vezes se chocar com a necessidade de generalização das leis, bem como com a dificuldade da administração pública prever todas as hipóteses de diferenciação dos contribuintes, afinal, por outro lado, para ser considerada igualitária a lei deve ser passível de aplicação a todos, sem diferenciação. Como bem observa TIPKE, “se o princípio da capacidade contributiva fosse minuciosamente aplicado por leis altamente diferenciadas, as leis tributárias não poderiam mais ser aplicadas isonomicamente pelas autoridades fazendárias com o emprego razoável de pessoal e tempo, uma vez que estas autoridades possuem milhões de contribuintes para fiscalizar”³⁸⁸.

Assim, retomando a classificação apontada por ÁVILA, distingui-se neste momento da igualdade particular da igualdade generalista. Por meio da *igualdade generalista* entende-se que as próprias leis já devam prever os padrões que pré-definam quais as diferenças a serem consideradas pelos aplicadores com a finalidade de afastar a incerteza, ou seja, acredita-se na capacidade da completude do ordenamento jurídico no

³⁸⁷ MOSQUETTI, Francesco. **O Princípio da Capacidade Contributiva**. In FERRAZ, Roberto Botelho. Princípios e Limites da Tributação. São Paulo, Quartier Latin, 2009. P. 85.

³⁸⁸ TIPKE, Klaus. Steuerrecht, Köln: Otto Schmidt KG, 1983. P. 35. *Apud* COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e Justiça Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2007.

sentido de minimizar a discricionariedade do aplicador. Neste sentido, justa será a lei que leve em conta as características médias dos destinatários e equânime é a decisão que considera as diferenças selecionadas pelo legislador como relevantes, desprezando outras distinções.³⁸⁹ Como exemplo da garantia da igualdade geral, tem-se o desenvolvimento da *praticabilidade tributária*.

3.2.2.2. A Igualdade generalista e a praticabilidade tributária

Apesar de ter-se notícia de sua aplicação nos Estados Unidos, foram os alemães que desenvolveram o conceito da praticabilidade. Pode-se entendê-la como “um conjunto de meios e técnicas utilizáveis com o objetivo de fazer simples e viável a execução de leis”³⁹⁰. O objetivo é de buscar a aplicação em massa de uma lei de forma a evitar uma ‘investigação exaustiva do caso isolado’, ou mesmo “de forma a dispensar as provas difíceis ou impossíveis ao caso concreto”³⁹¹.

Assim, no campo do direito tributário, a praticabilidade encontrou um terreno fértil, isso porque consegue disseminar amplamente os seus efeitos.

José Casalta NABAIS³⁹², no capítulo sobre os limites formais da tributação, apresenta a praticabilidade tributária como solução à realidade na qual a individualização é impossível de se acompanhar por ordem prática, especialmente por seus custos. Leciona que esta tipificação legislativa não infere o princípio da legalidade por conceder ao legislador a definição dos elementos essenciais dos impostos, complementa que pode ser considerada como uma “saída para a incongruência entre as exigências da lei e a realidade da administração fiscal sempre carecida de meios humanos e materiais.”

No Brasil³⁹³ a praticabilidade tem seu fundamento Constitucional no caput do artigo 37³⁹⁴, trazido pela emenda constitucional 19/1998, que incluiu a eficiência como

³⁸⁹ ÁVILA, Humberto. Op. Cit., pgs. 81 e 82;

³⁹⁰ ARNDT, Hans Wolfgang. Praktikabilität und Effizienz. Köln: Peter Deubne Verlag, 1983. Apud NOVOA, Cesar Garcia. **Los métodos de simplificación en la experiencia latinoamericana – referencia a los casos brasileño y argentino**. Revista de Contabilidad y Tributación del Centro de Estudios Financieros 247/11.

³⁹¹ DERZI, Misabel. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. São Paulo: RT, 1989. P. 105.

³⁹² NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 2004. P. 376.

³⁹³ COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade...* Op. Cit., pgs 225 a 244.

³⁹⁴ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte...”.

diretriz da administração pública. Também no §1 do artigo 150³⁹⁵, alterado pela emenda constitucional 42/20003, que prevê a excepcionalidade da observância do princípio da anterioridade em determinados tributos e no §7^o³⁹⁶ do mesmo artigo, incluído pela emenda constitucional 3/1993, que vinculou a controvertida possibilidade de se operar a substituição tributária *para frente* no Direito Tributário. Por fim, encontra respaldo ainda no artigo 179³⁹⁷ que trata da Ordem Econômica e Financeira, que dispôs sobre a necessidade de oferecer tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Regina Helena COSTA³⁹⁸ apresenta em seu livro quais seriam então estes instrumentos de viabilização da praticabilidade tributária. Entende que sua viabilidade se consubstancia por meio de i) abstrações generalizantes; ii) presunções, ficções e indícios, bem como iii) conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, normas em branco e normas de simplificação. Assim, passa-se a análise de parte deles:

i) *abstrações generalizantes*: Tratam-se do conjunto de expedientes de modo a conceder uma autonomia do julgador em face da lei. Tal aspecto se choca com o reconhecimento de que no âmbito do Direito Tributário se faria uso de conceitos especificantes, como apresenta, por exemplo, Paulo de Barros CARVALHO³⁹⁹, ao entender que “prever um evento é oferecer critérios de identificação, de tal modo que possa vir a ser reconhecido ao ensejo de sua concretização.” Assim, em sua teoria, ao fomentar o processo da regra matriz de incidência tributária, outorga um caráter de potencialização do pensamento do sujeito que a investiga, assim, o segundo passo seria o de isolamento da incidência como atividade de feição lógica, que se realiza, segundo o autor, por meio de subsunção. Ocorrendo, portanto, determinado fato previsto na norma tributária, instaurar-se-ia o fato jurídico tributário.

Em que pese o peso da doutrina disseminada pelo autor, sabe-se que o processo de subsunção muitos vezes não será suficiente para a tomada de decisão, visto a

³⁹⁵ Art. 150, §1º “A vedação do inciso III, *b*, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, *c*, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I”.

³⁹⁶ Art. 150 § 7.º “A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”

³⁹⁷ “Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

³⁹⁸ COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade...* Op. Cit. Pgs. 159 a 188.

³⁹⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, linguagem e método**. 3ª ed. Noeses, 2009. P. 151.

necessidade de que haja “outros conceitos com maior abertura e elasticidade, capazes de apreender e comportar um maior número de situações fáticas⁴⁰⁰”

ii) *presunções e ficções*: Conforme descreve Paulo Ayres BARRETO⁴⁰¹, a utilização de presunções e ficções seria necessária para a configuração de um tipo legal mais simples e médio que facilite o reconhecimento do fato jurídico a ser tributado.

Especificamente no caso das *presunções*, CARRAZA⁴⁰² entende que tratam-se de elementos de suma importância na dialética jurídica, visto que tornam verdadeiros fatos possíveis, dando maior segurança às relações. As presunções podem ainda ser entendidas como absolutas, condicionais ou mistas.⁴⁰³ Já para Maria Rita FERRAGUT⁴⁰⁴, a presunção pode ser entendida como proposição prescritiva, ou seja “a presunção é norma jurídica deonticamente incompleta (norma *latu sensu*), de natureza probatória que, a partir da comprovação do fato diretamente provado, implica juridicamente o fato indiretamente provado.” Assim, a comprovação indireta é que distinguiria a presunção dos demais meios de prova.

Já as *ficções* se entendem como formas muito distintas das presunções, pois trata-se de uma autêntica invenção do direito. FERRAGUT⁴⁰⁵ bem apresenta que para que se tenha um enunciado prescritivo que veicule uma ficção jurídica, será necessário que “a) o antecedente da regra refira-se a um fato qualquer, apenas pressuposto para a incidência da norma; b) que a implicação entre o antecedente e o conseqüente não se funde em regras de experiência; c) que o conseqüente tome como verdadeira a ocorrência do evento provavelmente ou sabiamente não ocorrido.”

iii) *Normas de simplificação*: Tratam-se das padronizações, esquemas, quantificações somatórios que tem como objetivo a abstração de casos de forma a desonerar a Administração Fiscal da espinhosa averiguação de múltiplos e complexos fatos tributário. Este é o posicionamento de NABAIS que afirma que obtém-se uma norma de simplificação quando “a lei é elaborada apenas para as situações ou casos típicos, com a abstração dos casos que, por serem raros ou anormais de apresentam como atípicos, assim se desonerando a Administração fiscal da espinhosa e dispendiosa, quando não, mesmo, impossível, a missão de averiguação exaustiva e de

⁴⁰⁰ COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade...* Op. Cit. p. 160.

⁴⁰¹ BARRETO, Paulo Ayres. **Imposto sobre a renda e preços de transferência**. São Paulo: Dialética 2001. P. 139.

⁴⁰² CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário...* Op. Cit., p. 499.

⁴⁰³ COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade.e justiça tributária...* Op. Cit., p. 162.

⁴⁰⁴ FERRAGUT, Maria Rita. **Presunções no Direito Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 113.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 157.

apuramento total e integral dos múltiplos e complexos factos tributários⁴⁰⁶”. Entende, ainda, que as tipificações (ou simplificações) podem ser quantitativas ou qualitativas.

iv) *Conceitos jurídicos indeterminados*: Ao definir no que se caracterizariam os conceitos jurídicos indeterminados, Regina Helena COSTA⁴⁰⁷, se fundamenta nos ensinamentos de Karl ENGISCH para quem tratam-se de conceitos cuja realidade a que se referem não aparece bem definida, cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Já Cesar Garcia NOVOA⁴⁰⁸ entende que não se pode dizer que tais conceitos indeterminados ferem, necessariamente, a segurança jurídica. Tratam-se de produtos da impossibilidade de se precisar com maior exatidão os termos empregados na lei, porque a realidade a que se referem não admitiriam outro tipo de determinação.

Mesmo diante das possibilidades acima descritas de vinculação da praticabilidade tributária, ÁVILA entende que o constituinte de 1988 teria optado pela igualdade individual (ou pelo tratamento particularizado, sendo fiel a suas palavras), quer porque a elegeu como princípio geral, considerando a redação dada ao art. 145 §1 a da Constituição,⁴⁰⁹ quer porque não acredita existir nos princípios gerais tributários qualquer princípio contraposto ao da capacidade contributiva e relacionado à praticidade da Administração⁴¹⁰, acrescido ainda ao fato de que o constituinte teria delimitado os poderes dos entes ao especificar os aspectos materiais da hipótese de incidência.

Ou seja, quanto ao questionamento se capacidade contributiva poderia ser abandonada quando da simplificação ou padronização das normas tributárias de forma a garantir a justiça generalista, resposta do autor é categórica: *Não*. Justifica tal negação pelo fato de que, mesmo na tributação padronizada não se abandonaria a realização do princípio da igualdade, visto que ela deve servir de critério para a padronização. Assim sendo, considera que a padronização deve respeitar a capacidade contributiva seja na vinculação anterior, por meio da realização de pesquisas empíricas de forma a se garantir os critérios de discriminação e, também, quando da vinculação posterior, após a definição do padrão, permitindo ao contribuinte questionar se houver discrepância entre o valor presumido e o efetivamente realizado.

⁴⁰⁶ NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 2004. P. 622.

⁴⁰⁷ COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e justiça tributária...* Op. Cit., p. 175

⁴⁰⁸ NOVOA, Cesar Garcia. *El Principio da seguridad jurídica em materia tributaria*. P. 120.

⁴⁰⁹ “sempre que possível os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”.

⁴¹⁰ ÁVILA, Humberto. Op. Cit., p. 86.

O mesmo apresenta Regina Helena COSTA, para quem a utilização da praticabilidade possui determinados limites, sendo eles: i) Vinculação dos instrumentos de praticabilidade tributária por meio da lei, ou seja, o legislador tributário deve envidar todos os esforços para que as abstrações generalizantes, normas de simplificação, entre outros, sejam por ele disciplinado; ii) observância ao princípio da capacidade contributiva e subsidiariedade da utilização de técnicas presuntivas: Entende que este princípio se constituiu como principal parâmetro da justiça no campo dos impostos; iii) Impossibilidade da adoção de presunções absolutas ou ficções para a instituição das obrigações tributárias; trata-se, segundo a autora de outra imposição imposta em decorrência da obediência ao princípio da capacidade contributiva; iv) transparência na adoção de técnicas presuntivas que deve ser precedida da possibilidade de manifestação dos contribuintes; v) Observância do princípio da razoabilidade: Trata-se de outro aspecto corolário ao respeito à capacidade contributiva visto que todos os aspectos que permitem a praticabilidade devem ser tratados em harmonia com a razoabilidade; vi) deve ainda haver respeito às repartições tributárias; vii) justificção das normas de simplificação; viii) adoção do caráter opcional e benéfico aos contribuintes dos regimes normativos de simplificação e padronização, assim, estas jamais poderiam insurgir contra os direitos do contribuinte; ix) limitações do recurso às cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e de competência discricionárias, pelo princípio da especificidade conceitual; x) equilíbrio na implementação da privatização da gestão tributária e, por fim, xi) respeito aos direitos e princípios fundamentais.

Viu-se, portanto, que no embate gerado entre a igualdade particular e a igualdade generalista, o critério da capacidade contributiva, como realizador da igualdade particular, se entende como fator essencial para a garantia da igualdade, o que se traduz como limite essencial à elaboração e aplicação das normas tributária. Assim, neste momento, passa-se a análise dos critérios para a aplicação da igualdade buscando entender se podem se coadunar com as isenções tributárias.

3.3. A igualdade tributária e as medidas de comparação

Como já apresentado presente trabalho, a igualdade muitas vezes irá se realizar no próprio processo de discriminação. Ou seja, a garantia da igualdade se dará, por vezes, mediante a desigualdade. Contudo, o grande questionamento a ser feito consiste

em saber em até que ponto esta desigualdade será tolerável⁴¹¹. Viu-se, por exemplo, que mesmo diante da necessidade e de que se obtenha uma igualdade generalista, a capacidade contributiva se impõe como um limite a esta atuação. O que resta saber é até que ponto o legislativo poderá operar de modo a não se criar o que Ricardo Lobo TORRES⁴¹² denomina de *privilégio odioso* que entende ser a “permissão para fazer ou deixar de fazer alguma coisa contrária ao direito comum, sem justificativa razoável”.

Neste sentido é que investiga-se o aspecto de como poderia ocorrer o processo de discriminação positiva a fim de se concretizar a igualdade. Para tanto, retoma-se inicialmente, os três aspectos desenvolvidos por Celso Antônio Bandeira de MELLO na aplicação das discriminações: i) primeiramente deve-se realizar uma análise do elemento tomado como fator de desigualação. A lei não poderá criar um critério tão específico que singularize o sujeito a ser impactado pelo regime peculiar e, também, não pode tomar como base elementos estranhos à pessoa, coisa ou situação a serem discriminados;⁴¹³ ii) Deve haver ainda uma correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em *critério de discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diferenciado, considerando que a discriminação não poderá ser gratuita ou fortuita; e iii) Por fim, deve haver uma consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados⁴¹⁴.

Para Humberto ÁVILA, a concretização da igualdade somente pode ser alcançada quando estão presentes os seguintes elementos: i) sujeitos; ii) critério ou medida de comparação; e iii) elemento indicativo da medida de comparação e finalidade. Assim, delimita quais seriam os elementos estruturais para sua realização.

Primeiramente apresenta os *sujeitos*: Explica o autor que o raciocínio da igualdade é comparativo de quaisquer objetos fatos, situações ou atividades relacionados a sujeitos que, no que concerne a eles, tenham interesses juridicamente protegidos⁴¹⁵. Assim, a comparação pode se dar entre “entidades” tangíveis ou intangíveis.

Segue, então para a o *critério ou medida de comparação*: Os sujeitos ou entidades devem ser comparados de acordo com uma medida comum de comparação. A

⁴¹¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação...* Op. Cit., p. 262.

⁴¹² Ibidem, p. 276.

⁴¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. Cit., pgs. 23 a 33.

⁴¹⁴ Ibidem, p. 21.

⁴¹⁵ ÁVILA, Humberto. Op. Cit., p. 43.

questão central é saber como escolher esta medida de comparação e como se dará a relação existente entre a finalidade que justifica a sua utilização.⁴¹⁶

O autor defende que haverá uma relação fundada entre a medida de comparação e seu elemento indicativo quando existir um vínculo de correspondência estatisticamente comprovada entre eles.⁴¹⁷ Por exemplo, no caso dos pilotos de avião, considerando que o reflexo e a visão são elementos indicativos comprovados para o exercício da atividade e que, normalmente, os maiores de 65 anos acabam tendo um déficit de visão e reflexo, o legislador entendeu por bem, com fundamento na segurança dos passageiros, de que pilotos maiores de 65 anos não poderão voar. Trata-se, portanto, da relação entre o indicativo da medida de comparação e o reflexo e a visão (medida de comparação). A correlação aumenta quando aumenta a intensidade do elemento indicativo.⁴¹⁸

Assim, existem elementos indicativos da medida de comparação que não poderão ser utilizados pelo legislador ou aplicadores do direito: tratam-se das vedações constitucionais trazidas pelo inciso IV do artigo 3º como sexo, cor ou raça, idade, ou mesmo as proibições trazidas pelo artigo 7º como diferenciação do trabalho em razão de sexo, raça, estado civil, idade, além do artigo 12 que veda a distinção entre brasileiros em razão da sua origem. O mesmo é defendido por TORRES⁴¹⁹, que ainda complementa com a religião, como limite à medida de comparação.

Outra vedação imposta está prevista no §1 do artigo 145 que apresenta que os impostos terão caráter pessoal e serão graduados de acordo com a capacidade econômica do contribuinte.

Em resumo, a medida de comparação: i) para não ser considerada arbitrária deve abranger um elemento efetivamente existente no mundo dos fatos; ii) deve manter uma pertinência com seu elemento indicativo; iii) manter relação fundada e conjugada de pertinência com a finalidade (como será melhor descrito a seguir); iv) tem que ser compatível com a Constituição, verificando as vedações nela impostas; v) pode ser utilizada, mesmo que vedada na Constituição, apenas se sua decorrência for acidental e secundária da promoção de outras finalidades constitucionalmente postas⁴²⁰;

⁴¹⁶ Ibidem, p. 44.

⁴¹⁷ Ibidem, p. 48.

⁴¹⁸ Ibidem, p. 49.

⁴¹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação...* Op. Cit. P. 264 .

⁴²⁰ ÁVILA, Humberto. Op. Cit.,p. 61.

A *finalidade* se caracteriza como outro aspecto que deve estar claro no momento da elaboração da lei de forma que não impeça o controle intersubjetivo da realização da igualdade.⁴²¹ Assim, tanto o poder legislativo como o poder judiciário devem ser claros e isentos de contradição com relação à finalidade, devendo-se respeitar os seguintes aspectos: i) A finalidade deve ser constitucionalmente prescrita e demonstrada, sem ambiguidade ou contradição, mediante a indicação do suporte expresso ou implícito, cujo significado preliminar permita aferir a previsão do fim em nível constitucional; ii) Pode ser fiscal ou extrafiscal; iii) não pode ser uma finalidade pré-excluída das regras de tributação, nem incompatível com a finalidade predeterminada pela regra de tributação ou pelo regime constitucional estabelecido para o caso; iv) deve ser objeto de uma análise integral do próprio documento legislativo, de modo a ser objetivamente definida, *não de acordo com uma eventual e irreconhecível vontade subjetiva*, mas conforme aquilo que foi, efetivamente, posto, em termos objetivos, pelo poder legislativo; v) não pode servir de justificativa para a modificação da medida de comparação constitucionalmente eleita, mesmo quando vinculada a uma regra de competência; vi) Admite-se, ainda, a utilização de outra finalidade a fim de diferenciar contribuintes⁴²².

A falta de controle da finalidade torna extremamente vulnerável a efetividade da igualdade na medida em que é a sua indicação precisa que permite aferir a validade na medida de comparação escolhida pelo poder Legislativo e, em última instância, legitimar a diferenciação entre os contribuintes.⁴²³ “Em tantos casos o contribuinte é obrigado a pagar tributos com base em padrões que desconsiderem suas características pessoais em favor da consideração a elementos médios, presentes na maior parte dos casos⁴²⁴”.

Viu-se, portanto, a necessidade de aplicação de critérios bem definidos para que não se incorra na promoção da desigualdade. Finalmente, o que se pretende é transportar a discussão acerca dos critérios para a elaboração e aplicação da lei tributária para a concessão das isenções.

⁴²¹ Ibidem, p. 70.

⁴²² Ibidem, p. 71. (grifo nosso).

⁴²³ Ibidem, p. 73.

⁴²⁴ Ibidem, p. 78.

3.4. Desonerações fiscais e a igualdade tributaria – Pelo fim dos *privilégios odiosos*.

O título deste item remete exatamente ao que se pretende. Conforme pode ser visto até aqui, resta clara a intenção do trabalho no sentido de que a busca pela igualdade permeia todos os aspectos do direito tributário. Neste sentido, entra-se, agora, em uma delicada discussão que versa sobre as desonerações fiscais.

Contudo, não há como se falar em desoneração sem antes entender o processo de criação dos tributos (competência tributária), afinal, presume-se que quem detém competência para criar, a teria para desonerar. Lembra ainda José Souto Maior BORGES⁴²⁵ que em razão desta simetria entre a competência e a isenção, praticamente todos os problemas levantados acerca da competência podem ser estudados sob o ângulo da isenção.

Este também é o entendimento de CARRAZA⁴²⁶, que leciona que o ente político que pode tributar, pode aumentar ou diminuir a carga tributária, ou até mesmo suprimi-la através da não tributação ou do emprego do mecanismo das isenções. Pode ainda perdoar débitos nascidos ou ainda parcela-los. Neste sentido cumpre trazer à tona a noção de competência tributária.

O constituinte, na elaboração do texto constitucional, preocupou-se em estabelecer determinados limites ao processo de tributação. Isso não poderia ser diferente, afinal, como alerta novamente CARRAZA⁴²⁷ não há mais como se falar em *poder tributário*, mas, tão somente, em *competência tributária*. Trata-se de uma importante constatação que reforça o caráter de limitação deste poder. A atuação estatal deixou de ser, há muito, desenfreada, isto se configura como uma das principais conquistas dos modernos. Assim, a atuação das pessoas políticas deve se dar de forma limitada pelos aspectos constitucionais.

No entender de Paulo de Barros CARVALHO a competência tributária “trata-se de especificação da competência legislativa, posta como aptidão que são dotadas as pessoas políticas de direito constitucional interno a legislar sobre a matéria tributária”.⁴²⁸ Nesta lei devem estar presentes os requisitos essenciais na norma jurídica tributária, quais sejam, hipótese de incidência, sujeição ativa e passiva, base de cálculo e alíquota.

⁴²⁵ BORGES, José Souto Maior. **Teoria Geral da Isenção Tributária**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Pgs. 46 e 47.

⁴²⁶ CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário...* Op. Cit., p.535.

⁴²⁷ *Ibidem*. p. 531.

⁴²⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método...* Op.Cit., p. 236.

Ainda de acordo com os ensinamentos de CARVALHO⁴²⁹, a carta fundamental teria traçado minuciosamente o campo dos limites da tributação. Isso porque, para o autor, o sistema jurídico se caracteriza como autopoiético, ou seja, de forma bastante simples, se traduz na possibilidade de criar seus próprios elementos. Os elementos que ditam as suas regras de formação são conhecidas como metanormas (ou regras de competência). No direito tributário, estas regras seriam as de competência tributária. Neste sentido, na Constituição o termo “competência” seria aplicado para autorizar as pessoas políticas a legislar sobre matéria tributária, a rigor, criar tributos.

As características da competência tributária podem ser entendidas como⁴³⁰: i) *Privatividade*: significa que a competência estabelecida constitucionalmente é matéria privativa da pessoa política atribuída, ou seja, estas não poderão usurpar competência tributária alheia; Assim, “não cria o tributo quem quer, mas quem pode”. ii) *Indelegabilidade*: A Constituição Federal não permite que os entes políticos transfiram, quer no todo, quer em parte, a outros, esta competência; iii) *Incaducabilidade*: a competência não padece com o decurso do tempo. Um exemplo é o imposto sobre grandes fortunas, que, apesar de não ter sido instituído até os dias de hoje, poderá o ser a qualquer tempo; iv) *Inalterabilidade*: Somente normas constitucionais supervenientes poderão vir a alterar outra norma que institui a competência; vi) *Irrenunciabilidade*: Da mesma maneira que as pessoas políticas não podem delegar a competência, também não poderão renunciá-la. Por fim, uma das características que mais enseja debates na doutrina é a vii) *facultatividade*: significa dizer que o ente político (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) pode ou não instituir ao tributo previsto na sua esfera de competência. A doutrina diverge quanto a esta característica em razão do que está disposto no artigo 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal⁴³¹ (Lei Complementar 101 de 2000) que preconiza que um dos requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal, seria a “efetiva arrecadação de *todos* os tributos de competência do ente”. Em que pese a alegação de inconstitucionalidade do dispositivo da lei por considerar que o legislador ordinário adentrou em campo específico constitucional, há quem entenda⁴³²

⁴²⁹ Ibidem, p. 864

⁴³⁰ CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário...* Op. Cit., Pgs. 695 a 734.

⁴³¹ “Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.” (Grifo nosso).

⁴³² Neste sentido: AGUSTINI, Rodrigo. **A Competência Tributária confrontada com o artigo 11 da Lei Complementar 101/2000**. Monografia apresentada ao Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), 2010. P. 26. Disponível em <http://www.ibet.com.br/monografia/2010-01/170.pdf>. Acesso em 04 de Novembro de 2013.

que o ente político somente poderia se imiscuir da cobrança de um tributo se conseguir atender todos os direitos previstos constitucionalmente, afinal, compete à tributação o financiamento dos direitos garantidos em um Estado Democrático.

A argumentação defendida coaduna com os demais princípios que emanam seus conceitos aqui dispostos. Contudo, entende-se para o presente trabalho que a facultatividade deve ser sim entendida como uma das características da competência, como apresenta CARRAZA, caso contrário, como quem tem poder de criar, tem poder de alterar ou deixar de cobrar, se a facultatividade não pudesse ser considerada uma característica, não se poderia desonerar.

Importa ainda afirmar que a característica da facultatividade aplicada na possibilidade de desonerar, não pode seguir ilimitada. Retomando ao conceito aplicado por Ricardo Lobo TORRES e Humberto ÁVILA, viu-se que muitas vezes a igualdade no direito tributário irá se realizar no processo de discriminações positivas, que servem para favorecer o contribuinte, e não ao contrário. Neste sentido é que ÁVILA desenvolveu todos os critérios acerca das medidas de comparação para que não houvesse prejuízo aos sujeitos.

Este prejuízo é o que Ricardo Lobo TORRES bem denomina de *privilégio odioso*, que se resume como “a autolimitação do poder fiscal, por meio da Constituição ou da lei formal, consistente na permissão, destituída de razoabilidade, para que alguém deixe de pagar os tributos que incidam genericamente sobre todos os contribuintes, ou receba, com alguns poucos, benefícios inexistentes aos demais”⁴³³.

Ainda para o autor, os tipos de privilégio sofreram significativa alteração desde a fase do Estado Patrimonial. Inicialmente se caracterizavam como um privilégio pessoal ou real, sempre mediante a concessão do príncipe. No Estado de Direito isso não mais é possível, sendo possível apenas concessão de privilégios (se esta ainda é a melhor denominação) quando fundadas em características objetivas e reais.⁴³⁴

Os tipos de privilégios, de acordo com Ricardo Lobo TORRES são: a) na receita pública: isenção, anistia, remissão, crédito fiscal e dedução; e b) na despesa pública: subvenção, subsídio, restituição do tributo a título de incentivo. O objetivo será focar, no presente trabalho, no aspecto da *isenção*.

⁴³³ TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação*. Op.Cit., 287.

⁴³⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal**. Rio de Janeiro, Renovar, 1991. Pgs. 128 e 129.

3.4.1. As isenções no Direito Tributário.

A isenção é considerada como um tema bastante sensível, seja ao direito tributário, seja para as relações negociais. Isso porque trata-se de um instituto à disposição das autoridades de forma a calibrar o impacto da tributação, eficaz ainda nos resultados extrafiscais. Poder-se-ia entender, portanto, que tratava-se de uma matéria bastante rica para as construções doutrinárias, todavia, como assevera Paulo de Barros CARVALHO⁴³⁵, não é isso que acontece, isso porque as doutrinas até então desenvolvidas esbarram em diversos obstáculos. Nas palavras do autor:

“Isenções” sempre foi um tema complexo, ainda que intensamente presente na economia das relações tributárias brasileiras. Seus efeitos liberatórios, suas consequências no campo negocial, seu perfil de instrumento eficaz para a obtenção de resultados extrafiscais, entre outros, seriam aspectos relevantes para identificar o instituto como algo de fácil manejo, sempre à disposição das autoridades que legislam, tendo em vista calibrar o impacto da percussão dos tributos, atenuando distorções e aperfeiçoando microssistemas de incidência. Tudo se conciliaria, portanto, para fazer do assunto matéria rica em construções doutrinárias, com propostas teóricas aptas a descrever esse fenômeno jurídico em termos de elucidação fecunda. Sabemos, entretanto, que não é assim. As poucas teorias existentes esbarram em obstáculos de difícil transposição, permanecendo em nível epidérmico, tão a gosto daqueles que se satisfazem com soluções rápidas e pretensamente “eficientes”⁴³⁶.

Normalmente, a doutrina tende a descrever a isenção como i) dispensa legal do pagamento ou; b) hipótese de não incidência tributária que serão agora exploradas.

3.4.1.1. Isenção como dispensa legal do pagamento.

A doutrina clássica⁴³⁷ considera a isenção como *dispensa legal do pagamento*. Entendem tais autores que a isenção seria a aplicação da regra exoneratória após a incidência da regra de tributação, ou seja, a obrigação de pagamento do tributo nascia com o preenchimento dos requisitos da norma e no momento seguinte, haveria a exoneração do pagamento. Trata-se de uma compreensão acerca do momento em que ocorre a incidência das normas jurídicas, ou seja, para os adeptos desta teoria, primeiro incidiria a regra da tributação, e, após consumada, a regra da isenção incidiria para promover a dispensa do pagamento.

⁴³⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, linguagem e método**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 517 e 518.

⁴³⁶ Ibidem, p. 590.

⁴³⁷ Neste sentido: Geraldo Ataliba, Rubens Gomes de Souza e Amílcar de Carvalho Junior.

José Souto Maior BORGES⁴³⁸ bem exemplifica com funcionaria o raciocínio que entende a isenção como dispensa legal do pagamento: i) no primeiro momento a lei tributária incidiria concretamente sobre o fato gerado hipoteticamente nela previsto; ii) no segundo momento, como decorrência da incidência da lei sobre o fato gerado, surge a respectiva obrigação tributária; iii) e, por fim, a lei dispensa o pagamento limitando-se pois, a excluir a exigibilidade do crédito tributário, a lei tributária transformaria o fato gerador em fato isento.

O problema encontrado diante de tal teoria seria o fato de que, em decorrência do princípio da reserva de lei, o fato gerador não poderia se converter em fato isento. Ou o fato é tributado ou seria isento. Assim, para os críticos desta teoria, quando da isenção, não se instaura a obrigação tributária. Neste sentido é que entenderão a isenção como hipótese de não-incidência tributária.

3.4.1.2. Isenção como hipótese de não incidência tributária

A antítese da doutrina que considera a isenção como dispensa legal do pagamento, também se fundamenta no aspecto da “velocidade da incidência”, todavia, tal incidência seria considerada em momento diferente. Este é o entendimento defendido por José Souto Maior BORGES. Para o autor, a regra de isenção de configura como “hipótese de não incidência legalmente qualificada⁴³⁹”. Isso significa dizer que a lei de isenção seria anterior à ocorrência do fato, ou seja, não existiria obrigação tributária principal nos casos de isenção. Contudo, importa ainda esclarecer que para o autor, a isenção trata não somente de uma não incidência (pura e simples), mas, sim, de não incidência no campo das condutas contingentes, que podem ou não serem cumpridas, por isso a denomina como não incidência *juridicamente qualificada*.

Contudo, em que pese todas as contribuições que autor, a doutrina ainda restava inacabada. Afinal, com qual não-incidência se relacionaria a isenção?

Nesta esteira que seguiram as investigações de Paulo de Barros CARVALHO⁴⁴⁰. Ao desenvolver a teoria que preconizava as diferenciações entre as regras de estrutura e regras de comportamento, entendeu que as normas de isenção pertenceriam à classe das regras de estrutura. Isso significa que inserem as modificações no âmbito da regra matriz de incidência tributária, mutilando um ou mais de seus critérios. Considera que

⁴³⁸BORGES, José Souto Maior. **Teoria Geral da Isenção Tributária**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 162.

⁴³⁹ Idem..

⁴⁴⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método...* Op. Cit., p. 593.

“se um fato é isento, sobre ele não se opera a incidência, portanto, não há que se falar em fato jurídico tributário, tampouco de obrigação tributária”⁴⁴¹. Assim, para o autor, ocorreria a aplicação da regra de exoneração antes mesmo da obrigação ser gerada a partir da regra de tributação, assim, protegia a situação da aplicação da regra de tributação.

A mutilação da regra matriz poderia ocorrer de diferentes maneiras: i) *pela hipótese*: a) atingindo o critério material pela desqualificação do verbo ou pela subtração do complemento; b) indo contra ao critério espacial; c) voltando-se para o critério temporal; ou ii) *pelo conseqüente*: a) atingindo o critério pessoal pelo sujeito ativo ou passivo; b) critério quantitativo pela base de cálculo ou alíquota⁴⁴². De toda sorte, a regra de isenção atacaria a própria esquematização formal da norma padrão de incidência tributária.

O que se viu, portanto, foi a contribuição da doutrina no sentido de compreender o fenômeno da isenção a partir da análise de sua incidência. Trata-se de importante aspecto para a compreensão da estrutura lógica do direito tributário, bem como a possibilidade de revogação. Ao se entender a isenção como regra de estrutura, quando da edição de uma lei que revogue tal benefício (se estabelecido por prazo indeterminado), deverão ser respeitados todos os limites impostos à edição das leis tributárias, por exemplo, a anterioridade.

Contudo, a investigação que se busca no presente trabalho se situa em uma discussão prévia à fenomenologia da incidência. Busca-se compreender qual a vinculação da isenção com os critérios da igualdade discutidos no presente trabalho. Assim, a discussão localiza-se um passo anterior à classificação dada pela doutrina.

3.4.2. A concessão da Isenção: Respeito à igualdade e ao planejamento

Viu-se, portanto, que a isenção se configura como um importante instituto à disposição das pessoas políticas de forma a calibrar o impacto da tributação. Além disso, se caracterizando como a outra face da competência tributária, deve-se entender que tais concessões não podem restar desprovidas de quaisquer limitações. Nesta esteira é que entende-se que dentre os princípios que devam iluminar a elaboração das isenções tributárias, a *igualdade* se caracteriza como o norte a ser seguido, evitando que ocorra a

⁴⁴¹ Idem..

⁴⁴² Idem.

manipulação dos diversos incentivos, ou seja, que não sejam elaborados de forma política, encobrendo os nomes dos beneficiários e atendendo a certas conveniências políticas de forma a evitar o controle do eleitor⁴⁴³, por exemplo.

Este também é o entendimento de José Souto Maior BORGES ao exemplificar que “se todos são iguais perante o fisco, mostram-se inadmissíveis as isenções que importem em meros favores, porque violatórias das regras constitucionais da generalidade e igualdade da tributação⁴⁴⁴”.

Inicialmente, cumpre observar que por tratar-se de renúncia fiscal, as isenções devem ser projetadas nas leis orçamentárias de forma a se obter o equilíbrio entre as arrecadações e os gastos do governo, bem como sua racionalização. Este objetivo é trazido à tona pela exposição de motivos da política fiscal vinculada na Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2012:

“Também é compromisso da política fiscal promover a melhoria dos resultados da gestão fiscal, com vistas a implementar políticas sociais redistributivas e a financiar investimentos em infraestrutura que ampliem a capacidade de produção pelo setor privado, por meio da eliminação de gargalos logísticos. O governo também vem atuando na melhoria da qualidade e na simplificação da tributação, no combate à sonegação, evasão e elisão fiscal, na redução da informalidade, no aprimoramento dos mecanismos de arrecadação e fiscalização, com o objetivo de aumentar o universo de contribuintes e permitir a redução da carga tributária sobre os diversos segmentos da sociedade. Tem também procurado aprimorar a eficiência da alocação dos recursos, com medidas de racionalização dos gastos públicos, com melhora nas técnicas de gestão e controle, com maior transparência, de forma a ampliar a prestação de serviços públicos de qualidade”⁴⁴⁵.

De acordo com Maria Paula Dallari BUCCI⁴⁴⁶, o problema do financiamento da infraestrutura e todos os dispêndios necessários para as “tarefas civilizatórias” tais como saneamento básico, educação e demais garantias, se traduz, juntamente com a relação do Estado com a “iniciativa privada”, como as duas esferas da economia que se constituem como especialmente relevantes. A possível solução para tal questão resulta no planejamento por meio da relação entre a economia e a política, no plano institucional. “Mais do que um documento de orientação do Estado, o planejamento é a expressão de um pacto que envolve as forças econômicas e o setor produtivo, na medida

⁴⁴³ TORRES, Ricardo Lobo. Op. Cit., p. 294.

⁴⁴⁴ BORGES, José Souto Maior. **Teoria Geral da Isenção Tributária**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 62.

⁴⁴⁵ Disponível em http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/ldo/LDO2012/autografo/005_Autog_AnexoIII1.pdf.

⁴⁴⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. P. 59.

em que define um caminho de evolução, na forma de ação concertada” afirma a autora.⁴⁴⁷

Neste sentido, Eros Roberto GRAU⁴⁴⁸ expõe que, para a concretização de uma constituição dirigente será necessário que “ o direito não seja apenas a representação da ordem estabelecida, a defesa do presente, mas, também, a formulação e uma ordem futura, a antecipação do porvir”. Entende ainda que esta previsão se dará por meio do planejamento, dando consistência racional a atuação do Estado e a instrumentalizando o desenvolvimento das políticas públicas.

Assim, não restam dúvidas que a política tributária deve ser planejada e orientada à realização das políticas públicas, nesta esteira, a concessão de isenções tributárias não pode restar totalmente desprovida destes limites orçamentários, podendo os entes políticos estabelecerem as desonerações como bem aprouverem.

Em que pese não existirem mais isenções como as concedidas aos monges beneditinos⁴⁴⁹ no ano de 1600 que assim dispunha: "os quais chãos serão para o convento, mosteiro, ou casa do dito santo, fôrros livres e isentos de todo tributo e pensão, de hoje até o fim do mundo", em análise às desonerações tributárias federais aplicadas no ano de 2012, atrelada às projeções dos gastos anuais do governo federal, não parece que o planejamento e a igualdade permeiem os discursos no momento da concessão das isenções. A título exemplificativo, o valor das desonerações tributárias apresentadas pela Receita Federal em 2012⁴⁵⁰, somam mais de 49 bilhões de reais, e a projeção é que este montante dispare para 72,1 bilhões de reais em 2103⁴⁵¹.

Isto não seria tão problemático caso as desonerações tivessem como mote o favorecimento de setores da economia que mais necessitam ou que promovessem o desenvolvimento social ou mesmo que estivesse em conformidade com critérios que promovessem a igualdade, como aqueles desenvolvidos por Humberto ÁVILA e já apresentados.

⁴⁴⁷ Ibidem, p. 196,

⁴⁴⁸ GRAU. Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. Pgs 318 e 319.

⁴⁴⁹ Disponível em <http://www.mosteiro.org.br/index2.php?pg=Historico.php>. Acesso em 25 de novembro de 2013.

⁴⁵⁰ Disponível em:

<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/arre/RenunciaFiscal/DesoneracoesInstituidas2012.pdf>.

Visitado em 28 de Agosto de 2013.

⁴⁵¹ Disponível em: <http://tributoedireito.blogspot.com.br/2013/06/isencao-tributaria-no-brasil-chega-r.html> Acesso em 28 de Agosto de 2013 e Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/06/governo-deixa-de-arrecadar-r-287-bilhoes-ate-maio-com-desoneracoes.html>. Acesso 29 de Agosto de 2013.

Porém, o que parece existir é uma realidade bastante diferente. Por exemplo, na relação das desonerações tributárias apresentada pela Receita Federal no ano de 2012, verifica-se que os incentivos tributários concedidos favoreceram produtores de queijo do reino - em forma de desoneração do pagamento de Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) - , ainda, produtores de luminárias e papéis de parede - que foram isentados do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) -, bem como as produtoras de cerveja, visto que a majoração dos tributos a serem aplicados neste ramo, prevista para o ano de 2012, não ocorreu. E a lista de exemplos segue.

Contudo, outro exemplo não pode deixar de ser destacado: Trata-se da desoneração de IPI do setor automobilístico. Tal medida custou aos cofres públicos, de acordo com as pesquisas do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT) 2.1 bilhões de reais no ano de 2013⁴⁵². Assim questiona-se, seria a melhor maneira de salvar a crise nacional? Como restam os impactos gerados no transporte público, o qual foi mote de diferentes manifestações nacionais no ano de 2013? Bem como os impactos ao meio-ambiente? Considerando as medidas de comparação trazidas no presente trabalho, não seria o caso de estender tal desoneração aos produtores de bicicleta?

Como bem exemplifica Saldanha SANCHES⁴⁵³, as decisões políticas acerca da tributação não podem ficar a cargo do interesse de uma minoria, lobistas e determinadas classes com poder econômico que acabam por dominar as discussões sem a preocupação com todos os cidadãos.

Assim, uma possível solução a este impasse seria o planejamento, como já apresentado, bem como possibilitar uma maior atuação dos cidadãos nas decisões. Além disso, como exemplifica Paolo GROSSI⁴⁵⁴, “estamos perante a reapropriação do direito por parte da sociedade: a sociedade é um corpo vivo, em crescimento, e não pode tolerar o fato de levar nas costas uma pele antiga que, para ela, se resume em constrição” e, continua: “Não são mais as centrais do poder político a, de modo prevalente, modelá-lo segundo os próprios desenhos, mas são as instâncias emergentes – que emergem de baixo – que pedem soluções técnicas.”

⁴⁵² Estudo da Desoneração do IPI dos Automóveis. Disponível em:

<https://www.ibpt.org.br/img/uploads/novelty/estudo/1470/20140114asscomEstudoDesoneracaoDoIPIAutomoveis.pdf>. Acesso em 20/01/2014.

⁴⁵³ SANCHES, J.L. Saldanha. **Op. Cit.**, pgs. 42 e 43.

⁴⁵⁴ GROSSI, Paolo. Introdução à edição brasileira de “O Ordenamento Jurídico”. . In, ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. P. 26.

Assim, parece ser uma solução que as instituições disponibilizem políticas públicas que garantam uma maior participação popular. Já que a sociedade precisa estar imbuída do seu dever de solidariedade no financiamento estatal, decisões como desonerações não podem ficar a cargo apenas da influência de uma minoria, deve-se, também, abrir espaços institucionais de forma que decisões como estas, de desonerações, sejam discutidas em fóruns públicos de forma que se tenha uma legitimidade de atuação e que se possa garantir a igualdade e dignidade humana.

3.5 Conclusões do Capítulo

Estabelecidos os contornos da igualdade material no texto constitucional brasileiro, o objetivo passou então a analisar igualdade sob o enfoque o Direito Tributário. Para tanto, buscou-se inicialmente realizar uma breve análise da tributação no Brasil de forma a se identificar como a igualdade era entendida nos textos tributários das diferentes épocas.

Feitos tais esclarecimentos, passou-se a análise dos reflexos da igualdade no Direito Tributário a a partir de dois momentos: i) *Primeiramente* como fundamento de cobrança do tributo visto que ao entender o Estado como Democrático de Direito, verificou-se que em seu cerne encontrava-se a garantia dos direitos fundamentais. Tratam-se dos direitos que, como visto no capítulo anterior, buscam a realização da igualdade na sociedade. Assim, para que possam ser realizados, dependerão do financiamento por parte da sociedade, com fundamento, também, na solidariedade.

ii) No *segundo* momento realizou-se a análise dos reflexos da igualdade na elaboração e aplicação da lei tributária. Para tanto, identificou-se no texto constitucional pátrio (especificamente no parágrafo primeiro do artigo 145 e no artigo 150 que tratam, respectivamente, do instituto da capacidade contributiva, bem como das limitações ao poder de tributar), as garantias desta igualdade.

Pois bem, como se pôde extrair do trabalho, a influência da igualdade em seu primeiro aspecto se resume na solidariedade. Como a tributação é a forma conhecida de repartição dos gastos públicos e sabendo que a garantia dos direitos custam ao Estado, a cobrança de tributos acaba se consubstanciando em uma das maneiras pelas quais garantem-se direitos fundamentais. Verificou-se, ainda, em que pese a essencialidade do financiamento por parte da sociedade por meio do pagamento de tributos, a

solidariedade não pode ser entendida como um “*cheque em branco*” ao legislador. Deve ser analisada conjuntamente com os demais princípios tributários para que não incorra na promoção da desigualdade. Assim, neste sentido que iniciou-se a investigação acerca do segundo momento da influência da igualdade no direito tributário, qual seja, a elaboração e aplicação da lei tributária.

Apoiou-se, neste momento, especialmente na teoria desenvolvida por Humberto ÁVILA entendendo pela separação entre a igualdade particular e igualdade generalista na aplicação da lei tributária.

Quanto à igualdade particular, buscou-se compreender a noção de capacidade contributiva que, como afirma TIPKE, marca do Direito Tributário da forma como a autonomia privada marca do Direito Civil. Ainda, como leciona ÁVILA, se consubstancia em uma “justiça sob medida”. Neste sentido, justa será uma decisão que leve em conta as particularidades dos destinatários e equânime será a decisão que leve em consideração todas as diferenças entre os destinatários.

No que tange à igualdade generalista, buscou-se compreender como a praticabilidade tributária busca a realização de tal igualdade. Para tanto, buscou-se na teoria as formas de aplicação prática da lei tributária. Neste momento, justa será a decisão que leve em consideração as características médias dos destinatários e equânime será a decisão que considera as diferenças levantadas pelo legislador.

Seguindo com o desenvolvimento do trabalho, buscou-se, então, compreender quais seriam os critérios que impõe como limites objetivos à criação da lei tributária de forma a se evitar a desigualdade. Para isso, concluiu-se que deveriam estar presentes os seguintes elementos: i) sujeitos; ii) critério ou medida de comparação e iii) elemento indicativo da medida de comparação e finalidade.

Por fim, adentrou-se na complexa tarefa de se analisar o aspecto da concessão das isenções no Direito Tributário. Para isso, inicialmente buscou-se na doutrina a compreensão do aspecto da isenção, seja como i) dispensa legal do pagamento ou como ii) hipótese de não incidência tributária.

Diante de todo o que foi exposto, pode-se concluir que, em que pese tratar-se de um assunto de bastante sensível seja para o Direito Tributário, seja para as relações negociais, a doutrina parece se ater às classificações deixando de lado o impacto que a concessão destas isenções podem provocar na igualdade tributária. Verificou-se que uma das possíveis formas de se adequar tais concessões seria o estabelecimento de critérios ou elementos objetivos que permitissem uma melhor análise dos reais impactos

nos setores da economia de forma a não promover mais desigualdades do que já existem no país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela metodologia aplicada ao presente trabalho, as conclusões foram sendo sintetizadas ao longo dos capítulos, contudo, cumpre apenas estabelecer algumas considerações finais acerca do desenvolvimento do trabalho.

O objetivo do presente trabalho foi o de transportar a discussão acerca da igualdade para o campo do Direito Tributário Brasileiro. Para isso, tornou-se necessário o desenvolvimento do conceito de igualdade, em suas dimensões formal e material. Veja-se, portanto, que o que se pretendeu com o primeiro capítulo foi o estabelecimento dos contornos históricos que demonstram a luta pela igualdade nestes aspectos. Neste momento, pôde ser identificado que a igualdade se consubstanciou no fundamento para a efetivação dos demais direitos ansiados pelo cidadão.

Com o fim das grandes guerras, as conquistas deram um salto ainda maior no que tange aos direitos mínimos que garantissem a dignidade aos cidadãos. Ou seja, neste contexto histórico, os direitos sociais passaram a ser considerados essenciais para a existência de uma vida digna, compondo, também, o que se esperava de uma sociedade igualitária. Estes foram os contornos da busca pela igualdade material.

Verificou-se, portanto, que essa busca pela igualdade material, juntamente com a garantia da igualdade formal, permeou o desenvolvimento de Constituições centradas nas garantias dos sujeitos. Entendeu-se que, além da igualdade no tratamento da lei, deveria haver uma preocupação com o tratamento dos grupos minoritários, com a equalização de educação, da saúde, educação. Em resumo, a busca pela dignidade da pessoa humana em seu amplo sentido.

Assim, estando o texto constitucional alinhado com os anseios da sociedade, restou entendido que tal fato corroboraria com a sua legitimidade e, conseqüentemente, com a vontade do cidadão em se manter sob o manto da Constituição, estabelecendo-se, com isso, a identidade de um povo/Estado para com a Constituição.

Ocorre que entender os contornos históricos da busca pela igualdade não seria suficiente para o objetivo pretendido. Afinal, para entender os reflexos no Direito Tributário seria necessário, também, questionar: Que igualdade estava-se invocando? Como se viu, diferentemente de outros valores cuja polaridade é determinada por sua negação, no caso da igualdade isso nem sempre ocorre, pois seu oposto pode muitas vezes a afirmar. Assim, no segundo capítulo o objetivo foi de buscar em John RAWLS,

Ronald DWORKIN, Amartya SEN e Pierre ROSANVALLON luzes para a compreensão acerca da igualdade.

Estabelecidos estes contornos, seria ainda necessário compreender como o texto constitucional pátrio teria recepcionado esta igualdade. O que se percebeu, portanto, é que a igualdade vem reconhecida como condição essencial de existência de um Estado Democrático de Direito como o brasileiro, especialmente porque está intimamente ligada ao reconhecimento e exercício dos direitos fundamentais. Percebeu-se, ainda, que o constituinte preocupou-se em instituí-la em dois aspectos, tanto formal quanto material e ao realizar uma leitura sistemática do artigo 3º, que identifica os objetivos da República, com o artigo 5º que trata dos direitos fundamentais, ambos da Constituição Federal, identificou-se que a noção de igualdade assumiu uma posição de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

Assim, ao se compreender a igualdade como aspecto fundamental ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito brasileiro, cumpriu esclarecer que, como consequência lógica, deveria ser entendida como cláusula pétrea, se caracterizando, portanto, como uma reserva de justiça constitucional. E, como não poderia ser diferente, verificou-se ainda que a noção de igualdade caminha, *pari passu* com a dignidade da pessoa humana, dignidade esta que deve ser compreendida, como bem apresentou BARROSO, na liberdade, igualdade, garantia ao mínimo existencial bem como a solidariedade.

A partir deste momento pôde-se vislumbrar como a igualdade toca o Direito Tributário. Para desenvolver tal correlação, contudo, foi necessário se estabelecer um corte metodológico no sentido de se entender a influência da igualdade sob dois momentos: O primeiro deles se justifica na promoção dos direitos fundamentais. Como é sabido, a garantia dos direitos custam ao Estado e a tributação se constitui como a maneira mais disseminada de angariar recursos ao Estado. Neste sentido, entende-se que a igualdade influencia o dever de pagar tributos, como realização da solidariedade humana.

Contudo, o que se percebeu é que a solidariedade não pode se consubstanciar em um dever absoluto, deve ser analisada diante de demais princípios como da Capacidade Contributiva, de forma que não incorra na promoção de desigualdades.

No trabalho pretendeu-se então delimitar estes dois momentos de influência da igualdade no Direito Tributário, chegando-se à conclusão pela necessidade de existirem parâmetros objetivos que respeitem a individualização.

Por fim, buscou-se lançar luzes sobre um tema de suma importância ao Direito Tributário mas que parece carecer de uma análise pormenorizada, tratam-se das isenções tributárias. A isenção é considerada como um tema bastante sensível ao Direito Tributário, afinal, o seu uso indevido pode criar grandes desequilíbrios nas relações negociais. O problema que se enfrenta no Brasil parece ser pautado no fato de que as isenções parecem ser concedidas sem o devido planejamento financeiro, impactando diretamente os cofres públicos. Além disso, analisando as isenções concedidas pelo Governo Federal no ano de 2012, parece existir um domínio de pequenos grupos econômicos que acabam sendo privilegiados em detrimento de outros grupos. Nota-se, ainda, que apesar da lista de isenções, não houve redução na arrecadação no ano de 2012, ou seja, alguém está efetivamente pagando a conta.

Neste sentido, conclui-se com o presente trabalho que parece necessário se instituir critérios mais objetivos à concessão das isenções, bem como a promoção de políticas públicas que fomentem o debate entre os cidadãos a fim de que se tenha uma maior discussão e, principalmente, transparência nas concessões das isenções tributárias.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o Povo Soberano**. Fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMED, Fernando José. NEGREIROS, Plínio José Labriola de Campos. **História dos Tributos no Brasil**. São Paulo: Sinafresp, 2000.

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **História do Tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005

BARRETO, Paulo Ayres. **Imposto sobre a renda e preços de transferência**. São Paulo: Dialética, 2001.

BARROSO. Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, José Souto Maior. **Teoria Geral da Isenção Tributária**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUARQUE, Cristóvão. **A revolução das prioridades**. Instituto Estudos Econômicos (INESC), 1993.

BUFFON, Marciano. **Tributação e Dignidade humana**. Entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Segunda edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trota, 2003.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2009.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia sociedade e cultura**. Volume II - O poder da identidade. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

CINTRA, Marcos. Paradigmas Tributários: do extrativismo colonial à globalização na era eletrônica. In DE SANTI, Eurico Marcos Diniz (Org.). **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo Saraiva, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Neoconstitucionalismo, Jurisdição Constitucional e Tributação. ¹ Texto resultante da degravação de conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE..

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Ética: direito moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. **Muda Brasil: Uma Constituição para o desenvolvimento democrático**. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

COSTA, Alcides Jorge. História da Tributação: do Brasil-colônia ao imperial. In DE SANTI, Eurico Marcos Diniz (Org.). **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo Saraiva, 2008.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Praticabilidade e Justiça Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2007.

COSTA, Wilma Peres. Conflito e convergência na construção do centro político: repensando a questão da centralização no império. In DE SANTI, Eurico Marcos Diniz (Org.). **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo Saraiva, 2008.

COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In **Soberania, Representação e Democracia**. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. O Estado. In **Soberania, Representação e Democracia**. Curitiba: Juruá, 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O Direito à diferença**. 2ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DE GAUGELAC, Vincent; LEONETTI, Isabel Taboada. **La lutte de places**. Marseille, ÉPI “Hommes et perspectives” et Paris, Désclée de Brouwer.

DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. Tributação no Brasil Colonial. In DE SANTI, Eurico Marcos Diniz (Org.). **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo Saraiva, 2008.

DERZI, Misabel. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. São Paulo: RT, 1989

_____. Princípio da igualdade no direito tributário e suas manifestações. In V Congresso Brasileiro de Direito tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal: Uma Crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. Tese de Doutorado apresentada à Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2013.

DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in Theory & Practice**. Second edition. Ithaca: Cornell University Press, 2003.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FAORO, Raymundo. **Assembléia Constituinte: A legitimidade recuperada**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

FERRAGUT, Maria Rita. **Presunções no Direito Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. In

FERREIRA, Benedito. **A história da tributação no Brasil**. Brasília, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: alguma aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 (p. 11-53).

GABARDO, Emerson. SALGADO, Eneida Desirre. (Org). **Direito, Felicidade e Justiça. (No prelo)**.

GRAU. Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade Social e tributação. In GODÓI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio. **Solidariedade Social e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005 (p.182 a 186).

GROSSI, Paolo. Introdução à edição brasileira de “O Ordenamento Jurídico”. In: ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. P. 26.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso na promulgação da Constituição de 1988. Disponível em Senado Federal: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2008/09/29/em-discurso-historico-ulysses-guimaraes-comemora-a-promulgacao-da-carta-de-1988>. Acesso em 19 de Setembro de 2013. (Grifo Nosso).

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HESSE, KONRAD. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

HOBSBAWM, Eric. **A Era dos Extremos – O Breve século XX**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. P. 255.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3ª ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2002.

KANT, Immanuel. Questão renovada. Estará o gênero humano em constante progresso para melhor? In KANT, Immanuel. **O Conflito das faculdades**. Lisboa: Edições 70, 1993

- KELSEN, Hans. **O que é justiça?**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LUÑO, Antonio Henrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1999.
- MAIA, Antônio Cavalcanti. **Sobre a teoria constitucional brasileira e a carta cidadã de 1988: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo**. Revista Quaestio Iuris, 2012. Universidade Estadual do Rio de Janeiro.
- MAGNOLI, Demétrio (org.). **História da Paz**. São Paulo: Contexto, 2008
- MALISKA, Marcos Augusto. **O Direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2001.
- _____. O princípio da igualdade entre a homogeneidade e a heterogeneidade social. Análise dos casos Brasil e Polônia a partir da interpretação concretizadora (tópica) da Constituição. In: COMPLAK, Krystian; MALISKA, Marcos Augusto. (Org.) **Entre Brasil e Polônia – Debates sobre Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012. P. 121.
- MESSERE, Ken. *Half a Century of Changes in Taxation*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, ago/set, 1999 (p. 340-365).
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. 4ª Edição. Coimbra: Coimbra, 2000.
- MEE, Charles L. **A História da Constituição Americana**: Relato da criação do governo durante a Convenção Constitucional. Tradução de Octávio A. Velho. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. 17ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MOSQUETTI, Francesco. **El Principio da capacidad contributiva**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1980.

_____. O Princípio da Capacidade Contributiva. In FERRAZ, Roberto Botelho. *Princípios e Limites da Tributação*. São Paulo, Quartier Latin, 2009.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental e pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004..

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NOVOA, Cesar Garcia. El Principio da seguridad jurídica em materia tributaria. Madrid: Marcial Pons, 2000

NOVOA, Cesar Garcia. **Los métodos de simplificación en la experiencia latinoamericana – referencia a los casos brasileño y argentino**. Revista de Contabilidad y Tributación del Centro de Estudios Financieros 247/11.

OLIVEIRA, Fabio Alves Gomes de. **Ideais da Igualdade**: Um estudo comparativo entre Rawls, Dworkin e Amartya Sen. 2010. Dissertação (Mestrado em Filosofia)-Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2010.

OPPENHEIM, Felix E. Igualdade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Quinta edição. Volume I. Brasília: Editoria Universidade de Brasília, 2000.

PASQUINO, Gianfranco. Revolução. In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 12ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002 (p. 1121-1131).

PAUGMAN, S. **L'a exclusion l'état de savoir**. Paris: La découverte, 1996.

PISARELLO, Gerardo. **Um largo Termidor – La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático**. Madrid: Trota, 2011

PUGLIESI, Giovanni. Appunti per uma Storia della Protezione dei Diritti Umani. In CARPI, Federico; ORLANDI, Chiara Giovannucci (ed.). **Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level: international congress on procedural law for the ninth centenary of the University of Bologna**. Volume I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991 (p. 57-104).

RAWLS, John, **A Theory of Justice**. Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

_____. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977

ROSANVALLON, Pierre. **A Crise do Estado Providência**. Brasília, UNB, 1997.

_____. **A Desigualdade se Mundializou**. Entrevista ao Instituto Humanitas Unisinos, em 03/12/2012. Disponível em <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/516110-a-desigualdade-se-mundializou-entrevista-com-pierre-rosanvallon>>, visitado em 28 de Agosto de 2013.

_____. **La société des égaux**. Éditions du Seuil, 2011.

SANDEL, Michael. **Justiça** – O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2011.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. (Org). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos Direitos Sociais no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coord.). **A Eficácia dos Direitos Sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009 (p. 22-42).

SCHERMERS, Henry G.; BLOKKER, Niels M. **International Institutional Law**. Fourth edition. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEPULCRI, Nayara Tataren. **O princípio da Solidariedade no Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Silva, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A Globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cotez, 2005.

SPOSATTI, Aldaíza. **Mapa da Exclusão/Inclusão na cidade de São Paulo**. São Paulo, EDUC.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAYLOR, Charles. **Philosophical papers**. Paperback. Oubn Development Co, 1985.

TIPKE, Klaus. LANG, Joachin. **Direito Tributário**. 18ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights: Between Idealism and Realism**. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

_____. **Os Direitos Humanos e a Tributação**. Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008 (p.69-86).

_____. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. V. II, Valores e Princípios Constitucionais Tributários, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça** - um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Direitos Fundamentais – Uma leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VILLAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

VILLEY, Michel. *O Direito e os Direitos Humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VITA, Alvaro. **A tarefa prática da filosofia política de John Rawls**. Revista Lua Nova, n. 25, 1992.

WANDERLEY, Mariangela Belfiore. Refletindo sobre a noção de exclusão. In SAWAIA Bader (Org.) **As artimanhas da exclusão**. 11ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acesso em 07 de Novembro de 2013.

Assembléia Legislativa. Propostas de Emendas à Constituição. Disponível em: http://www.camara.leg.br/sileg/Prop_lista.asp?sigla=PEC&Numero=&Ano=&Autor=&OrgaoOrigem=todos&Comissao=0&Situacao=&dtInicio=01%2F01%2F1988&dtFim=01%2F10%2F2013&Ass1=&co1=+AND+&Ass2=&co2=+AND+&Ass3=&Submit=Pesquisar&Relator=&pesqCompleta=1. Acesso em 21 de Outubro de 2013.

AGUSTINI, Rodrigo. **A Competência Tributária confrontada com o artigo 11 da Lei Complementar 101/2000**. Monografia apresentada ao Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), 2010. P. 26. Disponível em <http://www.ibet.com.br/monografia/2010-01/170.pdf>. Acesso em 04 de Novembro de 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Neoconstitucionalismo, **Jurisdição Constitucional e Tributação**. Texto resultante da degravação de conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fcleveadvogados.com.br%2Farquivos%2Fneoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc.doc&ei=ryn0UpallS3xkQf9voGoBg&usg=AFQjCNEP2dy-by7MTkgTXgFRV9Ug-vcFPA&sig2=sb-ZBZ9bHixJB5KCJZkdgA&bvm=bv.60799247,bs.1,d.cWc>. Acesso em 16 de outubro de 2013.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 07 de Outubro de 2013.

Entrevista com CASS SUNSTEIN. Disponível em <http://www.breitbart.com/Big-Government/2013/01/29/Sunstein-Obama-Wants-Second-Bill-of-Rights>. Tradução livre. Acesso em 09 de Outubro de 2013

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. In Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Disponível em:

<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acesso em 07 de Novembro de 2013.

Instituto Brasileiro de Pesquisas Tributárias (IBPT). Estudo da Desoneração do IPI dos Automóveis. Disponível em: <https://www.ibpt.org.br/img/uploads/novelty/estudo/1470/20140114asscomEstudoDesoneracaoDoIPIAutomoveis.pdf>. Acesso em 20/01/2014.

Mosteiro Monges Beneditinos. Disponível em <http://www.mosteiro.org.br/index2.php?pg=Historico.php>. Acesso em 25 de novembro de 2013.

Pesquisa Banco Mundial. Doing Business in Brazil. Disponível em <http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/brazil/starting-a-business/>. Acesso em 24 de Setembro de 2013

Planalto. Legislação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 de Novembro de 2013.

Portal da Indústria. Disponível em <http://www.portaldaindustria.com.br/cni/imprensa/2013/12/1,30026/enai-2013-simplificacao-do-sistema-tributario-e-fortalecimento-do-mercado-de-capitais-incentivarao-investimentos.html>. Acesso em 29 de novembro de 2013.

Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento: Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR2013%20Report%20Portuguese.pdf>. Acesso em 21 de Outubro de 2013.

Revista Exame: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/brasil-e-4o-pais-mais-desigual-da-america-latina-aponta-onu>. Publicado em 25 de Abril de 2013. Acesso em 21 de outubro de 2013.

Senado Federal. Discurso Ulysses Guimarães: Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2008/09/29/em-discurso-historico-ulysses-guimaraes-comemora-a-promulgacao-da-carta-de-1988>. Acesso em 19 de Setembro de 2013.