

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO

JOSÉ LIMA DE MENEZES

DEVERES FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: O TRIBUTO

RECIFE

2003

JOSÉ LIMA DE MENEZES

DEVERES FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: O TRIBUTO

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa.

RECIFE

2003

Ficha Catalográfica –

Menezes, José Lima de
M511d Deveres fundamentais na Constituição do Brasil: o tributo /
José Lima de Menezes. – Recife, 2003.
187 f.

Orientador : Raymundo Juliano Rego Feitosa

Dissertação (Mestrado em Direito)– Universidade Federal
de Pernambuco, 2003.

1. Direito Tributário - Brasil. 2. Obrigação tributária - Brasil. I.
Feitosa, Raymundo Juliano Rego. II. Universidade Federal de
Pernambuco. III. Título.

CDU: 34:336.2

Ata da Sessão de Arguição da Dissertação Final do Mestrando **José Lima de Menezes** do Curso de Mestrado em Direito da Faculdade do Recife do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco.

Aos vinte e quatro (24) dias do mês de julho do ano de dois mil e três às dez horas e trinta minutos (10:30) na sala de aula dos Cursos de Pós-Graduação desta Faculdade, reuniu-se a Comissão designada pelo Colegiado dos Cursos de Pós-Graduação e aprovada pela Câmara de Pesquisa e Pós-Graduação para exame da dissertação final do mestrando **José Lima de Menezes**, sob o título "**Deveres Fundamentais na Constituição do Brasil: O Tributo**". Presentes os Professores Doutores: Gustavo Ferreira Santos, Paulo César Santos Bezerra e Fernando José Pereira de Araújo, integrantes da Banca Examinadora, estudantes da Pós-Graduação e demais presentes. Dando início aos trabalhos, o Professor Doutor Gustavo Ferreira Santos, saudou os presentes em seguida passou a palavra ao Orientador Professor Doutor Raymundo Juliano do Rego Feitosa para que fizesse a leitura do Parecer, habilitando o candidato para defesa oral. Feito isso o Presidente da Banca passou a palavra ao candidato estabelecendo o prazo máximo de vinte (20) minutos para que fizesse a sua exposição. Logo após foi dada a palavra ao Professor Doutor Fernando José Pereira de Araújo, primeiro examinador, para proceder a sua arguição no igual prazo de tempo, o candidato respondeu as objeções. Em seguida o senhor presidente passou a palavra ao segundo examinador, ao Professor Doutor Paulo César Santos Bezerra, lembrando do mesmo prazo de tempo para sua arguição. Feito pelo mesmo prazo de tempo foi respondido pelo candidato. A seguir o Professor Doutor Gustavo Ferreira Santos, Presidente da Banca, passou a fazer as suas considerações durante o pré-estabelecido vinte (20) minutos, arguiu o candidato, que por sua vez apresentou as suas objeções. Encerrando os trabalhos, a Comissão Examinadora reuniu-se em secreto para deliberar as menções. Reabrindo os trabalhos, o Professor Doutor Gustavo Ferreira Santos, Presidente da Banca, comunica aos presentes, que, em face ao resultado e de acordo com o artigo cinquenta e quatro (54) do Regimento Interno destes Cursos de Pós-Graduação desta Universidade foi o candidato **José Lima de Menezes**, APROVADO com as seguintes menções: Professor Doutor Fernando José Pereira de Araújo: APROVADO, Professor Doutor Paulo César Santos Bezerra : APROVADO e Professor Doutor Gustavo Ferreira Santos: APROVADO. Menção Geral: APROVADO. Nada mais havendo a tratar, lavrei a presente Ata, assinada por mim Josina de Sá Leitão, Secretária dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, pela Banca Examinadora e pelo candidato. Recife, 24 de julho de 2003.

Presidente: _____

1º Examinador _____

2º Examinador _____

Candidato: _____

Para Antonia, para meus filhos e filha, para meus alunos e amigos. Para minha mãe, para meus irmãos. Para José Pedro. Por sua causa, quero ser melhor. Não posso, por sua causa, não ser.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo milagre da vida e de todas as possibilidades.

A Zélia Cunha e Izabel Falcão, pelo apoio moral.

À Professora Doutora Celeste Maria Pacheco de Andrade, cujo espírito fraterno superou o meu cristianismo.

A Vera Barbosa, pelo carinho com que sempre me recebeu e incentivou.

A José Carlos, com votos de sucesso.

A Antonia, pela elevada e incomum solidariedade, sem o que, certamente, eu não conseguiria esta superação.

Ao Professor Doutor Raymundo Juliano Rêgo Feitosa. Mestre que se fez amigo e conquistou lugar privilegiado na minha consideração. Sem os seus ensinamentos, sem a sua paciência, sem sua dedicação, esta jornada teria sido impossível para muitos, principalmente para mim.

AGRADECIMENTO ESPECIAL

À Universidade Estadual de Feira de Santana, instituição a que devo todas as conquistas profissionais.

RESUMO

Este trabalho aborda o tributo na perspectiva dos deveres fundamentais. Parte-se da idéia de que o Estado não é um fim em si mesmo, constituindo uma organização jurídico-política destinada a cumprir tarefas inerentes à realização dos valores consagrados pela comunidade. A realização dos valores põe os deveres como necessidade lógica de conduta compatível com a realização daqueles valores. Alguns deveres, por dizerem respeito à própria existência e caracterização de determinado Estado, assim como pelo fato de determinarem, juntamente com os direitos, o status do indivíduo na comunidade, recebem o qualificativo de fundamentais. Nesta ordem de idéias, o tributo é visto como dever fundamental de contribuir para a manutenção dos gastos públicos. O Estado Brasileiro, nos termos da Constituição de 1988, assume, como valor da mais alta relevância, a dignidade da pessoa humana, e é altamente comprometido com os pilares dos direitos fundamentais, a saber: vida, liberdade, segurança e propriedade. Ao lado e ao par disto, é um estado fiscal, do que resulta o tributo ser condição essencial ao seu funcionamento, constituindo-se em instrumento de garantia da efetividade dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Estado; valores; deveres fundamentais; tributo.

RÉSUMÉ

Ce travail aborde le tribut à partir de la question des devoirs fondamentaux. Nous partons de l'idée que l'Etat n'est pas une fin en soi, mais constitue une organisation juridico-politique destinée à accomplir des tâches inhérentes à la mise en pratique des valeurs consacrées par la communauté. La mise en pratique des valeurs fait des devoirs une nécessité logique de conduite compatible avec la réalisation de ces valeurs. Certains devoirs, parce qu'ils concernent l'existence même et la caractérisation d'un Etat donné et parce qu'ils déterminent, avec les droits, le statut de l'individu dans la communauté, reçoivent le qualificatif de fondamentaux. Dans cet ordre d'idées, le tribut est vu comme le devoir fondamental de contribuer aux dépenses publiques. L'Etat brésilien, selon les termes de la Constitution de 1988, considère comme valeur de la plus haute importance la dignité de la personne humaine, et est érigé sur les piliers des droits fondamentaux, à savoir la vie, la liberté, la sécurité et la propriété. En outre et parallèlement, c'est un état fiscal ; de cela, il résulte que le tribut est la condition essentielle à son fonctionnement, constituant un instrument qui garantit l'effectivité des droits fondamentaux.

Mots clés : Etat, valeurs, devoirs fondamentaux, tribut.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I	
PARA UMA COMPREENSÃO DO ESTADO	14
1.1 CONCEITO DE ESTADO	17
1.2 DOS FINS DO ESTADO	29
1.3 ESTADO E PODER	37
1.4 ESTADO E DIREITO	46
CAPÍTULO II	
BREVE ESTUDO SOBRE OS VALORES	56
2.1 VALORES: em busca de um entendimento aproximativo	58
2.1.1 Das possibilidades de conhecimento dos valores.....	59
2.1.2 Da objetividade dos valores.....	63
2.2 DO MODO DE SER DOS VALORES	68
2.3 CARACTERÍSTICAS DOS VALORES	70
2.4 CLASSIFICAÇÃO DOS VALORES	73
2.5 TEORIAS SOBRE O VALOR	76
2.5.1 Explicações psicológicas sobre valores.....	76
2.5.2 Interpretação sociológica dos valores.....	78
2.5.3 O ontologismo axiológico.....	80
2.5.4 Teoria histórico-cultural dos valores.....	83
CAPÍTULO III	
DEVERES FUNDAMENTAIS	86
3.1 O DESENVOLVIMENTO DA IDÉIA DE DEVERES FUNDAMENTAIS	90
3.2 CONCEITO DE DEVERES FUNDAMENTAIS	92
3.3 RELAÇÕES ENTRE DEVERES FUNDAMENTAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	95
3.4 FUNDAMENTO JURÍDICO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS	97
3.5 JURIDICIDADE DOS DEVERES FUNDAMENTAIS	99
3.6 DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS	102
3.7 TITULARES ATIVOS DOS DEVERES FUNDAMENTAIS	103
3.8 DESTINATÁRIOS DOS DEVERES FUNDAMENTAIS	104

3.9	TIPOLOGIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS.....	106
3.9.1	Deveres fundamentais quanto ao conteúdo.....	107
3.9.2	Deveres fundamentais quanto aos titulares ativos.....	108
3.9.3	Deveres fundamentais quanto aos destinatários.....	109
3.9.4	Deveres fundamentais quanto às relações com direitos fundamentais.....	109
3.9.5	Deveres fundamentais quanto às relações entre si.....	109
3.9.6	Deveres fundamentais quanto à evolução histórica.....	111
3.10	Deveres fundamentais e princípios constitucionais.....	111
3.11	Os deveres fundamentais e o legislador.....	113
	CAPÍTULO IV	
	O TRIBUTO COMO DEVER FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO	
	BRASILEIRA DE 1988	117
4.1	O ESTADO FISCAL.....	120
4.2	O CARÁTER FISCAL DO ESTADO BRASILEIRO.....	124
4.3	TRIBUTO.....	127
4.3.1	Impostos.....	137
4.3.2	Taxas.....	139
4.3.3	Contribuições de melhoria.....	142
4.3.4	Contribuições parafiscais.....	144
4.3.5	Empréstimos compulsórios.....	149
4.4	Poder tributário.....	152
4.5	LIMITES CONSTITUCIONAIS À TRIBUTAÇÃO: PRINCÍPIOS.....	156
4.5.1	O conceito de princípios.....	157
4.5.2	Princípio da legalidade do tributo.....	159
4.5.3	Princípio da igualdade.....	162
4.5.4	Princípio da segurança jurídica.....	164
4.5.5	Princípio da proibição de utilizar tributo com efeito de confisco.....	166
4.5.6	Princípio da capacidade contributiva.....	167
4.5.7	Imunidades tributárias.....	170
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	174
	REFERÊNCIAS.....	178

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, tem-se um estudo do tributo, na configuração que lhe é dada pela Constituição do Brasil de 1988. Alguns motivos induzem o autor a esta escolha: primeiro, a percepção de que a literatura pátria disponível, ao tempo em que dedica extensas páginas ao tratamento dos direitos fundamentais, pouco se reporta aos deveres fundamentais; em segundo lugar, vive-se, no Brasil, um momento de grande expectativa em torno de uma possível reforma tributária; em terceiro lugar, a vivência profissional do autor tem oportunizado perceber, no comum das pessoas, um sentimento de repúdio ao pagamento do tributo; em quarto lugar, observa-se que a Constituição não traz uma definição de tributo, o que é feito no Código Tributário Nacional, de modo a contemplar elementos que também se prestam a definir outras categorias de ingressos públicos¹.

Os motivos ora descritos conduzem ao problema de buscar uma noção menos inexata da categoria tributo. A indagação básica, a conduzir a investigação, gira em torno daquilo que possa vir a ser considerado como nota identificadora do tributo, algo que lhe dê o caráter distintivo, a especificidade.

Toma-se por hipótese a possibilidade de existir, no ordenamento jurídico brasileiro, uma categoria de deveres fundamentais e de o tributo estar incluído nesta categoria.

¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito financeiro e tributário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 320.

Com um problema e uma provável resposta, era preciso justificar o esforço, encontrar a razão da escolha. Um exame sistemático do texto constitucional evidencia que a instituição do tributo deve obedecer aos princípios da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade, da capacidade contributiva, da proibição do confisco. O tributo se sujeita a uma disciplina específica, não aplicável, pelo menos em certas oportunidades, a outras imposições estatais. Deste modo, o contribuinte, o juiz, o servidor do fisco, todos precisam identificar, com segurança, o fenômeno tributo, para a aplicação do estatuto jurídico pertinente.

A noção precisa do que é tributo revela-se imprescindível, também, à correta interpretação da norma de imposição tributária. A linguagem normativa serve à comunicação da conduta devida, ou proibida, nas diversas situações fáticas. A interpretação consiste mesmo num esforço de identificar a conduta que seja correspondente àqueles modais deônticos. Descobrir a referida correspondência requer uma busca de sentido (segundo o ordenamento) para o fato, para a conduta, para a relação, para os interesses presentes em cada caso concreto. Encontrar o sentido requer a compreensão exata do objeto (no presente caso, o tributo).

Não obstante a importância da compreensão mencionada, as definições doutrinárias ora se fixam em meras traduções do conteúdo do artigo 3º do Código Tributário Nacional², ora apelam para elementos meta ou extrajurídicos, ora acolhem determinada nota, que termina por não resistir às contestações. Ocorre, ainda, o uso da palavra tributo com os mais diversos significados.

² E neste ponto não contribuem muito, tendo em vista que, conforme já relatado, a definição do código não é completa.

Diversos critérios de identificação da especificidade do tributo são percebidos na doutrina, a saber: a) O titular do direito aos ingressos; b) a origem dos ingressos; c) a finalidade dos ingressos; d) a legalidade; e) o poder fiscal do Estado; d) consistência material do objeto da prestação; e) a natureza do dever jurídico a ser satisfeito.

Cada um desses critérios pode levar a consequências diversas acerca do entendimento do que é o tributo.

Tomando-se como critério de especificidade do tributo o titular dos ingressos, sempre que um ente estatal, ou um outro ente, desde que autorizado em lei, estiver em posição de sujeito ativo numa relação obrigacional, qualquer prestação será tributo. A realidade, todavia, não confirma esta hipótese. Inúmeros são os casos em que o ente estatal é titular de um direito subjetivo, sem, contudo, referido direito consistir em tributo. Pelas mesmas razões, a origem dos ingressos não satisfaz à necessária explicação que se procura.

O critério da legalidade, em que pese a sua robustez de característica necessária ao tributo, é, ainda, insuficiente. Lembre-se, por exemplo, que a prestação de serviço militar é um dever legal. Contudo, é absurdo considerá-lo como tributo.

Convém lembrar, outrossim, que, no Estado contemporâneo, já não se aceita a idéia de um tributo fundamentado exclusivamente numa relação de poder³. Vê-se, aí, a insuficiência do critério fundado no poder fiscal do Estado.

³ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 185.

O critério da consistência material remete o estudioso ao problema da admissão, ou não, das prestações in natura e in labore como tributos. Neste contexto, vale, ainda, lembrar a necessidade de se fixar a natureza das chamadas obrigações acessórias⁴.

O critério da natureza do dever jurídico a ser satisfeito remete ao problema central : o que é tributo?

A idéia de tributo como sacrifício gera dificuldades à compreensão da natureza dos empréstimos compulsórios. A restituibilidade induz ao entendimento de que, sendo temporária a indisponibilidade dos recursos saídos do patrimônio do particular, não teria este suportado um sacrifício”⁵.

Com este ligeiro esboço de dificuldades, acredita-se justificada a empreitada.

A metodologia consiste em pesquisar a literatura a respeito do tributo, em busca de uma base teórica para a reflexão. A partir do arcabouço teórico obtido, encaminham-se os esforços para a compreensão do problema indutor do trabalho, focalizando a Constituição do Brasil de 1988, notadamente no que concerne ao tributo.

O objetivo principal consiste em observar, na Constituição de 1988, a configuração do sistema tributário nacional, na tentativa de uma compreensão do

⁴ O cumprimento das obrigações acessórias tem, para o ente Estatal, importância muito próxima do cumprimento da obrigação de dar dinheiro. Além de possibilitar à administração do tributo a aferição do fiel cumprimento do dever do sujeito passivo, serve, ainda, à construção de bancos de dados de informações imprescindíveis à formulação de políticas públicas. Não constitui exagero afirmar: O Estado pode dispensar, em certas situações, o pagamento do tributo em dinheiro. Contudo, não pode prescindir de que o sujeito passivo cumpra a obrigação acessória.

⁵ A nosso ver, idéia errônea. A temporária indisponibilidade dos recursos, do ponto de vista patrimonial, econômico e financeiro, é um sacrifício efetivo, na medida em que o particular está sendo forçado a desistir de cursos alternativos de aplicação de seus ativos.

significado do tributo. Mas o atingimento do objetivo principal passa por uma revisão da literatura sobre o Estado, o Tributo, os Deveres Fundamentais.

No capítulo I, procura-se uma compreensão acerca do Estado. Aí trabalha-se o conceito de Estado em diversos autores, indaga-se sobre os fins do Estado, examinam-se as relações entre estado e poder, estado e direito. No capítulo II, tem-se um breve estudo sobre os valores. Trata-se, aí, de buscar um entendimento aproximativo dos valores, do modo de ser dos valores, da classificação dos valores, das características dos valores e das principais teorias sobre os valores. O Capítulo III é dedicado aos deveres fundamentais. Investiga-se o desenvolvimento da idéia de deveres fundamentais, a conceituação dos deveres fundamentais, sua relação com os direitos fundamentais, seu fundamento jurídico, seu caráter de juridicidade, suas dimensões, titulares ativos, seus destinatários, sua tipologia, sua relação com os princípios constitucionais, sua relação com o legislador. O Capítulo IV focaliza o tributo na Constituição brasileira de 1988, enquanto dever fundamental. Contém estudo sobre o Estado Fiscal, sobre o caráter fiscal do Estado Brasileiro, o tributo e suas espécies no ordenamento brasileiro, o poder tributário, os limites constitucionais à tributação.

Em nível de considerações finais, acolhe-se a existência, na constituição brasileira de 1988, de deveres fundamentais, em cuja categoria está inserido o tributo.

CAPÍTULO I

PARA UMA COMPREENSÃO DO ESTADO

O fenômeno tributário ocorre no âmbito da atuação estatal. Para custear as atividades de promoção do bem comum, o Estado necessita de dinheiro. Os particulares obtêm os dinheiros de que necessitam através do trabalho, ou da aplicação de capitais, vale dizer, mediante o desenvolvimento de uma atividade econômica. Ao Estado, contudo, não é pertinente desenvolver atividade econômica⁶. Deste modo, tem o Estado que, exercendo o poder de dizer a lei, obter dos particulares contribuições destinadas a custear as atividades públicas. Tem que impor tributos. Isto impõe a necessidade de se iniciar o presente estudo com um esforço de obter compreensão acerca do que é o Estado. Para Becker, uma boa teoria do direito tributário pressupõe o estudo do Estado:

Pretender falar cientificamente sobre a Teoria Geral do Direito Tributário, sem o acurado e refletido exame da embriogenia do Estado e da natureza jurídica do orçamento público, é enveredar pelo cômodo sistema dos fundamentos óbvios, com a conseqüente esteira de erros, contradições e ambigüidades.⁷

⁶ A Constituição do Brasil, de 1988, no seu artigo 173, só permite a exploração direta de atividade econômica pelo Estado excepcionalmente: para atender a imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

⁷ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: LEJUS, 1998. p. 18.

A aferição da legitimidade dos atos estatais encontra critério na análise dos fins do Estado. “O Estado, pessoa coletiva, cuja ação decorre da vontade humana, possui necessariamente fim ou fins. Onde houver direito, haverá teleologia”⁸.

O implemento e a efetividade das ações necessárias ao atingimento dos fins requer o exercício do poder. Este tem sido considerado um dos elementos fundamentais ao entendimento do que seja o Estado:

Por longa tradição o Estado é definido como o portador da *summa potestas*; e a análise do Estado se resolve quase totalmente no estudo dos diversos poderes que competem ao soberano. A teoria do Estado apóia-se sobre a teoria dos três poderes (o legislativo, o executivo, o judiciário) e das relações entre eles.⁹

Estreitas são as relações entre Estado e direito. A realização dos fins do Estado depende da conduta dos indivíduos. Há, pois, uma necessidade de regulação da conduta das pessoas. Há que haver algum tipo de normatividade. Kelsen reduz o Estado à ordem jurídica:

Se o Estado é concebido como uma comunidade social, esta comunidade apenas pode, como já acima se expôs, ser constituída por uma ordem normativa. E, visto que uma comunidade apenas pode ser constituída por uma tal ordem normativa (sim, identifica-se mesmo com esta ordem), a ordem normativa que constitui o Estado apenas pode ser a ordem de coerção relativamente centralizada que nós verificamos ser a ordem jurídica estadual.¹⁰

Quando diz a lei, o Estado é fonte produtora do direito. Mas o Estado é também produto do direito. Ensina Radbruch: “O Estado, porém, não é apenas fonte do direito, é simultaneamente produto do direito: deriva sua Constituição, e com isso sua existência jurídica, do direito público”¹¹.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001b. p. 22.

⁹ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 77.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998c. p. 318.

¹¹ RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. Tradução Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 37.

Buscar-se-á, neste capítulo, examinar a conceituação do Estado, bem como desenvolver reflexões sobre os fins do Estado, Estado e poder, Estado e direito.

1.1 O CONCEITO DE ESTADO

Os estudiosos advertem para a dificuldade de se definir o ente Estado. Esta dificuldade advém ora da multiplicidade de sentidos em que o termo é empregado, ora da diversidade de ângulos de observação. Dallari relata a impossibilidade de se chegar a um conceito uniforme de Estado, tendo em vista a complexidade do objeto e os diversos pontos de vista a partir dos quais pode o mesmo ser abordado¹². “Não há nem pode haver uma definição de Estado que seja geralmente aceita. As definições são pontos de vista de cada doutrina, de cada autor”¹³. Kelsen relata diversas acepções em que a palavra *Estado* é empregada:

Devido à variedade de objetos que o termo denota, definir ‘Estado’ torna-se difícil. Às vezes, a palavra é usada em um sentido bem amplo, para indicar a ‘sociedade’ como tal, ou alguma forma especial de sociedade. Mas a palavra também é com frequência usada com um sentido bem mais restrito, para indicar um órgão particular da sociedade – por exemplo, o governo, ou os sujeitos do governo, uma ‘nação’, ou o território que eles habitam. A situação insatisfatória da teoria política – que, essencialmente, é uma teoria do Estado – deve-se, em boa parte, ao fato de diferentes autores tratarem de problemas bastante diferentes usando o mesmo termo e, até, de um mesmo autor usar inconscientemente a mesma palavra com vários significados.¹⁴

Em Aristóteles, o Estado é uma associação natural, que se constitui como totalidade da qual o indivíduo é parte. Fora do Estado, o indivíduo não tem humanidade:

De maneira evidente, o Estado está na ordem da natureza e antecede ao indivíduo; pois, se cada indivíduo por si a si mesmo não é suficiente, o mesmo modo acontecerá com as partes em relação ao todo. Ora, o que não consegue viver em sociedade, ou que não necessita de nada porque se basta a si mesmo, não participa do Estado; é um bruto ou uma divindade. A natureza faz assim com que todos os homens se associem.¹⁵

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 98.

¹³ MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 14. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1983. p. 36.

¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998b. p. 261.

¹⁵ ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 15.

A associação, aí, surge como necessidade, já que o indivíduo só encontra as possibilidades de ampla realização em participando da comunidade. Na capacidade de distinguir entre o bem e o mal, bem como naquela de se comunicar, encontra o homem as possibilidades de associação, para formar o Estado. “O que, especificamente, diferencia o homem é que ele sabe distinguir o bem do mal, o justo do que não o é, e assim todos os sentimentos dessa ordem cuja comunicação forma exatamente a família do Estado”¹⁶.

Hobbes define o Estado como pessoa ideal, resultante de um pacto de cada homem com todos os homens, à qual os indivíduos outorgam poderes para governá-los:

Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: *Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações*. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama *Estado*, em latim *civitas*.¹⁷ (grifo do autor).

John Locke descreve o Estado como associação decorrente da passagem dos homens do estado de natureza para o estado civil. É uma associação que exerce funções de legislar e de julgar:

Aqueles que estão unidos num único corpo e têm uma lei comum estabelecida e uma judicatura à qual apelar, com autoridade para decidir as controvérsias entre eles e punir os transgressores, estão em sociedade civil uns com os outros; mas aqueles que não têm tal recurso comum, quero dizer, na Terra, ainda estão em estado de natureza, sendo cada qual, onde não houver outro, o juiz por si mesmo e executor, o que constitui, como demonstrei antes, o perfeito estado de natureza.¹⁸

¹⁶ ARISTÓTELES, 2001, p.14.

¹⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p.143.

¹⁸ LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do Direito*. Tradução de Reynaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002a. Livro II, cap. VII., p. 144.

Locke oferece, ainda, a concepção do Estado titular do monopólio de aplicação da lei da natureza: “Por conseguinte, sempre que qualquer número de homens se unam assim numa sociedade, de modo que cada um renuncie a seu poder executivo da lei da natureza, e o entregue ao público, haverá, e somente então, uma sociedade política ou civil”¹⁹.

Em Locke, o Estado surge de um contrato. “Para Hobbes, porém, esse contrato gera um Estado absoluto, enquanto que para Locke o Estado pode ser feito e desfeito como qualquer contrato”²⁰.

Na visão de Montesquieu, o Estado é o órgão centralizador do poder social: “a reunião de todas as forças particulares, como diz muito bem GRAVINA²¹, *forma aquilo que chamamos de ESTADO POLÍTICO*”²²(grifo do autor).

Na doutrina de Rousseau, o Estado se constitui da união dos indivíduos, os quais, mediante pacto, se submetem à direção da vontade geral. O Estado é, então, uma pessoa coletiva:

Essa pessoa pública, que se forma assim pela união de todas as outras, antigamente tinha o nome de Cidade e hoje de República, ou de corpo político, que, quando é passivo, é chamado por seus membros de Estado, quando ativo de Soberano, e, quando em comparação com seus pares, de Potência. Quanto aos associados, tomam coletivamente o nome de povo e particularmente chamam-se Cidadãos, quando participantes da autoridade soberana, e Súditos, quando submetidos às leis do Estado.²³

Kant formula a idéia de um Estado jurídico: “Os homens entram assim numa União Civil na qual cada um tem determinado por Lei o que será reconhecido como seu; e isto lhe é assegurado por um Poder externo competente, distinto de sua

¹⁹ LOCKE, 2002a, p. 145.

²⁰ GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*. 15. ed. Porto Alegre: L&PM Editores, 2000. p.15.

²¹ A referência a GRAVINA é do próprio texto de Montesquieu.

²² MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 16.

²³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a economia política e do contrato social*. Tradução de Maria Constança Pires Pissarra. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 79-80.

própria individualidade. Tal é a obrigação primária, de parte de todos os homens, de entrar nas relações de um Estado Civil”²⁴. Aí o Estado é uma corporação que, por meio do direito, promove a justiça distributiva. A passagem do estado de natureza para o estado civil, nesta doutrina, não é uma necessidade, é um dever²⁵.

Hegel vê o Estado como “efetividade da Idéia ética”²⁶. “O Estado, como realidade em ato da idéia moral objetiva, o espírito como vontade substancial revelada, clara para si mesma, que se conhece e se pensa, e realiza o que sabe e porque sabe”²⁷. Nesta concepção, o Estado é a unidade que reflete, objetivamente, o espírito do povo. E, assim sendo, há uma relação hierárquica entre o Estado e os indivíduos, cabendo a estes um dever e àquele um poder que é soberano:

O Estado, como realidade em ato da vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever.²⁸

Em sentido contrário, posiciona-se Maritain:

O Estado não é a suprema encarnação da idéia, como acreditava Hegel; o Estado não é uma espécie de super-homem coletivo; o Estado é um órgão habilitado a empregar o poder e a coerção, e dirigido por peritos e especialistas da ordem e do bem-estar do povo – um instrumento de serviço do homem. Submeter o homem ao serviço desse instrumento é uma perversão política. A pessoa humana, como cidadão, existe para o corpo político, e o corpo político existe para a pessoa humana como pessoa. Mas,

²⁴ KANT, Immanuel. *Direito público: o sistema das leis que requerem promulgação pública*. In: MORRIS, Clarence (Org). *Os grandes filósofos do Direito*. Tradução de Reynaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁵ Neste mesmo sentido, BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 121: “Fica claro, portanto, que para Kant a passagem do estado de natureza para o estado civil é um dever para o homem; o que, em outros termos, significa que a constituição do Estado não é nem um capricho nem uma necessidade natural, mas uma exigência moral”.

²⁶ ROSENFELD, Denis. *Política e liberdade em Hegel*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1995. p. 223.

²⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 216.

²⁸ HEGEL, op. cit., p. 217.

o homem, por título algum, vive para o Estado. O Estado existe para o homem.²⁹

Na formulação de Ihering, o Estado é o *locus* da efetivação do direito:

No Estado, o direito encontra pela primeira vez aquilo que estava procurando: domínio sobre a força. Mas só atinge sua meta dentro do Estado; porque, no exterior, no conflito dos Estados entre si, pode estar oposto ao direito.

O Estado é a sociedade na condição de portadora da força coercitiva regulada e disciplinada. A soma total dos princípios de acordo com os quais funciona, desse modo, mediante uma disciplina de coerção, é a lei.³⁰

Em Weber, o Estado se apresenta como titular do monopólio do uso legítimo da coação física: “O Estado não se deixa definir, sociologicamente, a não ser pelo específico meio que lhe é peculiar, da forma como é, peculiar a todo outro agrupamento político, a saber, o uso da coação física”³¹. “[...] Devemos conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território – a noção de território corresponde a um dos elementos essenciais do Estado – reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física”³².

O Estado é, assim, um aparelho de dominação. Segundo Barroso,

a dominação, destarte, pode ser direta ou mediada, existindo ou não um quadro administrativo entre o dominante e os dominados numa dada associação. Contudo a presença do quadro administrativo que garanta a ordem por meio da ameaça ou emprego da força é essencial para a caracterização de uma associação como política, que no entanto será reconhecida por Estado somente quando vier a deter de forma continuada o monopólio da coação física.³³

²⁹ MARITAIN apud AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à Ciência política*. 11. ed. São Paulo: Globo, 1998. p. 23.

³⁰ IHERING, Rudolf Von. A finalidade no direito. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do Direito*. Tradução de Reynaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 412.

³¹ WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 60.

³² Ibidem, p. 60

³³ BARROSO, Pêrsio Henrique. Os conceitos de Direito e Estado em Max Weber e Hans Kelsen: contribuição para repensar a racionalidade jurídica. In: ARRUDA Jr., Edmundo Lima de (Org.). *Max Weber Direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. p. 178.

Kelsen define o Estado como corporação juridicamente constituída: “O Estado é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (em contraposição a uma internacional)”³⁴. Na obra deste autor, há uma identidade entre o Estado e o direito:

Se o Estado é concebido como uma comunidade social, esta comunidade apenas pode, como já acima se expôs, ser constituída por uma ordem normativa. E, visto que uma comunidade apenas pode ser constituída por uma tal ordem normativa (sim, identifica-se mesmo com esta ordem), a ordem normativa que constitui o Estado apenas pode ser a ordem de coerção relativamente centralizada que nós verificamos ser a ordem jurídica estadual.³⁵

Na observação de Barroso, “Kelsen não só afirma que o Estado é um ordenamento jurídico, senão que é apenas e nada mais que isso”³⁶.

Bobbio apresenta o Estado como organização suprema de uma comunidade de homens. O elemento essencial ao Estado é, aí, a soberania, caracterizada como poder absoluto:

O Estado, entendido como a forma suprema de organização de uma comunidade humana, traz consigo, já a partir das suas próprias origens, a tendência para colocar-se como *poder absoluto*, isto é, como poder que não reconhece limites, uma vez que não reconhece acima de si mesmo nenhum outro poder superior. Este poder do Estado foi chamado de *soberania*, e a definição tradicional de soberania, que se adequa perfeitamente à supremacia do Estado sobre todos os outros ordenamentos da vida social, é a seguinte: *potestas superiorem non recognoscens*.³⁷(grifos do original).

Esta observação de Bobbio sugere que o Estado é uma organização social, a mais perfeita de que se tem conhecimento, e que tal organização tem como característica fundamental a titularidade e exercício do poder.

³⁴ BARROSO, 1996, p. 261-262.

³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998c. p. 318.

³⁶ BARROSO, op. cit., p. 184.

³⁷ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4. ed. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 11.

Para Engels, o Estado surge como necessidade de um poder destinado a evitar que as classes se devorem mutuamente, por causa de antagonismos e interesses econômicos inconciliáveis:

O Estado não é, portanto, de modo algum, um Poder imposto de fora à sociedade, nem é tampouco a realidade da idéia moral, a imagem e a realidade da razão, como afirma Hegel. O Estado é produto da sociedade ao chegar a uma determinada fase de desenvolvimento; é a confissão de que esta sociedade se há enredado consigo mesma numa contradição insolúvel, se há dividido em antagonismos irreconciliáveis, perante os quais se mostra impotente para conjurar. E a fim de que estes antagonismos, estas classes com interesses econômicos em combate, não se devorem mutuamente bem como a sociedade numa luta estéril, para isso se faz mister um Poder, colocado aparentemente acima da sociedade, com a missão de amortecer o conflito e mantê-lo dentro dos limites da ordem. Este Poder, que brotou da sociedade, mas que se colocou por sobre ela e da qual cada vez mais se divorcia, é o Estado.³⁸

A concepção de Marx acerca do Estado corresponde a um poder utilizado em favor da classe privilegiada.

Diverge Marx profundamente de Hegel em ver no Estado ordem exterior à sociedade, da qual, todavia, se deriva. A concepção hegeliana era orgânica; a de Marx, mecanicista. Em Hegel o Estado é fim em si mesmo, totalidade racional ou ética; em Marx, instrumento de poder, arma temível e poderosa em mãos de determinada classe, utilizada, segundo ele, não a favor da sociedade, mas da classe forte e privilegiada, contra as classes fracas e oprimidas.³⁹

Segundo Carnoy, “Marx não desenvolveu uma única e coerente teoria da política e ou do Estado, as concepções marxistas do Estado devem ser deduzidas das críticas de Marx a Hegel”⁴⁰. O mesmo Carnoy⁴¹ relata que: 1) Para Marx, as condições materiais de uma sociedade é que constituem a base de sua estrutura e da consciência humana; 2) Para Marx, o Estado não representa o bem-comum, mas é a expressão política da estrutura de classe inerente à produção; 3) O Estado é um

³⁸ LENIN apud BONAVIDES, 2001b. p. 59-60.

³⁹ BONAVIDES, 2001b, p. 58.

⁴⁰ Ibidem, p. 65.

⁴¹ Ibidem, p. 65-69.

instrumento essencial de dominação de classes na sociedade capitalista; 4) O Estado é a expressão política da classe dominante.

Althusser confirma a visão Marxista de ser o Estado um aparelho repressivo. Aparelho mediante o qual as classes dominantes asseguram sua dominação sobre a classe operária.

A tradição Marxista é formal: desde o manifesto e do 18 Brumário (e em todos os textos clássicos posteriores, sobretudo no de Marx sobre a comuna de Paris e no de Lênin sobre o Estado e a Revolução), o Estado é explicitamente concebido como um aparelho repressivo. O Estado é uma máquina de repressão que permite às classes dominantes (no século XIX à classe burguesa e à classe dos grandes latifundiários) assegurar a sua dominação sobre a classe operária, para submetê-la ao processo de extorsão da mais-valia (quer dizer, à exploração capitalista).⁴²

O Estado é identificado com o que se denominou de aparelho de Estado, e que compreende a política, os tribunais, as prisões, o Exército, o chefe de Estado, o governo e a Administração:

O Estado é, antes de mais nada, o que os clássicos do marxismo chamaram de o aparelho de Estado. Este termo compreende: não somente o aparelho especializado (no sentido estrito), cuja existência e necessidade reconhecemos pelas exigências da prática jurídica, a saber: a política – os tribunais – e as prisões; mas também o Exército, que intervém diretamente como força repressiva de apoio em última instância (o proletariado pagou com seu sangue esta experiência) quando a polícia e seus órgãos auxiliares são ultrapassados pelos acontecimentos; e, acima deste conjunto, o chefe de Estado, o Governo e a Administração.⁴³

Althusser apresenta o seguinte resumo das afirmações dos clássicos do marxismo:

1) O Estado é o aparelho repressivo do Estado; 2) deve-se distinguir o poder de Estado do aparelho de Estado; 3) o objetivo da luta de classes diz respeito ao poder de Estado e conseqüentemente à utilização do aparelho de Estado pelas classes (ou alianças de classes ou frações de classes) que detêm o poder de Estado em função de seus objetivos de classe e 4) o proletariado deve tomar o poder do Estado para destruir o aparelho burguês existente, substituí-lo em uma primeira etapa por um aparelho de Estado

⁴² ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985. p. 62.

⁴³ ALTHUSSER, 1985, p. 63.

completamente diferente, proletário, e elaborar nas etapas posteriores um processo radical, o da destruição do Estado (fim do poder do Estado e de todo aparelho de Estado).⁴⁴

Para Gramsci, o Estado é atividade e ideologia com as quais a classe dominante justifica e mantém a dominação sobre as demais classes: "O Estado é o complexo das atividades práticas e teóricas com o qual a classe dominante não somente justifica e mantém a dominação como procura conquistar o consentimento ativo daqueles sobre os quais ela governa"⁴⁵.

Segundo Almeida⁴⁶, as diversas teorias do Estado podem ser agrupadas em duas grandes vertentes: a clássica-liberal e a marxista. A visão clássica-liberal enfatiza o comportamento individual e não as relações entre os indivíduos. O Estado deveria comportar-se como um árbitro imparcial e objetivar o bem comum. A referida corrente de pensamento atribui fundamental importância aos direitos individuais. Seus maiores expoentes são Hobbes, Locke e Rousseau. Para o primeiro, o Estado nasce para evitar que a sociedade se desagregue e atinja o estado de natureza, onde todos lutam contra todos. Locke acrescenta a necessidade de garantir a propriedade e a liberdade individual. Rousseau acrescenta que o povo renuncia a uma parcela de sua liberdade em favor do Estado. E, em face dessa renúncia, o Estado representa a vontade geral da sociedade. Continuando sua síntese, Almeida descreve a visão marxista do Estado. Nesta visão marxista, o Estado não busca o bem comum. Age de acordo com os interesses da classe dominante. O Estado é uma instituição de classes, necessária à prática de tarefas relacionadas com a

⁴⁴ Ibidem, p. 66.

⁴⁵ CARNOY, Martin. *Estado e teoria política*. Tradução pela equipe de tradutores do Instituto de Letras da PUC. 2. ed. Campinas, São Paulo: Papirus, 1988. p. 99.

⁴⁶ ALMEIDA, Guilherme Henrique de la Rocque. *O Estado como objeto de estudo: as diferentes visões do estado*. Disponível em: < w.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=52 >. Acesso em: 14 nov. 2002.

mediação do conflito de classes e a manutenção da ordem capitalista. O Estado é encarregado da repressão na sociedade burguesa.

Do exame daquilo que, até aqui, tem sido exposto, percebe-se que as afirmações acerca do Estado refletem a ideologia dos diversos autores e a descrição de realidades diversas, presenciadas por cada um deles. Mostra-se, ou o Estado como se o vê em dado momento, ou como deveria ser, do ponto de vista do autor, ou o Estado como fato, ou o Estado como norma. Sente-se a ausência de uma investigação acerca do elemento essencial e permanente da definição do objeto Estado. Vai-se encontrar essa clareza em Reale⁴⁷. Para este autor, o Estado é uma realidade cultural, de natureza tridimensional:

Basta concentrarmos nossa atenção sobre qualquer hipótese de Estado possível, que se ofereça ao nosso espírito como dado de observação, para percebermos que em todo Estado há sempre três elementos conjugados ou co-implicados, nenhum deles podendo ser compreendido plenamente sem os outros dois:

- a) o fato de existir uma relação permanente de Poder, com uma discriminação entre governantes e governados;
- b) um valor ou um complexo de valores, em virtude do qual o Poder se exerce;
- c) um complexo de normas que expressa a mediação do Poder na atualização dos valores de convivência.⁴⁸

O Estado não é só governo:

Atentando-se apenas para o fato da distinção entre governantes e governados, o Estado reduz-se ao Governo, e a Teoria do Estado ou se identifica com uma técnica de resultados, ou se converte em um realismo ingênuo, que se contenta com a descrição das conexões e das funcionalidades, com sacrifício do momento normativo, porque indiferente ao conteúdo das valorações que historicamente se efetivam, e que representam a dimensão por excelência do homem, o qual, como dissemos alhures, é o único ente cujo ser é originariamente o seu dever-ser.⁴⁹

⁴⁷ REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 374.

⁴⁸ Ibidem, p. 374.

⁴⁹ Ibidem, p. 375.

A consideração apenas do aspecto axiológico também é falha, pois conduz à identificação do Estado com a Idéia, como em Hegel, o que, segundo Reale, constitui um erro:

Vendo-se, por outro lado, apenas o aspecto axiológico ou estimativo do Estado, cai-se no erro hegeliano de sua identificação com a Idéia, ou o Valor no seu processar-se dialético, ou, então, volve-se a admitir a sua unidade apenas sob o ponto de vista teleológico, já que os fins sociais são os próprios valores enquanto racionalmente reconhecidos como motivos da conduta, e, por conseguinte, significam projeções racionais dos valores no plano da história.⁵⁰

Não se pode, por outro lado, considerar o Estado apenas como encadeamento hierárquico de normas, sob pena de se mutilar a realidade estatal fático-axiológica:

Finalmente, se no Estado não vislumbramos senão o encadeamento hierárquico das normas, a realidade estatal fático-axiológica fica mutilada, ainda que depois, à maneira de Kelsen, se pretenda reconstituir a unidade, juntando-se-lhe os pontos de vista extrínsecos do sociólogo e do político numa justaposição metodologicamente inadmissível.⁵¹

O Estado é a síntese dos três momentos anteriormente descritos:

O que, pois, caracteriza o Estado é a unidade integrante de seus três momentos ou valências, cada um dos quais é, por abstração, suscetível de perquirição particular, desde que, prévia e conscientemente, se reconheça a essencialidade do nexos de unidade. Não é, pois, o Poder; não é o fim da convivência; nem é o ordenamento jurídico que constitui, cada um de per si, o Estado: são esses três fatores enquanto dialeticamente se compõem na unidade concreta do processo histórico-social.⁵²

O homem se distingue das demais criaturas pela capacidade de dar sentido à sua existência. Deste modo, ele se propõe a atingir fins. Faz cultura. Faz história. Sua vontade, então, atua no espaço do possível, em busca do idealizado. Em sua dimensão de indivíduo, é um ser carente, em virtude da limitação, tanto de suas forças quanto de sua capacidade de perceber o mundo. Outrossim, sendo

⁵⁰ REALE, 2000, p. 375.

⁵¹ REALE, loc. cit.

⁵² REALE, loc. cit.

especificidade, não contém em si toda a extensão das possibilidades do humano. É, assim, um ser incompleto, um ser que não se basta, um ser, pois, imperfeito. Certos fins só podem ser atingidos com o auxílio da comunidade. Na comunidade, pode o indivíduo encontrar a proteção e o conhecimento. Pode contribuir para a totalidade e nesta se aperfeiçoar. Mas pode, também, encontrar óbices às suas pretensões. A comunidade não é mera coleção de indivíduos. Inclui, também, a vontade e o patrimônio de experiências de todos os indivíduos, vindo a constituir-se em unidade de objetivação dos espíritos individuais. A comunidade, como *corpus*, mantém-se e se aperfeiçoa pela coesão de suas partes. E esta coesão pressupõe o exercício do poder, como condição de serem realizados os fins e compostos os conflitos. Os fins são encontrados nos valores históricos de convivência. Tais valores dão a tônica de uma conduta necessária, compatível com sua atualização. Os valores inspiram um conjunto de normas reguladoras da atividade comunitária. A dignidade humana como valor fundante, o exercício permanente do poder, em busca da preservação dessa dignidade e de seu aperfeiçoamento, um sistema de valores e um ordenamento normativo, estes elementos todos, conjugados, constituem a organização social mais elevada, ou mais próxima da perfeição que se conhece historicamente: o Estado.

Após estas considerações, deve-se indagar acerca dos fins do Estado. É o que será feito no tópico seguinte.

1.2 DOS FINS DO ESTADO

O Estado não se deixa definir por uma característica única. Todavia, sobressai a de ser o Estado uma ordenação para a vida dos homens. Ora, ordenação pressupõe fins. Como afirma Nelson, “Ou conhecemos os fins do Estado ou o não conhecemos”⁵³. Os fins direcionam a construção do direito positivo do Estado e das políticas públicas. A relevância do estudo do tema é assim evidenciada por Bonavides:

Se todas as ações sujeitas à vontade humana se explicam precisamente por sua finalidade, como salienta Jhering, caberá sempre à ciência social e jurídica reconhecer a natureza teleológica da ação estatal, afirmar-lhe a existência inconcussa, para poder então apreciá-la como cumpre, segundo a valorização do seu conteúdo ético. O fim, entendido filosoficamente, existe, pois, para o Estado.⁵⁴

Nos fins estão os valores. Estes, para a sua realização, requerem conduta apropriada, tanto do Estado, quanto das pessoas. A conduta devida, ou decorre da necessidade de realização de valores, ou terá como único fundamento o poder. O poder, contudo, não é um fim em si mesmo. O poder é instrumental. Não serve como justificativa para limitar a liberdade humana.

Por contribuírem com o padrão valor, os fins ganham acentuada importância para a especulação jurídica e social: “da resposta que se der à finalidade do Estado, segundo Marcel de la Bigne, hão de depender as funções, os direitos, os deveres e os limites da autoridade”⁵⁵.

⁵³ NELSON apud BONAVIDES, 2001b, p. 20.

⁵⁴ BONAVIDES, 2001b, p. 23.

⁵⁵ Ibidem, p. 22.

Estas considerações nos remetem a indagar qual é o fim, ou quais são os fins do Estado, bem como se estes fins são permanentes, ou se mudam ao longo do tempo.

Aristóteles considera o Estado como um fim em si mesmo. Em sua doutrina, o indivíduo está para o Estado, não o Estado para o indivíduo: “Na ordem natural, o Estado antepõe-se à família e a cada indivíduo, visto que o todo deve, obrigatoriamente, ser posto antes da parte”⁵⁶. Põe, assim, Aristóteles, a supremacia da comunidade sobre o indivíduo.

Hobbes considera que o desígnio dos homens é cuidar de sua segurança pessoal e de uma vida de bem-estar. Devido às paixões dos homens, as leis naturais (justiça, equidade, modéstia, piedade) não são bastantes para evitar o estado de guerra entre eles. Assim, surge a necessidade de um poder que gere temor, para induzir os homens ao seu cumprimento. É preciso haver “um poder comum que os mantenha em respeito e que dirija suas ações no sentido do benefício comum”⁵⁷. O Estado vem a ser este poder comum, cuja finalidade consiste em garantir a segurança do indivíduo e da comunidade, inclusive contra as agressões externas:

A única forma de constituir um poder comum, capaz de defender a comunidade das invasões dos estrangeiros e das injúrias dos próprios comuneiros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio trabalho e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. Isso equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante deles próprios, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que os representa praticar ou vier a realizar, em tudo que disser respeito à paz e segurança comuns.⁵⁸ (grifo nosso).

⁵⁶ ARISTÓTELES, 2001, p.14.

⁵⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 130.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 130

Em Hobbes, o Estado não é um fim em si mesmo. É uma associação, artificialmente criada pelos homens, e tem como finalidade a segurança e o bem-estar da coletividade:

Isso é mais do que consentimento ou concórdia, pois resume-se numa verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: 'cedo e transfiro meu direito de governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de que transfiras a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações'. Feito isso, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim civitas.

Esta é a geração daquele enorme Leviatã, ou antes – com toda reverência – daquele deus mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa.

Graças à autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe atribuído o uso de gigantesco poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no domínio da paz em seu próprio país, e da ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros.

É nele que consiste a essência do Estado, que pode ser assim definida: 'uma grande multidão institui a uma pessoa, mediante pactos recíprocos uns com os outros, para em nome de cada um como autora, poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum'.⁵⁹

Na visão de Locke, a conservação da vida, da liberdade e dos bens encontra, no estado de natureza, três óbices: a falta de uma lei que sirva de critério objetivo de resolução dos conflitos, a falta de um juiz equânime e com autoridade reconhecida, e a falta de um poder que garanta a execução da sentença do juiz.

Por isso, os homens, apesar dos privilégios do estado de natureza, nele permanecendo em condições precárias, são rapidamente induzidos a se associar. Daí resulta que raramente se encontra um grupo de homens vivendo nessas condições. Os percalços a que os expõem o exercício irregular e aleatório do poder próprio do homem, de punir as transgressões dos outros, obrigam-nos a buscar abrigo nas leis estabelecidas e no governo, e nele buscar a preservação da propriedade.⁶⁰

O Estado é uma associação, com funções de legislar, julgar e de executar as leis. E o exercício destas funções tem como finalidade garantir a paz, a segurança e o bem geral do povo:

⁵⁹ HOBBS, 2001, p. 130-131.

⁶⁰ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o Governo*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002b. p. 93.

Todavia, quando os homens constituem sociedade abandonando a igualdade, a liberdade e o poder executivo do estado de natureza aos cuidados da comunidade para que disponha deles por meio do poder legislativo de acordo com a necessidade do bem dela mesma, fazem-no cada um com a intenção de melhor preservar a si próprio, à sua liberdade e propriedade. E como não podemos supor que um ser racional troque a sua condição para pior, o poder da sociedade ou o legislativo constituído não é tampouco de se supor que se estenda para além do bem comum, ficando na obrigação de garantir a propriedade de cada membro, obstando aos três inconvenientes acima mencionados que tornam o estado de natureza tão inseguro e arriscado. Por isso, quem tiver nas mãos o poder legislativo ou supremo de uma comunidade tem a obrigação de governá-la mediante leis estabelecidas, promulgadas e conhecidas do povo, e não por meio de decretos extemporâneos; juízes equânimes e corretos terão de resolver as controvérsias à luz dessas leis, e empregar a força da comunidade no seu território apenas na execução de tais leis; e fora dele para prevenir ou remediar males causados por estrangeiros, e proteger a sociedade contra incursões ou invasões. E tudo isso visando apenas à paz, à segurança e ao bem geral do povo.⁶¹

Rousseau observa que, em determinado estágio, os homens sentem necessidade de se associarem, tendo em vista que, individualmente, não teriam forças bastantes para resistir aos obstáculos que se interpunham à conservação do estado natural. O Estado nasce, assim, de um contrato social. A essência desse pacto consiste na expressão de uma vontade geral, que passa a dirigir as pessoas, cuidando de seus interesses:

Se afastamos pois do pacto social o que não é da sua essência, acha-lo-emos reduzido aos termos seguintes: *Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral, e recebemos enquanto corpo cada membro como parte indivisível do todo.*⁶² (grifo do autor).

O Estado tem como fins a proteção da pessoa, dos bens e a conservação da liberdade:

Como os homens não podem criar novas forças, mas só unir e dirigir as que já existem, o meio que têm para se conservar é formar por agregação uma soma de forças que vença a resistência, com um só móvel pô-las em ação e fazê-las obrar em harmonia. Essa soma de forças só pode vir do concurso de muitos; mas como a força e a liberdade de cada homem são os primeiros instrumentos de sua conservação, como há de empenhá-los sem se arruinar, e cuidando como

⁶¹ LOCKE, 2002b, p. 94.

⁶² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 32.

deve em si mesmo? Esta dificuldade introduzida em meu assunto pode assim enunciar-se:

' Achar uma forma de sociedade *que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça todavia senão a si mesmo e fique tão livre como antes*'. (grifos nossos).

Tal é o problema fundamental que resolve o contrato social.⁶³

Carnoy assinala que: "Rousseau não era defensor do 'laissez faire'. Ele viu o Estado como intervindo diretamente para assegurar um certo grau de igualdade"⁶⁴.

Em Kant, o fim do Estado é a instauração e manutenção da ordem jurídica. O que pertence a cada um é determinado pela ordem jurídica (a lei). O Estado é o poder externo que a assegura. Bobbio assinala que, para Kant, o bem público vem a ser "a constituição legal, que garanta para cada um a liberdade por meio da lei e portanto permita a cada um alcançar, no âmbito desta liberdade, a felicidade pessoal"⁶⁵.

Hegel considera o Estado como um fim em si mesmo. Argumenta que admitir a segurança e proteção da propriedade e da liberdade das pessoas como fim do Estado consiste em confundir Estado com a sociedade civil: "Quando se confunde o Estado com a sociedade civil, destinando-o à segurança e proteção da propriedade e da liberdade pessoais, o interesse dos indivíduos enquanto tais é o fim supremo para que se reúnem, do que resulta ser facultativo ser membro de um Estado"⁶⁶. Ocorre que, para Hegel, "o Estado é o lugar em que se concretiza a substância ética, lugar em que esta toma consciência de si como sendo seu próprio sujeito: ela se sabe como objeto de seu saber e de seu querer"⁶⁷. Deste modo, o indivíduo só encontra a sua realização moral no âmbito do Estado:

⁶³ ROUSSEAU, 2001, p. 31.

⁶⁴ CARNOY, 1988, p. 34.

⁶⁵ BOBBIO, 1997, p. 134.

⁶⁶ HEGEL, 1997, p. 217.

⁶⁷ ROSENFELD, 1995, p. 223.

Ora, é muito diferente a sua relação com o indivíduo. Se o Estado é o espírito objetivo, então só como membro é que o indivíduo tem objetividade, verdade e moralidade. A associação como tal é o verdadeiro conteúdo e o verdadeiro fim, e o destino dos indivíduos está em participar numa vida coletiva; quaisquer outras satisfações, atividades e modalidades de comportamento têm o seu ponto de partida e o seu resultado neste ato substancial e universal.⁶⁸

Ihering afirma que “o fim do Estado, bem como o fim do direito, é o estabelecimento e a segurança das condições de vida social”⁶⁹. Vale dizer: Estado coordenador e promotor de segurança.

Para Weber, os fins não definem o Estado, já que este tem como especificidade a reivindicação do monopólio do uso legítimo da violência. O Estado não possui um fim próprio. Serve a um fim que lhe é exterior: a dominação do homem pelo homem:

[...] como todos os agrupamentos políticos que o precederam no tempo, o Estado consiste em uma relação de dominação do homem pelo homem, com base no instrumento da violência legítima – ou seja, da violência considerada como legítima. Por conseguinte, o Estado pode existir somente sob condição de que os homens dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores.⁷⁰

A concepção weberiana pressupõe a impossibilidade de consenso entre os homens, de modo a que não haja dominados e dominadores, mas uma comunidade organizada para o bem comum, que se submete a uma coordenação necessária de atividades.

Na visão de Friede, “a razão última da existência do Estado, como é de amplo conhecimento, também se encontra intimamente associada aos fins (ou funções) que o mesmo se propõe, através do exercício legítimo do poder político, a cumprir

⁶⁸ HEGEL, 1997. p. 217.

⁶⁹ IHERING, 2002, p. 417.

⁷⁰ WEBER, 2001, p. 61.

ou a desempenhar”⁷¹. Diz, ainda, Friede, após citar Marcel de la Bigne de Villeneuve quanto à relação entre fins e legitimação dos atos do Estado:

Em assim sendo, a sociedade política que se forma pela instituição do poder político, como natural evolução das sociedades básicas (primárias), em primeiro lugar busca, como sua finalidade precípua, primordialmente o fator segurança para as pessoas e para os valores que a constituem, posto que a organização estatal (com a conseqüente instituição do poder que lhe é inerente) é, em última análise, um sinérgico instrumento de defesa da Nação (na qualidade de coletividade de nacionais) no âmbito externo e também interno (neste especial, em nível de coesão).⁷²

O mencionado autor propõe uma classificação dos fins do Estado em fins jurídicos, considerados fundamentais ou essenciais, e fins sociais, estes entendidos como não essenciais. Na sua obra, os fins jurídicos do Estado são a garantia da ordem interna (exercício do poder de polícia), defesa da soberania na esfera internacional, criação das leis, distribuição e exercício da justiça. Já os fins sociais seriam aqueles concernentes a atividades de parceria com a iniciativa privada, como saúde, educação, previdência social, amparo à família, à infância e à velhice, entre outros⁷³.

Segundo Habermas,

o Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados.⁷⁴

O Estado tem, assim, a tarefa (permanente) de coordenar a integração da comunidade. Consoante com este pensamento, a opinião de Cunha Barreto:

⁷¹ FRIEDE, Reis. *Curso de Ciência Política e teoria geral do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 77.

⁷² Ibidem, p. 77-78.

⁷³ FRIEDE, 2002, p. 78-79.

⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 171.

O Estado atual é uma incessante luta de integração social. Reflete, na sua estrutura, forças independentes, que congrega e comanda. É um ângulo de convergência de todas as forças sociais propulsoras, sob sua disciplina, da felicidade e da ordem no seio da comunhão. Ausculta as tendências, as influências dos fenômenos de toda a natureza imprimindo-lhes rumo e ritmo dirigidos à sua finalidade.⁷⁵

É assaz diferenciada a visão dos estudiosos a respeito dos fins do Estado, e mesmo da importância de sua investigação⁷⁶. Neste trabalho, acolhe-se o entendimento de que a comunidade dos homens, organizada em Estado, tem fins a atingir, e que estes fins determinam as tarefas ou funções do Estado. Os fins são dos homens. Ao Estado, cabem as tarefas. Os fins são identificados a partir dos valores assumidos por cada comunidade, em cada momento histórico. A dinâmica dos fins determina, por seu turno, a variabilidade, no tempo, das tarefas do Estado, que tendem a ser ampliadas. Segundo Carmen de Carvalho e Souza, “O Estado contemporâneo tem função eminentemente social, é o Estado das prestações. O Estado tem como função precípua zelar pelo bem estar social”⁷⁷.

Fixado que ao Estado cabem tarefas para a realização de fins, deve-se examinar as relações entre Estado e Poder, já que este é condição necessária à efetividade das ações.

⁷⁵ CUNHA BARRETO. O dirigismo na vida dos contratos. *RT*, São Paulo, p. 455, fev. 1939 apud REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 44.

⁷⁶ Neste sentido, a observação de Friede (*Curso de Ciência Política e teoria geral do Estado: teoria constitucional e relações internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 80): “É oportuno consignar que, enquanto autores como HANS KELSEN (Teoria General del Estado, México, ed. Nacional, 1959) e CONSTANTINO MORTATI (La Costituzione in Senso Materiale) se opõem ao estudo da finalidade do Estado, no âmbito da Teoria Geral do Estado, por entender KELSEN que a finalidade do Estado é uma questão nitidamente política e por entender MORTATI que a finalidade do Estado é eminentemente genérica, sendo, portanto, impossível de ser sistematizada, outros pensadores como GROPPALI (Doutrina do Estado, São Paulo, Saraiva, 1962) chegaram a sustentar que a finalidade é elemento essencial do Estado. Entre uma posição e outra, destaca-se a visão GEORG JELLINEK (Teoria General Del Estado, Buenos Aires, ed. Albatroz, 1954) para quem a finalidade, embora não seja elemento formador do Estado, possui nítida importância para a compreensão do fenômeno estatal.”

⁷⁷ O ESTADO contemporâneo. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 11 jan. 2002

1.3 ESTADO E PODER

O poder, no Estado, além de ser algo inerente à natureza do objeto⁷⁸, é uma necessidade para a realização dos fins a que se propõe a comunidade, bem como influencia a positividade do direito.

O poder estatal, em suma, representa um momento de apreciação de valores de seleção e de elaboração, cujo resultado consiste na declaração da positividade objetiva de uma regra de eficácia universal tendo em vista a sua finalidade eminentemente social.⁷⁹

Tal poder é exercido sobre seres humanos, com interferências na liberdade e nas diversas dimensões da vida⁸⁰. Cabe indagar, então, qual o sentido do poder, do Estado, enfim, de todas as ações de homens para homens. Em nosso entendimento, fora da dignidade humana, tudo é um sem sentido. Sem a consideração da dignidade humana, não concebemos a cultura. Tudo seria um determinismo de Deus, ou da natureza. Os homens seriam como quaisquer outras coisas. O seu fazer ou não fazer, ou, ainda, o fazer isto ou aquilo, seriam meras conseqüências de impulsos externos à natureza humana.

Nas considerações de Sarlet,⁸¹ a idéia do valor intrínseco da pessoa humana passa por diversos estágios de compreensão. A Bíblia, tanto no antigo quanto no novo testamento, refere-se ao homem como imagem e semelhança de Deus. Na antiguidade clássica, a dignidade da pessoa era função da posição social ocupada

⁷⁸ Veja-se que, em todas as considerações acerca do que é o Estado, está presente a noção de poder.

⁷⁹ REALE, 2000, p.110.

⁸⁰ O direito que o Estado positivo é uma intervenção na liberdade do indivíduo. No âmbito do Estado, não pode aquele fazer tudo o que pretende. Há de se ater aos comportamentos autorizados, ou não defesos pela ordem jurídica. Observe-se, ainda, que as leis do Estado, inerentes à regulação da economia e dos diversos aspectos sociais, podem determinar a abundância, ou a escassez material de vida, o desemprego, a aposentadoria, etc.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 30 et seq.

pelo indivíduo na comunidade. Haveria, então, pessoas mais ou menos dignas, conforme a intensidade da consideração de que o indivíduo fosse alvo pela comunidade. No pensamento estóico, prosseguem as observações de Sarlet, a dignidade é entendida como qualidade distintiva do ser humano das demais criaturas. O homem é um ser livre e responsável por seus atos e por seu destino. Esta qualidade é inerente a todos os homens. Há uma igualdade em dignidade. No período medievo, São Tomás de Aquino chegou a referir-se expressamente ao termo *dignitas humana*. Ressalta, ainda, Sarlet, que “Pico della Mirandola [...], partindo da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano, advogou ser esta a qualidade que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino”. Refere-se, também, à contribuição do espanhol Francisco de Vitória. Teria este sustentado, no século XVI, que os indígenas, em função do direito natural e da sua natureza humana, eram livres e iguais e deveriam ser respeitados como sujeitos de direitos. Prosseguindo em sua exposição, Sarlet nos remete ao pensamento de Pufendorf, segundo o qual a dignidade da pessoa humana era considerada como “a liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção”. Reportando-se a Immanuel Kant, assinala a particular significação das idéias deste último,

[...] cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado – nem por ele próprio – como objeto.

Segundo Kant,

o Homem, e duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem

sempre de ser considerado simultaneamente como um fim [...] Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).⁸²

A dignidade da pessoa humana requer uma investigação sobre o que é o poder - e, mais especificamente o poder estatal - bem como sobre o problema da legitimidade e limites do poder estatal. Na sequência deste tópico, abordaremos estas questões, cujo esclarecimento é necessário para a compreensão dos deveres fundamentais, de que cuidaremos em capítulo posterior.

Destacam-se três teorias fundamentais acerca do significado do poder: a teoria substancialista, a teoria subjetivista e a teoria relacional⁸³.

Para a teoria substancialista, o poder é meio de se conseguir impor uma vontade, ou a aquiescência da outra vontade. Na expressão de Bobbio ⁸⁴, “é uma coisa que se possui como outra qualquer”. Esta concepção pode ser percebida em Hobbes⁸⁵ : “o poder de um homem [...] consiste nos meios de que presentemente dispõe para obter qualquer visível bem futuro”. Segundo Bertrand Russel, ⁸⁶ “o poder consiste na produção dos efeitos desejados” e pode assumir três formas: poder físico e construtivo (baseado na força); poder psicológico à base de ameaças de

⁸² KANT apud SARLET, 1988, p. 32-33.

⁸³ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e sociedade*: para uma teoria geral da política. 7. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 77-78.

⁸⁴ Ibidem, p. 77.

⁸⁵ HOBBS, 2001.

⁸⁶ RUSSEL apud BOBBIO, op. cit. p. 77.

punição ou de promessas de recompensa; poder mental, que se exerce através da persuasão e da dissuasão (a educação é o exemplo típico em todas as sociedades).

Nas teorias subjetivistas, tem-se que poder é capacidade do sujeito:

Típica interpretação subjetivista do poder é a exposta por Locke, que por poder entende não a coisa que serve para alcançar o objetivo mas a capacidade do sujeito de obter certos efeitos, donde se diz que o fogo tem o poder de fundir os metais do mesmo modo que o soberano tem o poder de fazer as leis e, fazendo as leis, de influir sobre a conduta de seus súditos.⁸⁷

Na teoria relacional⁸⁸, o poder é uma relação. Nesta relação, um dos sujeitos obtém do outro uma conduta que, em outra situação ou condição, não ocorreria.

Robert Dahl, apud Bobbio⁸⁹, faz a seguinte síntese do assunto: “A influência [conceito mais amplo, no qual se insere o poder] é uma relação entre atores, na qual um ator induz outros atores a agirem de um modo que, em caso contrário, não agiriam”.

Ainda na observação de Bobbio⁹⁰, o poder, quando definido como relação entre sujeitos, está ligado ao conceito de liberdade: O poder de A implica a não-liberdade de B; a liberdade de B implica o não-poder de A.

Até aqui, foram postas opiniões acerca do que é o poder. Mas importa diferenciar o poder político das diversas outras formas de poder.

Aristóteles⁹¹, tomando como base o âmbito em que o poder é exercido, relata *o poder do pai sobre os filhos, o poder do senhor sobre os escravos e o poder do governante sobre os governados*. Estes três tipos são diferenciados mediante o critério do interesse: o poder paterno é exercido no interesse dos filhos; o poder

⁸⁷ BOBBIO, 1987, p. 77.

⁸⁸ Segundo Bobbio, a mais aceita no discurso político contemporâneo.

⁸⁹ Ibidem, p. 78.

⁹⁰ BOBBIO, 1987, p. 78.

⁹¹ ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

senhorial é exercido no interesse do senhor; o poder político é exercido, *ou no interesse de quem governa, ou no interesse de quem é governado*.

Esta tipologia, na visão de Bobbio⁹², sugere dois esquemas de referência de definição de duas formas corruptas de governo: *O governo paternalista ou patriarcal, e o governo despótico*.

No governo paternalista ou patriarcal, o soberano é, por comportamento, uma espécie de pai, enquanto que os súditos ficam numa posição de filhos menores de idade, ou seja, seus destinos serão decididos pelo soberano. O pai é quem sabe o que é bom para os filhos.

No governo despótico, os súditos são tratados como escravos do soberano e não se lhes reconhecem quaisquer direitos.

Locke propõe o critério da legitimidade: o poder do pai sobre o filho é natural, nasce da própria geração; o poder senhorial é o efeito do direito de punir quem se tornou culpado de um grave delito e é, portanto, passível de uma pena igualmente grave como é a escravidão; o poder civil está fundado sobre o consenso expreso ou tácito daqueles aos quais é destinado⁹³.

Os critérios propostos por Aristóteles e por Locke revelam-se impróprios à diferenciação do poder político das outras formas de poder.

Os dois critérios – o aristotélico, fundado sobre o interesse, e o lockeano, fundado sobre o princípio da legitimidade – são critérios não analíticos mas axiológicos, na medida em que servem para diferenciar o poder político como deveria ser e não como é, as formas boas das formas corruptas.⁹⁴

⁹² BOBBIO, op. cit., p. 78-79.

⁹³ BOBBIO, 1987, p. 79.

⁹⁴ Ibidem, p. 79.

Em sua análise, Bobbio caracteriza o poder político mediante o critério do monopólio do uso exclusivo da força legítima sobre determinado território. Trata-se, assim, de um poder soberano:

Quem tem o direito exclusivo de usar a força sobre um determinado território é o soberano. Desde que a força é o meio mais resolutivo para exercer o domínio do homem sobre o homem, quem detém o uso deste meio com a exclusão de todos os demais dentro de certas fronteiras é quem tem, dentro destas fronteiras, a soberania entendida como *summa potestas*, como poder supremo: *summa* no sentido de *superiorem non recognoscens*, suprema no sentido de que não tem nenhum outro poder acima de si. Se o uso da força é a condição necessária do poder político, apenas o uso exclusivo deste poder lhe é também a condição suficiente.⁹⁵

Em robustecimento de sua tese, remete o leitor ao pensamento de Jean Bodin:

O pensador considerado como o teórico da soberania (na realidade mais que o teórico, o notável expositor de um conceito que já traz em si uma longa e consolidada tradição), Jean Bodin, define o Estado como 'um governo justo de muitas famílias e daquilo que lhes é comum, com poder soberano' e o poder soberano como 'o poder absoluto e perpétuo', onde absoluto significa que não está submetido a outras leis que não as naturais e divinas, e 'perpétuo' significa que consegue obter obediência contínua a seus comandos graças também ao uso exclusivo do poder coativo.⁹⁶

Miguel Reale traz um conceito de soberania fundado na titularidade, na eficiência e na finalidade. A titularidade de tal poder é da Nação; poder é possibilidade de fazer valer decisões; a finalidade do poder é a realização do bem comum. "Soberania é o poder que tem uma Nação de organizar-se livremente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões para a realização do bem comum"⁹⁷.

⁹⁵ BOBBIO, 1987, p. 81.

⁹⁶ BOBBIO, loc. cit.

⁹⁷ REALE, 2000, p. 140.

Na concepção realeana, a Nação é titular da soberania, sendo o Estado o seu órgão executor: “a soberania é substancialmente da Nação e só juridicamente do Estado, o que quer dizer que, socialmente (mais quanto à fonte do poder) a soberania é da Nação, mas juridicamente (mais quanto ao exercício do poder) a soberania é do Estado”⁹⁸.

Bobbio⁹⁹ atenta para três modos de manifestação do poder no âmbito da sociedade: o poder econômico, que se faz valer pela riqueza; o poder ideológico, que se faz valer pelo saber; e o poder político, cujo meio de manifestação é a força. Quanto à disposição destas formas, no Estado, o primado da política opõe-se ao primado do poder espiritual e ao primado do poder econômico.

O primado da política reflete a independência do juízo político com respeito ao juízo moral. A ação política deve visar ao próprio fim, a *salus rei publicae*, sem sentir-se vinculada ou embaraçada por contemporizações de outra natureza: primado que se reflete na figura do príncipe maquiavélico, com relação ao qual os meios empregados para vencer e conquistar o Estado são sempre, sejam eles quais forem. O primado do poder espiritual indica a subordinação da ação política às leis da moral, que são, no fundo, os preceitos da religião dominante¹⁰⁰.

A dignidade da pessoa humana, já mencionada alhures, exige razões para a obediência. O homem livre pode encontrar, na obediência, realização ética. Aí obedecer significa consentir conscientemente, racionalmente. Mas pode ver, também, na obediência, o vilipêndio de sua dignidade. Estas questões nos remetem ao problema dos fundamentos e da legitimidade do poder.

⁹⁸ REALE, 2000, p. 157.

⁹⁹ BOBBIO, 1987, p. 82.

¹⁰⁰ BOBBIO, 1987, p. 85-86.

Na doutrina realista, Soberania e direito têm como fundamento o bem comum:

O bem comum é o fundamento último do Direito assim como o é da soberania, desde que, por bem comum se entenda a própria ' ordem social justa'. A compreensão da natureza do poder torna-se mais clara quando lembramos que o bem comum não coincide com a idéia particular que cada homem faz de seu próprio bem. Como nos diz Jean Dabin, a soberania é uma exigência do bem comum que não poderia se realizar pela simples benevolência dos indivíduos e dos grupos – e não pode dispensar uma ' conjugação obrigatória dos esforços de todos, sem distinções de classe, de sexo, de religião, de partido etc. ', de maneira que ' o empreendimento da coisa pública reveste a forma de uma sociedade ao mesmo tempo universal e necessária'.¹⁰¹

A legitimidade diz respeito não só à origem do poder. Tem ela íntima conexão com a sustentação do poder. Os estudiosos fazem referência a três grupos de princípios acerca da legitimidade: a vontade, a natureza, a história.

Pelo princípio da vontade, os governantes recebem seu poder, ou da vontade de Deus, ou da vontade do povo. Em outra ordem de considerações, o poder vem da natureza como força originária, ou o poder vem da natureza como ordem racional. À luz do princípio da história, o poder dos governantes vem de tradição imemorial, ou do uso prolongado do tempo¹⁰².

O positivismo jurídico se afasta da idéia de uma justificação ética para o poder, deslocando o foco para a efetividade:

Com o advento do positivismo jurídico, o problema da legitimidade foi completamente subvertido. Enquanto segundo todas as teorias precedentes o poder deve estar sustentado por uma justificação ética para poder durar, e portanto a legitimidade é necessária para a efetividade, com as teorias positivistas abre caminho a tese de que apenas o poder efetivo é legítimo: efetivo no sentido do princípio da efetividade do direito internacional, segundo a qual, para falar com Kelsen, que dela foi um dos mais notáveis defensores, ' uma autoridade de fato constituída é o governo legítimo, o ordenamento coercitivo imposto por esse governo é um ordenamento jurídico, e a comunidade constituída por tal ordenamento é um Estado no

¹⁰¹ REALE, 2000, p.109.

¹⁰² BOBBIO, 1987, p. 89-90.

sentido do direito internacional, na medida em que este ordenamento é em seu conjunto eficaz'.¹⁰³

A efetividade, conquanto revele eficácia, não encontra unanimidade como critério de legitimidade do poder. Segundo Fábio Konder Comparato,

Uma das grandes verdades postas em foco pela reflexão histórica e política dos últimos 200 anos é que o exercício estável do poder social, em qualquer de suas modalidades – política, econômica, religiosa, intelectual -, depende necessariamente de sua aceitação voluntária por parte das pessoas sobre as quais ele se exerce.¹⁰⁴

Relata, com propriedade, o mencionado autor:

Não basta, com efeito, que um grupo social disponha dos chamados recursos de poder – por exemplo, a força militar, a propriedade territorial, ou o controle empresarial – para que lhe seja assegurada, para sempre, a estabilidade de sua posição de mando. Não se há de esquecer que toda relação de poder, pela sua própria natureza, é bilateral: se alguém pode mandar, é porque outrem está pronto a obedecer. Tirante o caso da coação irresistível, a obediência representa sempre uma manifestação livre e racional de vontade. Até mesmo a coação irresistível é uma situação precária e instável. O escravo, ou o prisioneiro de campo de concentração, não obedece mecanicamente às ordens do senhor ou comandante, mas dobra-se às injunções da força bruta somente enquanto não encontra uma falha no sistema de cativeiro, através da qual possa recobrar a liberdade.

É por essa razão fundamental que os detentores de poder, desde sempre e em qualquer contexto social, esforçam-se por obter a submissão voluntária e pacífica, se não convicta, de seus subordinados; em outras palavras, buscam o reconhecimento social de sua *legitimidade*.¹⁰⁵

Caracterizado o poder Estatal e, visto que tal poder utiliza, como instrumento de persuasão, um sistema de normas coercitivas, reconhecido como direito, passemos a estudar as relações entre Estado e Direito.

¹⁰³ BOBBIO, op. cit., 91-92.

¹⁰⁴ COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001b. p. 149.

¹⁰⁵ COMPARATO, 2001b, p. 149-150.

1.4 ESTADO E DIREITO

Sugere Reale a existência de uma relação de complementaridade entre Direito e Poder, no âmbito do Estado. O direito, sem o poder, seria ineficiente. O poder, sem o direito, seria arbitrário:

Todos os propugnadores de um Estado mínimo, de um Estado anêmico, de funções cada vez mais restritas, como desejaram os liberais clássicos iludidos com a possibilidade de uma automática realização do equilíbrio social, todos os 'anarquistas por tendência', repudiam o poder só porque, no fundo, se arreceiam da força. Admitindo o automatismo da vida jurídica, não reconhecem que poder e Direito se completam mutuamente, visto como, assevera Stammler sintetizando a lição conhecida de Jhering, o primeiro sem o segundo resulta ineficiente, e o poder sem o Direito é cego.¹⁰⁶

Vê-se, já, nesta proposição, o direito como elemento limitador do poder do Estado, ou, pelo menos, como meio de direcionamento ético do exercício do poder. Na efetividade do direito, o poder há de se orientar por valores:

O direito é, essencialmente, ordem das relações sociais segundo um sistema de valores reconhecido como superior aos indivíduos e aos grupos. Os valores sobre que se fundamenta o mundo jurídico são de duas espécies: uns são primordiais, ou melhor, conaturais ao homem, tal como o valor da pessoa humana, que é o valor-fonte da idéia do justo; outros são valores adquiridos por meio da experiência histórica, ao passo que os primeiros são pressupostos dos ordenamentos jurídicos ainda quando estes os ignoram.¹⁰⁷

Lembra Bobbio que

Ao lado do problema do fundamento do poder, a doutrina clássica do Estado sempre se ocupou também do problema dos limites do poder, problema que geralmente é apresentado como problema das relações entre direito e poder, (ou direito e Estado).¹⁰⁸

¹⁰⁶ REALE, 2000, p. 87.

¹⁰⁷ REALE, 2000, p. 9.

¹⁰⁸ BOBBIO, 1987, p. 93-94.

Segundo o mesmo autor, “desde a antiguidade o problema da relação entre direito e poder foi apresentado com esta pergunta: 'é melhor o governo das leis ou o governo dos homens?'”¹⁰⁹. Platão, em as leis responde no sentido de que “onde a lei é súdita dos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade [do Estado]”¹¹⁰. A opinião de Aristóteles é de que “a lei não tem paixões, que ao contrário se encontram necessariamente em toda alma humana”¹¹¹. A estes posicionamentos, de superioridade das leis sobre os governantes, acrescente-se o posicionamento de São Tomás de Aquino, no sentido de que o regime político se caracteriza pela limitação da potestade do pelas leis da cidade:

Para São Tomás, o *regimen politicum* distingue-se do *regimen regale* pelo fato de que enquanto este último caracteriza-se pela *plenária potestas* do governante, o primeiro tem lugar '*quando ille qui praeestet habet potestatem coarctatam secundum aliquas leges civitatis*'.¹¹²

A subordinação do príncipe à lei, na doutrina medieval, pode ser vista na expressão de Bracton: “*Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem*”¹¹³.

Bobbio¹¹⁴ coloca a existência de limites internos e externos ao poder estatal. Ao tratar dos limites internos, lembra a relatividade do princípio *princeps est legibus solutus*, inspirador das monarquias absolutas. Assim, observa que o soberano não está submetido às leis positivas que ele mesmo criou. Enquanto homem, contudo, submete-se às leis naturais e divinas; submete-se às leis fundamentais do reino; o poder do rei não pode invadir a esfera do direito privado, salvo em caso de motivada

¹⁰⁹ BOBBIO, 1987, p. 95-96.

¹¹⁰ PLATÃO apud BOBBIO, op. cit. p. 96.

¹¹¹ BOBBIO, 1987, p. 96.

¹¹² BOBBIO, 1987, p. 96.

¹¹³ BRACON apud BOBBIO, op. cit. p. 96.

¹¹⁴ BOBBIO, op.cit., p. 97-101.

e justificada necessidade; o poder do rei é limitado também pela existência de centros de poder legítimos de que são portadores as ordens ou os estados- o clero, a nobreza, as cidades; limita o poder do rei, também, a separação de poderes (funções legislativa, executiva e judiciária); o poder do rei, enfim, é limitado pelos direitos fundamentais do homem e do cidadão. – Como limites externos, refere-se à convivência entre Estados, a qual, por seu turno, indica limites de fato (cada Estado tem tanto direito quanto poder) e limites jurídicos (direito internacional).

Tratando do tema das limitações do poder estatal, diz Sahid Maluf:

A soberania é limitada pelos princípios de direito natural, pelo direito grupal, isto é, pelos direitos dos grupos particulares que compõem o Estado (grupos biológicos, pedagógicos, econômicos, políticos, espirituais etc.), bem como pelos imperativos da coexistência pacífica dos povos na órbita internacional.

O Estado – proclamou Jefferson – existe para servir ao povo e não o povo para servir ao Estado. O governo há de ser um governo de leis, não a expressão da soberania nacional, simplesmente. As leis definem e limitam o poder. E a este conceito, brilhantemente desenvolvido por Mathews, acrescentou Krabbe esta afirmação eloqüente: *a autoridade do direito é maior do que a autoridade do Estado.*¹¹⁵

Ao longo desta explanação, viu-se, já, que são muito íntimas as conexões entre Estado, poder e direito. “O Estado é uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais de ordem social. E o direito é o conjunto das condições existenciais da sociedade, que ao Estado cumpre assegurar”¹¹⁶. Apresenta-se, assim, novo problema à nossa reflexão: “esse problema inicial consiste em saber se todo Direito se reduz ao Direito Positivo e se se equivalem todas as expressões da positividade jurídica”¹¹⁷.

¹¹⁵ MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 14. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1983. p. 53.

¹¹⁶ MALUF, op. cit., p. 17.

¹¹⁷ REALE, 2000, p. 219.

O Direito positivo pressupõe, por conseguinte, a organização do poder, a existência de órgãos capazes de garantir o respeito da regra. A questão consiste, pois, em saber se há direito sem positividade; se a positividade só resulta do Estado; se, existindo pluralidade de Direito Positivo, há equivalência ou hierarquia entre os diversos ordenamentos¹¹⁸.

Reale¹¹⁹, quanto à questão do monismo ou pluralismo jurídico, refere-se a três concepções doutrinárias: 1) a corrente do monismo jurídico, que propugna a estatalidade do direito. O direito é criação do Estado. A soberania é um poder absoluto que só respeita os limites que ela traça a si mesma; 2) a corrente da sociabilidade absoluta do direito, para a qual existe direito sem Estado. Pode até existir direito positivo sem Estado e equivalente ao do Estado. A soberania não é uma, mas múltipla, sendo a soberania do Estado, quando muito, um superlativo relativo; 3) corrente sintética, para a qual há uma graduação de positividade jurídica. O direito estatal, quer prevaleçam as normas legais, quer predominem as normas costumeiras consagradas pelos Tribunais, é a expressão do máximo grau de positividade.

Hobbes é pela absoluta estatalidade do direito: “o direito é criado pelo poder soberano, e tudo o que é feito por tal poder está autorizado e admitido por cada um do povo”¹²⁰. Vê-se, aí, não só uma identificação de todo o direito com o direito estatal, mas, também, constata-se uma visão onipotente e ilimitada do poder soberano.

Hobbes representa, na história das idéias políticas, a posição mais extremada, relativamente ao problema da soberania absoluta. Machiavelli separa a política da moral e da religião, na prática. Hobbes coloca a política por cima da religião e da moral, na teoria filosófica. A soberania, na doutrina

¹¹⁸ REALE, 2000, p. 219.

¹¹⁹ Ibidem, p. 220.

¹²⁰ HOBBS, 2001, cap. XV.

de Bodin, está limitada pelo Direito divino, pelo direito natural e pelo direito das gentes; a soberania para Hobbes é ilimitada e onipotente.¹²¹

Para Rousseau, “só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo o fim de sua instituição, o bem comum”¹²². A soberania, em sua doutrina, é inalienável: “Digo, portanto, que, não sendo a soberania mais que o exercício da vontade geral, não pode nunca alienar-se; e o soberano, que é unicamente um ser coletivo, só por si mesmo se pode representar. É dado transmitir o poder, não a vontade”¹²³. Além de inalienável, é a soberania indivisível. E só dessa soberania nasce o direito:

A soberania é indivisível pela mesma razão de ser inalienável. Porque ou a vontade é geral, ou não; ou é a do corpo do povo, ou só de uma parte dele. No primeiro caso, a vontade declarada é um ato de soberania e faz lei. No segundo, não é mais que uma vontade particular, ou ato de magistratura; é, quando muito, um decreto.¹²⁴

Na doutrina rousseuniana,

O povo tal como ele o concebe, legislando soberanamente sem peias, é o Estado, criador do Direito que se confunde com a lei. O Direito é a lei, a lei é a expressão da vontade geral, a vontade geral é a vontade da maioria do povo que diretamente se governa; logo, o Direito é a vontade do Estado.¹²⁵

Kant assume a estatalidade do direito. E aponta para um certo absolutismo:

Uma lei exprime uma idéia deste princípio prático da razão, que se deve obediência ao poder legislativo atualmente existente, qualquer que possa ter sido a sua origem. Daí também esta outra proposição: o chefe no Estado só tem direitos em face dos súditos, não tem deveres.¹²⁶

¹²¹ GETTEL apud REALE, 2000, p. 223.

¹²² ROUSSEAU, 2001, p. 39.

¹²³ Ibidem, p. 39.

¹²⁴ ROUSSEAU, 2001, p. 40.

¹²⁵ REALE, 2000, p. 226.

¹²⁶ KANT, 1855 apud REALE, op.cit. p. 227.

“Encontramos em Hegel a máxima afirmação da potência estatal”¹²⁷. No pensamento hegeliano, o homem deve tudo ao Estado. Desse modo, a sociedade não pode criar direito. Só o Estado, um absoluto, cria o direito. “No Estado, a liberdade se faz efetiva e se realiza positivamente [...] O homem deve o que é ao Estado. Só neste tem a sua essência. Todo o valor que o homem tem, toda a sua realidade espiritual, ele a possui mediante o Estado”¹²⁸.

Jhering afirma a estatalidade do direito:

O direito de coação social acha-se nas mãos do Estado somente; é o seu monopólio absoluto. Toda associação que queira fazer valer os seus direitos contra os seus membros mediante a força deve recorrer ao Estado, e este fixa as condições segundo as quais presta o seu concurso. Em outros termos, o Estado é a fonte única do Direito, porque as normas que não podem ser impostas por ele não constituem regras de direito. Não há, pois, direito de associação fora da autoridade do Estado, mas apenas direito de associação derivado do Estado. Este possui, como é exigido pelo princípio do poder soberano, a supremacia sobre todas as associações do seu território, e isto se aplica também à Igreja.¹²⁹

Austin inicia uma de suas aulas dizendo que “a ciência do direito [...] se ocupa das leis positivas [...] consideradas sem relação com sua bondade ou maldade”¹³⁰.

Direito, já se percebe, para Austin, é Direito Positivo.

[...] Toda lei positiva [...] é estabelecida por uma pessoa soberana, ou por um conjunto soberano de pessoas, para um membro ou membros da sociedade política independente na qual essa pessoa ou conjunto de pessoas é soberano ou supremo. Ou (mudando a expressão) é estabelecida por um monarca, ou um grupo soberano, para uma pessoa ou pessoas num estado de sujeição a seu autor.¹³¹

Sugere Reale que:

¹²⁷ REALE, 2000, p. 229.

¹²⁸ HEGEL, 1928 apud REALE, op. cit. p. 230.

¹²⁹ JHERING apud REALE, op. cit. p. 233.

¹³⁰ AUSTIN, John. Aulas sobre direito. In: MORRIS, Clarence (Org.). Os grandes filósofos do Direito. Tradução Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins fontes, 2002. p. 350.

¹³¹ AUSTIN, op. cit. p. 351.

Com efeito, segundo Austin, soberano é o poder que não tem outro acima de si, e o Estado é 'uma ordem legal onde existe uma autoridade determinada que atua como fonte suprema do poder'.

Em segundo lugar, as suas decisões valem formalmente, por si, pouco importando o fato de serem contra as normas éticas e as exigências da justiça: a lei obriga tão-somente em razão da competência do órgão que a edita. O único limite à soberania é aquele que o soberano mesmo se impõe obedecendo voluntariamente à lei positiva por ele criada. Por conseguinte, o Direito é a expressão da vontade soberana, e a soberania é o poder absoluto de emanar direito positivo.¹³²

Jellinek, embora admita a possibilidade de existir direito fora do Estado, conforma a tese da estatalidade, porquanto, segundo ele, só o Estado pode propiciar garantias efetivas de tal direito, vez que detém o monopólio da coação:

Fora do Estado pode existir, sim, Direito, mas como simples coordenação social sem garantia jurídica específica, valendo tão-somente em virtude de garantias sociais. Só o Estado pode garantir juridicamente porque 'a coação jurídica, destinada a realizar o Direito, emanação que é do poder soberano, pertence exclusivamente ao Estado'. Fora do Estado só há direito por concessão ou reconhecimento de autonomia por parte do próprio Estado.¹³³

Para Kelsen,

não pode haver direito fora do Estado, vez que ele propõe a identificação entre direito e Estado:

A identificação do Estado e ordem jurídica é óbvia a partir do fato de que mesmo os sociólogos caracterizam o Estado como uma sociedade 'politicamente' organizada. Já que a sociedade – como unidade – é constituída por organização, é mais correto definir o Estado como 'organização política'. Uma organização é uma ordem. Mas em que reside o caráter político dessa ordem? No fato de ser uma ordem coercitiva. O Estado é uma organização política por ser uma ordem que regula o uso da força, porque monopoliza o uso da força. Porém, como já vimos, esse é um dos caracteres essenciais do Direito. O Estado é uma sociedade constituída por uma ordem coercitiva, e essa ordem coercitiva é o Direito.¹³⁴

Até aqui, estudamos autores adeptos da estatalidade do direito, na linha do monismo jurídico. Convém, agora, lançar um olhar sobre autores adeptos do pluralismo jurídico, ou da socialidade do direito, como já se falou antes.

¹³² REALE, 2000, p. 236.

¹³³ JELLINEK apud REALE, op. cit., p. 242.

¹³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martin s Fontes, 1998b. p. 273.

Na linha dos pluralistas, Reale¹³⁵ menciona Gierke, Duguit, Hauriou e Santi Romano. Em Gierke, “cada corporação tem um sistema de direito próprio, sendo idêntica ao Estado do ponto de vista de sua personalidade legal, pois toda comunidade orgânica é capaz de produzir Direito, ou melhor, o Direito surge concomitantemente com toda forma de organização, seja ela o Estado ou uma corporação”. – Em Duguit, “as regras de direito que o Estado edita são simples regras' construtivas' ou seja, necessárias à garantia das verdadeiras regras de direito que se formam espontaneamente na sociedade”. – Em Hauriou, “O Estado é uma instituição entre as instituições, mas de todas as instituições que a ordem social produziu, a mais eminente é a instituição do Estado. Todas as instituições, inclusive as instituições – cousas, têm o poder de criar direito próprio, de formular regras de direito, as quais, portanto, têm um caráter derivado e secundário”. – Em Santi Romano, “cada instituição constitui 'um mundo jurídico subsistente', e, de certa forma, um 'corpo social fechado que possui uma individualidade própria', representando 'uma esfera em si mesma, mais ou, menos completa, de direito objetivo'”.

Reale¹³⁶ reporta-se a Del Vecchio como adepto da teoria da graduação da positividade jurídica:

A positividade da norma jurídica constitui-se quando seu valor efetivo independe da vontade individual, do arbítrio daquele que pode ter interesse em violá-la. É necessário, pois, para a existência de um direito positivo, que se instaure uma vontade comum ou superindividual.

Mesmo antes do Estado, e independentemente do Estado, as vontades individuais podem, porém, encontrar-se estabelecendo os limites das exigibilidades recíprocas, e é nisto que o direito consiste.

¹³⁵ REALE, 2000, p. 271-299.

¹³⁶ DEL VECCHIO apud REALE, 2000, p. 308.

Reale¹³⁷ descreve, detalhadamente, a teoria da graduação da positividade jurídica do seguinte modo:

A teoria da graduação da positividade jurídica por nós aceita caracteriza-se não só por admitir várias formas de garantia para as relações de Direito – o que já havia sido reconhecido pela escola de Jellinek – mas também pelo fato de admitir que a própria garantia jurídica não constitui monopólio exclusivo do Estado; e, em segundo lugar, distingue-se em virtude de conceber uma graduação de positividade que alcança a sua máxima expressão no ordenamento jurídico estatal.

Examinamos o conceito de Estado, os fins do Estado, bem como as questões do poder e do direito no âmbito estatal. Vimos que o Estado emite comandos obrigatórios. Surge, então, para nossa análise, a indagação acerca do fundamento da obrigatoriedade de tais comandos, ou seja, de sua justificação ética. Admitimos a dignidade humana como valor fundante do sentido de toda a cultura. Conseqüentemente, não nos parece óbvio fundamentar o dever apenas no poder e na legitimidade do emissor de referidos comandos obrigatórios. Não se há de admitir como direito qualquer enunciado que atente ou viole a dignidade humana.

O Estado não pode acuar o cidadão, reduzir a uma equação mecânica o seu poder de agir, tal como fizesse, um caçador amoral, à sua aterrorizada presa. Está a detê-lo a dignidade da pessoa humana, fundamento e finalidade do seu poder, na qual repousam, em última instância, todos os valores sociais.¹³⁸

A norma jurídica há de estar inspirada nos fins sociais, e estes devem estar identificados por valores de convivência. Precisamos, então, de conhecer o que são valores, como os percebemos e de que modo eles influenciam a ordenação do

¹³⁷ REALE, 2000, p. 314-315.

¹³⁸ CUNHA, Sérgio Sérulo da. Limites ao poder do Estado (Ensaio de determinação do direito na perspectiva dos direitos fundamentais). In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 179.

Estado. Disto nos ocuparemos no capítulo seguinte, com um breve estudo sobre valores, o que será fundamental para o entendimento dos deveres.

CAPÍTULO II

BREVE ESTUDO SOBRE OS VALORES

O tema de que nos temos ocupado gira em torno do mundo da cultura. Ora, nestes meandros, explicar não basta. É preciso compreender. “Compreender não é ver as coisas segundo nexos causais, mas é ver as coisas na integridade de seus sentidos ou de seus fins, segundo conexões vivenciadas valorativamente”¹³⁹. Em tal contexto, o homem não se basta em observar as coisas. Ele toma posição diante delas. Ele busca encontrar o significado delas para o sentido de sua própria existência. O homem valora.

Quando, porém, o homem, perante os fatos, toma uma posição, estima o mesmo fato e o situa em uma totalidade de significados, dizemos que surge propriamente o fenômeno da compreensão. Não se trata de explicar o fenômeno nos seus nexos causais, mas de compreendê-lo naquilo que esse fato, esse fenômeno 'significa' para a existência do homem: o ato de valorar é componente intrínseco do ato de conhecer.¹⁴⁰

Quando nos reportamos a fenômenos que ocorrem no âmbito do Estado e do Direito (como ocorre com os deveres, com o dever fundamental tributo), há de se encaminhar o pensamento para o dever ser. Há, porém, uma impossibilidade de se extrair, do ser, o dever ser. Adverte Radbruch:

A filosofia de Kant já nos ensinou que era impossível extrair daquilo que é aquilo que deve ser, o valor, a legitimidade. Jamais alguma coisa será justa só porque é ou foi, ou mesmo só porque será. Daqui se conclui que são de rejeitar o positivismo, o historicismo e o evolucionismo; o primeiro, porque infere o dever ser do ser; o segundo, porque infere o dever ser daquilo que

¹³⁹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 251.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 210.

já foi; e finalmente o terceiro, porque infere o dever ser daquilo que será ou tende a ser.¹⁴¹

Aqui surge o problema de como saber, ou de onde buscar o sentido ético do agir humano, ou, ainda, os fundamentos da intervenção do Estado, mediante o Direito, na liberdade do homem.

Os valores constituem o sentido ético do agir humano, dado essencial à vida do espírito. Por isso mesmo não devem ser confundidos com as categorias: os valores são parte do concreto sobre o qual incidem as categorias - princípios – que determinam o modo ideal de ser.¹⁴²

Há uma relação essencial entre valor e dever ser, o primeiro sendo fundamento do segundo. Ensina Hessen:

A Filosofia dos valores de base fenomenológica é a corrente moderna que mais se tem esforçado por obter uma aclaração da relação entre valor e dever ser. Esta corrente repudiou com energia a idéia dum dever ser abstracto, como que pairando no ar, representada, como se sabe, pela filosofia neo-kantiana. Todo o dever-ser se funda num valor – ensina essa corrente moderna – e não inversamente. Não é o dever ser que nos dá o fundamento do valor; é o valor que nos dá o fundamento do dever-ser. Segundo Max Scheller, o primeiro princípio pois que deve ser formulado acerca destas relações entre Valor e Dever-ser é este: todo o dever ser se funda num valor.¹⁴³

O homem é um ser que se pergunta pelo sentido de sua vida. É isto que o leva às diversas realizações, como exteriorização de seu espírito. Mas as realizações humanas podem ter os mais diversos sentidos. Para a escolha do que fazer, bem como do sentido de seu agir, o homem vai encontrar critérios na intuição do valioso. Diz Hessen:

¹⁴¹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1961. v.1, p. 53-54.

¹⁴² ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência* (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 1996. p. 149.

¹⁴³ HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Tradução de L. Cabral de Moncada. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 81-82.

Como teremos ocasião de ver mais adiante, o sentido da vida humana reside precisamente na realização dos valores. Dizendo isto, porém, tocamos aqui com o dedo o significado, desta vez prático, da teoria dos valores, na sua relação com a vida. Se, de facto, o sentido da vida se acha dependente dos valores a que está referida, e através da qual estes alcançam a sua objectivação, é evidente que a plena realização do sentido da nossa existência dependerá também, em última análise, da concepção que tivermos acerca dos valores. Aquele que nega todos os valores, nada mais vendo neles do que ilusão, não poderá deixar de falhar na vida. Aquele que tiver uma errada concepção dos valores não conseguirá também imprimir à vida o seu verdadeiro e justo sentido. Também esse falhará na vida, a não ser que um destino benévolo o preserve de todas as más situações que venha a criar. Pelo contrário, todo aquele que conhecer os verdadeiros valores e, acima de todos, os do bem, e que possuir uma clara consciência valorativa, não só realizará o sentido da vida em geral, como saberá ainda achar sempre a melhor decisão a tomar em todas as suas situações concretas.¹⁴⁴

As considerações que acabamos de fazer nos remetem à necessidade de um estudo sobre os valores, como prévia fundamentação aos próximos capítulos, nos quais trataremos de deveres.

2.1 Valores: em busca de um entendimento aproximativo

Constata-se uma impossibilidade em definir valor. Conforme Radbruch,¹⁴⁵ numa primeira atitude, que é a-valorativa, o espírito extrai o reino da natureza. E esta é exatamente a experiência, tal como se nos apresenta. Numa segunda atitude, esta, sim, valorativa, o espírito apreende o mundo dos valores. – Ocorre que o reino da natureza (mundo do ser) permite ser descrito, deixa identificar características comuns e diferenças específicas entre os objetos. O mesmo não ocorre no mundo do valor. Ele não se deixa mostrar por um gênero próximo ou por uma diferença específica. Os valores estão na categoria do valer. Ser e valer são duas posições

¹⁴⁴ HESSEN, 1946, p. 20-21.

¹⁴⁵ HESSEN, 1946, p. 44-45.

fundamentais do espírito perante a realidade, contudo diferentes uma da outra. “O conceito de valor não pode rigorosamente definir-se. Pertence ao número daqueles conceitos supremos, como os de ser, existência, etc., que não admitem definição”¹⁴⁶.

Como bem assinala Reale,

Deveríamos, à primeira vista, ter começado por uma definição do que seja valor. Na realidade, porém, há impossibilidade de defini-lo segundo as exigências lógico-formais de gênero próximo e de diferença específica. Nesse sentido, legítimo que fosse o propósito de uma definição rigorosa, diríamos com Lotze que do valor se pode dizer apenas que vale. O seu ser é o seu valer. Da mesma forma que dizemos que 'ser é o que é', temos que dizer que o 'valor é o que vale'. Por que isto? Porque ser e valer são duas categorias fundamentais, duas posições primordiais do espírito perante a realidade. Ou vemos as coisas enquanto elas são, ou as vemos enquanto valem; e, porque valem, devem ser. Não existe terceira posição equivalente.¹⁴⁷

Há, contudo, possibilidades de conhecimento, pelo homem, dos valores. Aliás, em os apreendendo é que o homem dirige sua conduta. Carecemos, neste ponto, de um estudo acerca de como se dá o conhecimento dos valores.

2.1.1 Das possibilidades de conhecimentos valores

Hessen¹⁴⁸ expõe modos de formação do conhecimento dos valores, que sintetizamos da seguinte maneira: 1) Valores estéticos. Estes são percebidos por intuição, com imediateidade total. Ao se deparar com uma obra de arte, prontamente, sem quaisquer operações lógicas, o homem é tomado do sentimento do belo, ou do feio. 2) Valores éticos. Embora haja opiniões no sentido de que tais

¹⁴⁶ HESSEN, 1946, p. 35.

¹⁴⁷ REALE, 1998, p. 187-188.

¹⁴⁸ HESSEN, 1946, p., 141-142.

valores possam ser objeto de um conhecimento racional-discursivo, Hessen, ancorando-se em A. Messer, atenta que não é possível demonstrar racionalmente o valor de uma alta personalidade moral. 3) Valores do Santo. Também só são acessíveis ao homem por uma via emocionalmente intuitiva. Segundo Hessenn,¹⁴⁹ o fenômeno do conhecimento dos valores tem como características fundamentais a imediateidade, a intuitividade e a emocionalidade. A característica da imediateidade nos diz que a apreensão dos valores ocorre de modo direto, sem mediação de um aparato discursivo; a intuitividade significa o conteúdo do conhecimento dos valores ser um ato de intuição, quer dizer, sem necessidade de raciocínio ou análise. Sobre a emocionalidade, diz, textualmente, o referido autor:

Efetivamente, os valores pertencem ao lado emotivo da alma humana; estão-lhe subordinados; constituem um 'ordre du coeur', e não uma ordem intelectual ou das idéias, um 'ordre de la raison'. Ora é evidente que para uma esfera emocional só pode dar acesso uma forma também emocional de conhecimento.¹⁵⁰

A possibilidade de conhecimento dos valores também é relatada por Adeodato¹⁵¹. Na sua exposição, aquele conhecimento pode ser intuitivo e racional, e uma forma não exclui a outra. Ao discurso reflexivo, próprio do conhecimento racional entendido aristotelicamente, tanto se submetem os entes reais quanto os ideais, perante o sujeito cognoscente. A intuição é classificada em sensível, emocional e intelectual. A primeira é proporcionada pelos órgãos dos sentidos, é empírica, real; a intuição intelectual dirige-se aos objetos ideais; a intuição emocional constitui, na descrição do autor, um tipo híbrido, “capaz de unir as esferas real e ideal através do valor”. Lembra, também, Adeodato, que Hartmann se reporta à

¹⁴⁹ HESSEN, 1946, p. 140.

¹⁵⁰ HESSEN, 1946, p. 140.

¹⁵¹ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência* (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 1996. p.153-154.

intuição estigmática (que capta isoladamente um valor) e a intuição conspectiva (que apreende relações entre dois ou mais valores). Assinala este autor que:

o conhecimento dos valores é a priori e ideal, ainda que se revele através de uma emoção diante de um fato real. Ele é primeiramente emocional e apenas secundariamente racional. Surge então o problema importante de como conciliar o emocional e o racional presentes em um único ato.¹⁵²

Prosseguindo, Adeodato¹⁵³ leciona que o processo de conhecimento dos valores ocorre em três fases. Primeiro, o agente sofre o impacto emocional diante de algo que se lhe apresenta. Aí atua o sentimento de valor. Nada de reflexão. Trata-se de momento puramente emocional. Num segundo momento, atuam as faculdades cognoscitivas do sujeito. Já se pode falar de reflexão. O sujeito percebe os objetos que estimulam a presença dos valores. No terceiro momento, busca-se a fonte do sentimento de valor.

A fonte não pode ser a sensação inicial, pois esta é o próprio *wertfühlen*, o efeito, nem o objeto valioso, cuja natureza axiológica é facilmente perceptível (a parte física do ato injusto, a estrutura matemática da música, etc.). Chega-se então ao valor em si, com todas as características e relações já expostas aqui. Esse terceiro momento é puramente intelectual e gnoseológico. Aqui o valor já é tornado objeto de conhecimento.¹⁵⁴

Hessen¹⁵⁵ noticia duas concepções principais acerca do conhecimento dos valores: O intelectualismo e o emocionalismo. O emocionalismo encontra as adesões de Max Scheller e de Nicolai Hartmann. “O órgão para a apreensão dos valores não é o entendimento, mas o sentimento. No 'sentir intencional' é que temos a vivência directa deles”¹⁵⁶.

¹⁵² ADEODATO, 1996, p. 154.

¹⁵³ Ibidem, p. 154-155.

¹⁵⁴ ADEODATO, 1996, p. 155.

¹⁵⁵ HESSEN, 1946, p. 127.

¹⁵⁶ HESSEN, 1946, p. 128-129.

Scheller procura mostrar que existe um 'sentir', ou sentimento desta natureza, orientado para o seu objecto, e que um tal sentimento é totalmente diferente dos nossos estados afectivos puramente subjectivos. ' Há – nota ele – um sentir intencional originário.¹⁵⁷

Ainda consoante a exposição de Hessen¹⁵⁸, para o emocionalismo, “o conteúdo valorativo do mundo nos é revelado através dos atos do chamado sentir intencional (intentionales fuhlen)”. Estes atos de sentir intencional é que determinam, depois, nossas preferências.

Em Hartmann, diz Hessen, “a consciência dos valores 'é, antes de mais nada, sentimento dos valores, um possuir pela emoção, primária e directamente o valioso”¹⁵⁹. Mas, para Hartmann, tudo não se resume à subjetividade do sentir, da emoção. Há, também, certa objetividade.

Hartmann salienta, porém, com vigor, a objectividade que este conhecimento dos valores possui, apesar do seu carácter emocional. Assim, ele diz ainda : - 'o sentimento dos valores não é nem mais nem menos objectivo que o conhecimento matemático. Simplesmente, o seu objecto acha-se mais velado pelo carácter emocional do acto com que apreendemos os valores; temos de o extrair mais especialmente deste acto, para tomarmos mais claramente consciência dele' “. ¹⁶⁰

Ao emocionalismo, opõe-se o intelectualismo de Honeker: “podemos dizer que todo o valorar é, na essência, um facto intelectual no qual o sentimento apenas intervém como um facto concomitante ou que apenas lhe serve de fundamento”¹⁶¹.

Pelo que se tem visto acerca da possibilidade e dos modos de conhecimento dos valores, pode parecer que estes são meramente subjectivos. Admitida a mera

¹⁵⁷ HESSEN, 1946, p. 129.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 130.

¹⁵⁹ HARTMANN apud HESSEN, 1946, p. 130.

¹⁶⁰ HARTMANN apud HESSEN, 1946, p. 131-134.

¹⁶¹ HONEKER apud HESSEN, op. cit. p. 134.

subjetividade deles, não serviriam os valores como fundamento ético do agir humano. Importa indagar, assim, acerca da objetividade dos valores.

2.1.2 Da objetividade dos valores

Efetivamente, há um subjetivismo dos valores, que precisa ser posto em seus exatos termos: “A expressão 'subjetivismo dos valores' é profundamente exacta, se por ela quisermos significar, como já vimos, o mesmo que referência a um sujeito; é, porém, inteiramente falsa, se referida à validade dos valores”¹⁶². O que ocorre, em verdade, é uma referência a um sujeito.

No conceito de valor está incluído o da sua referência a um sujeito. Valorar é sempre valorar para alguém. Valor – pode dizer-se – é a qualidade de uma coisa, que só pode pertencer-lhe em função de um sujeito dotado com uma certa consciência capaz de a registrar.¹⁶³

Contudo, o próprio Hessen alerta para a diferença entre subjetividade e referência a um sujeito:

Deve notar-se que referência a um sujeito não significa o mesmo que subjectividade. Não se deve pensar que no domínio dos valores possa ser o sujeito, isto é, o indivíduo valorante, a decidir pura e simplesmente do que é valioso e não valioso. O sujeito não é a medida dos valores. Não se deve pensar que os valores e os juízos de valor só valham para este ou aquele sujeito ou indivíduo que tenham a percepção deles, e não para outros; isso sim, seria subjectivismo. E este subjectivismo seria tão errôneo como o subjectivismo teórico ou lógico.¹⁶⁴

¹⁶² HESSEN, 1946, p. 51.

¹⁶³ HESSEN, 1946, p. 45.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 46.

Há, efetivamente uma objetividade dos valores . A sua validade não fica a depender das vivências preferenciais de determinado indivíduo. Os valores pertencem a um mundo supra-individual e objetivo. Na opinião de Hessen¹⁶⁵,

Os valores não são algo de meramente subjectivo, algo que dependa apenas do arbítrio ou do capricho do sujeito a quem eles se revelam. Todo o seu mundo, o mundo espiritual, é, pelo contrário, um mundo essencialmente supra-individual e objectivo. Não existe só para este ou aquele homem, mas para todos os seres espirituais. Nem outra coisa significa a expressão 'valer' . Esta contém dois momentos essenciais: um negativo e outro positivo. O negativo corresponde à não-realidade, à não existência ou irreabilidade; o positivo, à objectividade.¹⁶⁶

No mesmo sentido, o posicionamento de Adeodato acerca da objetividade da intuição axiológica:

Não se pense que, muito embora a intuição axiológica se dê a cada sujeito individual, ela não seja dotada de objetividade, como já visto. Prova disso, diz Hartmann , são as evidências de valores que existem mas permanecem na esfera ideal, carecendo de realização; a história da humanidade mostra que muitos valores são descobertos e vêm para ficar, enquanto outros manifestam-se e logo desaparecem. Os líderes, profetas e inspirados encarregam-se de intuir novos valores antes mesmo de a comunidade estar preparada para realizá-los. Os valores irrealizados não deixam de valer por isso. A coletividade e o indivíduo, ambos condicionados historicamente, vão acumulando experiência para uma percepção mais nítida da esfera axiológica ideal. Esta caminhada para perceber e realizar valores não é, contudo, retilínea ou escatológica, ela comporta avanços e recuos. Nem todos os valores já historicamente realizados permanecem e podem ser esquecidos pelas gerações subseqüentes.¹⁶⁷

A corroborar a objetividade dos valores, Reale assim se expressa:

No plano da história, os valores possuem objetividade, porque, por mais que o homem atinja resultados e realize obras de ciência ou de arte, de bem e de beleza, jamais tais obras chegarão a exaurir a possibilidade dos valores, que representam sempre uma abertura para novas determinações do gênio inventivo e criador. Trata-se, porém, de uma objetividade relativa, sob o prisma ontológico, pois os valores não existem em si e de per si, mas em relação aos homens, com referência a um sujeito. Não se entenda, porém, que os valores só valham por se referirem a dado sujeito empírico, posto como sua medida e razão de ser. Os valores não podem deixar de ser referidos ao homem como sujeito universal de estimativa, mas não se

¹⁶⁵ HESSEN, 1946, p. 50.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 50.

¹⁶⁷ ADEODATO, 1996, p. 155-156.

reduzem às vivências preferenciais deste ou daquele indivíduo da espécie: - referem-se ao homem que se realiza na história, ao processus da experiência humana de que participamos todos, conscientes ou inconscientes de sua significação universal.¹⁶⁸

Na explicação de Hessen,¹⁶⁹ a objetividade dos valores pode ser estabelecida fenomenologicamente, ontologicamente, ou de um ponto de vista da filosofia da cultura. A fundamentação fenomenológica da objetividade dos valores ocorre a partir de uma observação acerca de como nós os vivenciamos. Aí veremos que os valores não dependem exclusivamente de nossos gostos e preferenciais pessoais. Há, neles, algo de objetivo “que se nos impõe e reclama da nossa parte uma incondicional adesão”¹⁷⁰. Assinala, textualmente, Hessen: “Um pouco de reflexão sobre o nosso modo de experimentar e de viver os valores logo nos mostra, portanto, que na própria vivência do valor vai já incluída a vivência da sua objectividade. Incontestavelmente, vivemos os valores como objectivos”¹⁷¹.

A fundamentação ontológica traz o entendimento de que o homem aspira a uma realização de suas possibilidades. Os valores espirituais é que o encaminham para os pontos mais elevados de sua humanidade. Orientando-se pelos valores, o homem realiza a sua essência. Ora, a natureza espiritual é a mesma em todos os indivíduos. Então, há uma identidade dos mesmos valores para todos. “E daí ainda – desta referencialidade dos valores à natureza espiritual do homem – a explicação do facto de eles assumirem uma validade transindividual e rigorosamente universal”.¹⁷²

¹⁶⁸ REALE, 1998, p.208-209.

¹⁶⁹ HESSEN, 1946, p. 97.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 98

¹⁷¹ Ibidem, p. 99.

¹⁷² Ibidem, p. 99.

A Fundamentação filosófico-cultural da objetividade dos valores, segundo Hessen, estriba-se no fato de ser a cultura uma realização de valores. “A existência de cultura pressupõe portanto a existência de valores objectivos”¹⁷³.

Em se tratando dos valores espirituais, há de se pensar numa validade objetiva e absoluta. Seu valer independe de os homens os tomarem como critério de valoração das coisas.

Há, porém, valores que não são valores só por os homens os reconhecerem como tais e por valorarem as coisas à luz deles, mas sim por, de facto, os deverem reconhecer necessariamente. Ora, são estes, na verdade, os valores mais altos chamados espirituais. Pertencem a um reino de validade intemporal e dirigem o seu incondicional apelo a todos os homens, só pelo facto de serem homens, exigindo de todos que os reconheçam válidos. Trata-se, pois, desta vez, duma validade objectiva e absoluta. Objectiva, porque reside na própria essência do valor; absoluta, porque incondicional e independente de quaisquer valorações acidentais e particulares dos indivíduos.¹⁷⁴

Adeodato também afirma a objetividade da percepção dos valores, embora reconhecendo, com Hartmann, ser difícil a homogeneidade de tal percepção por diferentes sujeitos:

A percepção que o ser espiritual tem dos valores é objetiva, mesmo que os valores se mostrem indiferentes a tal percepção. Hartmann acredita, com ainda mais otimismo do que Kant, que a hierarquia ontológica dos valores possa vir a ser homogeneamente intuída pelos diferentes sujeitos, embora essa tarefa exija alto grau de desenvolvimento ético e gnosiológico.¹⁷⁵

Por quanto temos estudado aqui, acreditamos na objetividade dos valores. Afinal, mesmo em se tendo em conta a diversidade de cada indivíduo, têm os homens algo de comum que os torna a todos homens e não outra espécie de seres. Quando nos referimos ao ser homem, pensamos num ser espiritual, que busca uma

¹⁷³ HESSEN, 1946, p. 100.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 92-93.

¹⁷⁵ ADEODATO, 1996, p. 145.

trajetória de aperfeiçoamento. Nesta linha de raciocínio, tem-se que, embora certos homens sejam cegos a determinados valores, estes, inegavelmente, independentemente da percepção dos indivíduos, têm uma validade que advém exatamente de serem a via indicativa das ações possíveis de levarem ao pretendido aperfeiçoamento. Por outro lado, valores há cuja força de induzimento ao dever ser é tão intensa que os faz serem percebidos e aceitos pela maioria dos homens, em todos os tempos e lugares. Pensemos, aqui, nos valores vida, liberdade, segurança. Não bastasse esta lembrança, tenhamos em mente o próprio homem, como valor fundamental: “O homem é o valor fundamental, algo que vale por si mesmo, identificando-se seu ser com a sua valia. De todos os seres, só o homem é capaz de valores, e as ciências do homem são inseparáveis das estimativas”¹⁷⁶. A percepção uniforme dos valores , diz Adeodato,

[...] Esbarra na dificuldade de que o ato valorativo se apresenta de tal modo multifacetado que praticamente impossibilita o acordo quanto aos parâmetros. De um lado, os bens sobre que se projetam os valores parecem depender da opinião subjetiva das pessoas que os tacham de valiosos; a esse argumento Hartmann objeta que o valor dos bens não diz respeito a este ou àquele indivíduo ou mesmo ao grupo social, mas sim à constituição ôntica do ser humano, estrangido a valorar, e do objeto em que projeta sua valoração. As valorações opostas, que os fenômenos nos mostram, originando os conflitos, devem-se a falhas na intuição axiológica, no ato gnoseológico. De outro lado, o valor de uma pessoa é sempre intersubjetivo, como dito, vez que só frente a outra uma pessoa é reconhecida como tal. Isso não significa que necessite desse reconhecimento para existir como pessoa. Cada pessoa, cada espírito pessoal, é um ponto de contato entre o mundo ideal dos valores e o mundo real, é uma ponte para a realização dos valores; *uma vez intuído, porém, o valor escapa a qualquer determinação subjetiva e penetra na realidade segundo suas próprias leis.*¹⁷⁷ (grifo nosso).

Até aqui, nossos estudos nos dizem da impossibilidade de definir, formalmente, o que são valores, mas que é possível conhecê-los e que eles têm

¹⁷⁶ REALE, 1998, p. 210.

¹⁷⁷ ADEODATO, 1996, p. 145-146.

certa objetividade. Carecemos, contudo, de alguma reflexão acerca do modo de ser dos valores.

2.2 DO MODO DE SER DOS VALORES

“Os valores pertencem à classe dos objetos não sensíveis. A sua particular maneira, ou modo de ser, é a do ser ideal, ou do valer”¹⁷⁸. Adeodato põe a questão em termos de valor em si como conceito originário e dever ser ideal como modo de ser específico dos valores:

O valor em si (wert an sich) é o conceito originário e pressuposto, representa o valor em sua plenitude, isolado em sua independência do real. Mas todo o ser ideal, compreendendo valores, essências e entidades matemáticas, perpassa a realidade, 'tende para cima', como gosta de dizer Hartmann. Como o dever ser ideal 'o modo de ser específico dos valores, isso significa que eles, apesar de não guardarem relação necessária com a realidade, projetam-se em direção a ela, deixam-se captar por qualquer ente apto para tanto’.¹⁷⁹

Para Reale, “os valores não possuem uma existência em si, ontológica, mas se manifestam nas coisas valiosas. Trata-se de algo que se revela na experiência humana, através da história”.¹⁸⁰ Este mesmo autor, fazendo considerações em torno de valores e objetos ideais, explana que, embora haja pontos de contato entre uns e outros, há importantes pontos de dessemelhança entre eles. Se, por um lado, os valores, assim como os objetos ideais, possuem um modo de ser que não se subordina ao espaço e ao tempo - nisto a similitude -, em outro ângulo de observação há de se notar que os objetos ideais valem independentemente do que

¹⁷⁸ HESSEN, 1946, p. 49.

¹⁷⁹ ADEODATO, 1996, p. 146-147.

¹⁸⁰ REALE, 1998, p. 208.

ocorre no espaço e no tempo, enquanto que os valores só se concebem em função das coisas valiosas. E mais: os objetos ideais admitem quantificação, o que não ocorre com os valores¹⁸¹. Discorrendo sobre a diferença entre ser e valor (*sein e wert*), Hessen assinala que o ser admite graus de comparação, enquanto os não admite o valor¹⁸².

Importa lembrar que os valores situam-se nos domínios do dever ser, onde as coisas são explicáveis pelo princípio da finalidade, diferentemente do mundo do ser, no qual as coisas são explicáveis pelo princípio da causalidade¹⁸³. A propósito da explicabilidade do mundo do dever ser mediante o princípio da finalidade, convém escutar alguma lição sobre o ato teleológico: “esta intuição reativa pela qual o homem se aproxima dos valores e os insere na realidade é o que Nicolai Hartmann denomina ato teleológico”¹⁸⁴. Segundo Adeodato¹⁸⁵, o ato teleológico compõe-se de três momentos: a intuição, a escolha dos meios e a realização. Primeiro, o homem apreende o valor, intuitivamente. Aí encontra inspiração (no valor, ou desvalor). Com base nessa inspiração, orienta o seu agir, no sentido do atingimento de um fim; depois, são escolhidos os meios compatíveis com a efetivação do fim pretendido; finalmente, no terceiro momento, ocorre a efetivação dos valores no mundo real, ou seja, a sua realização propriamente dita.

Para uma melhor compreensão acerca dos valores, devemos estudar suas principais características.

¹⁸¹ REALE, 1998, p. 187.

¹⁸² HESSEN, op. cit., p. 59.

¹⁸³ REALE, op. cit., p.188.

¹⁸⁴ ADEODATO, 1996, p. 149.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 150.

2.3 CARACTERÍSTICAS DOS VALORES

Em Hessen¹⁸⁶, aprendemos que “as estruturas de polaridade e hierarquia são, portanto, duas características fundamentais da ordem dos valores que a separam radicalmente da ordem do ser”. Uma outra característica apontada pelo citado autor para os valores é a sua referibilidade ao sujeito humano. Neste sentido, o valor é visto como algo existente para alguém: “o valor não é, como pretende N. Hartmann [...], algo em si existente [...], mas algo existente para alguém”¹⁸⁷. Há, nos valores, uma característica de imutabilidade e permanência. Quer isto dizer que “os valores não se alteram com a alteração dos objetos em que se manifestam”¹⁸⁸. É bem ilustrativo desta situação o que afirma Scheller¹⁸⁹:

Tampouco como o azul do aço se torna vermelho quando uma bala se escandesce (sic) na explosão do tiro, do mesmo modo os valores e a sua ordem não são tocados pelo fato de os seus portadores sofrerem alteração [...] O valor amizade não sofre quebra porque um amigo meu me traiu.

Reale¹⁹⁰ aponta como características dos valores: bipolaridade, implicação, referibilidade, preferibilidade, possibilidade de gradação hierárquica.

A todo valor se contrapõe um desvalor. Ao belo, corresponde, em extremo oposto, o feio, ao nobre o vil, ao justo o injusto, e assim por diante. Nisto, a *bipolaridade*. “No direito, campo de concretização dos valores, essa bipolaridade é

¹⁸⁶ HESSEN, 1946, p. 59.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 46.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 56.

¹⁸⁹ SCHELLER apud. HESSEN, op. cit. p. 57.

¹⁹⁰ REALE, 1998, p. 189-191.

de notável importância. Toda a sua estrutura e dinâmica preocupa-se com os valores opostos, como o lícito x ilícito; legal x ilegal; constitucional x inconstitucional etc.”¹⁹¹.

A *implicação* consiste no fato de que os valores influem na realização uns dos outros. “Há uma força expansiva e absorvente nos valores, visto como cada homem, que se dedica a dado valor, é levado a querer impor aos outros os próprios esquemas de estimativa”¹⁹².

A *referibilidade* significa necessidade de sentido, pois, como já se viu, o valor é algo existente para alguém, ou, por outras palavras, “tudo aquilo que vale, vale para algo ou no sentido de algo e para alguém”¹⁹³.

A *preferibilidade* tem a ver com o sentido teleológico da atividade humana. O homem pretende converter em fins apenas o que lhe parece valioso.

O valor envolve, pois, uma orientação e, como tal, postula uma quarta nota, que é a preferibilidade. É por esta razão que para nós toda teoria do valor tem como consequência, não causal, mas lógica, uma teleologia ou teoria dos fins. Daí dizermos que fim não é senão um valor enquanto racionalmente reconhecido como motivo de conduta.¹⁹⁴

Máinez¹⁹⁵ fala de uma relação entre fins e valores:

Toda atividade voluntária encerra um sentido teleológico, isto é, inexoravelmente se dirige para a consecução de certas finalidades. Mas como o homem só transforma em meta de seu agir o que lhe parece valioso, a atividade que se orienta para determinado fim pressupõe do sujeito um juízo positivo da valiosidade daquilo a que aspira. Deste modo, descobrimos a relação entre fins e valores; os segundos condicionam os primeiros, não o inverso. Em se tratando do direito, há de se dizer, por conseguinte: os valores jurídicos servem de fundamento aos fins que o direito tem a missão de realizar. Fazer reinar a justiça é e deve ser

¹⁹¹ PESTANA, Márcio. *O princípio da imunidade tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 20.

¹⁹² REALE, 1998, p. 189-190.

¹⁹³ REALE, op. cit., p. 190.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 191.

¹⁹⁵ GARCÍA MÁINEZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. 8. ed. México: Porrúa, 1996. p. 414-415.

aspiração dos criadores, aplicadores e destinatários de suas normas, porque a justiça é valiosa, e o valioso deve ser.

Graduação hierárquica significa que é possível haver uma ordenação escalonada do valioso segundo preferências de uma sociedade em determinada época. “Toda sociedade obedece a uma tábua de valores, de maneira que a fisionomia de uma época depende da forma como seus valores se distribuem ou se ordenam”¹⁹⁶.

Consoante leciona Hessen,

A ordem dos valores apresenta-nos igualmente uma estrutura escalonada. Os valores admitem graus; são susceptíveis de mais e de menos. Todo o valor está nestas condições. Todo ele tem uma dimensão em profundidade, dentro da qual se admitem vários graus na sua realização. Por exemplo, o valor moral da pureza pode atingir na sua realização diversíssimos graus. E não é só isso: a mesma ordem hierárquica se encontra necessariamente na relação dos valores uns para com os outros. Há valores que estão mais alto que outros. Não só dentro da mesma classe, como entre as diferentes classes de valores, há distinções a estabelecer e preferências a atribuir. Por exemplo, o heroísmo da renúncia e o sacrifício de si mesmo valem eticamente mais que uma simples pequena transformação moral. Todos nós falamos em valores menos nobres e em valores mais nobres. Todos sabemos que os valores sensíveis são inferiores aos valores espirituais. Todos falamos do primado do espiritual. E ainda dentro dos últimos, dos espirituais, nem todos são iguais em dignidade. Ninguém duvida de que, por exemplo, os valores éticos são superiores aos estéticos.¹⁹⁷

Hessen¹⁹⁸ propõe uma escala de valores na qual se consagra a prevalência dos espirituais sobre os sensíveis.. E, entre os espirituais, cabe aos valores éticos o primado sobre os lógicos e estéticos. Argumenta o autor que os valores éticos são caracterizados por sua validade absoluta (imperativo categórico), por sua universalidade e por seu totalitarismo. Conclui afirmando a superioridade dos valores religiosos sobre todos os demais, a que, segundo o autor, dão fundamento.

¹⁹⁶ REALE, 1998, p. 191.

¹⁹⁷ HESSEN, 1946, p. 58-59.

¹⁹⁸ HESSEN, 1946, p. 123.

O mesmo autor¹⁹⁹ se reporta a cinco critérios de hierarquia dos valores, sugeridos por Max Scheller: 1) Os valores são tanto mais altos quanto maior for a sua duração; 2) Os valores são tanto mais altos quanto menos divisíveis forem; 3) O valor que serve de fundamento a outros é mais alto do que os que se fundam nele; 4) Os valores são tanto mais altos quanto mais profunda é a satisfação que a sua realização produz em nós; 5) Tomando como base o diferente grau de relatividade, os valores absolutos são aqueles que existem para a pura sensibilidade espiritual e, portanto, são superiores aos valores vitais e aos valores do meramente sensorial.

Estudadas, ainda que de relance, as características principais dos valores, indaguemos sobre as possibilidades de sua classificação.

2.4 CLASSIFICAÇÃO DOS VALORES

Hessen e Reale respondem afirmativamente à possibilidade de classificação dos valores. Hessen²⁰⁰ propõe uma classificação do ponto de vista formal e outra do ponto de vista material. Na primeira das citadas classificações, têm-se valores positivos e negativos; valores das pessoas e das coisas, ou valores pessoais e reais; valores em si mesmos, ou autônomos, e valores derivados de outros ou dependentes. Do ponto de vista material, o autor distingue entre valores sensíveis e valores espirituais.

¹⁹⁹ HESSEN, 1946, p. 118-121.

²⁰⁰ Ibidem, p. 105-116.

Entre os valores sensíveis, estão: 1) valores do agradável e do prazer, também chamados hedônicos; 2) valores vitais ou da vida, tais como vigor vital, força, saúde; 3) valores de utilidade, que coincidem com os valores econômicos.

Os valores espirituais distinguem-se dos sensíveis pela imaterialidade, perdurabilidade e pela validade absoluta e incondicional. Fazem parte dos valores espirituais os valores lógicos, os valores éticos, os valores estéticos e os valores religiosos. Cada uma dessas classes de valores espirituais possui características próprias.

Os valores lógicos dizem respeito ao saber, ao conhecer, ao investigar a verdade.

Os valores éticos dizem respeito ao bem moral. Só as pessoas podem portá-los, nunca as coisas. Aderem sempre a suportes reais. Têm o caráter de imperativos absolutos. Põem, sempre, para o homem, um dever fazer ou não fazer. São universais, pois não se dirigem a determinado homem, mas a todos os homens. Ouçamos diretamente Hessen:

Ilimitada é a exigência que os valores éticos nos fazem: constituem uma norma ou critério de conducta que afecta todas as esferas da nossa actividade e da nossa conduta na vida. Esta acha-se sujeita, total e incondicionalmente, a eles na sua imperiosa jurisdição e validade. Nada deve ser feito que os contrarie. Poderia definir-se esta característica dos valores éticos, chamando-lhes totalitários.²⁰¹

Os valores estéticos, ou do belo, incluem o sublime, o trágico, o amável. O belo adere também às coisas, não só às pessoas. A realidade estética é sempre uma realidade aparente. Sua presença é imediata e intuitiva.

²⁰¹ HESSEN, 1946, p.112.

Quanto aos valores religiosos ou do Santo, assevera Hessen:

A eles não adere propriamente nenhum dever-ser. Não temos que realizar estes valores; nem isso é possível nem necessário. E isto por uma razão muito simples: eles próprios são já realidade. Não são valores dum dever-ser mas dum ser.²⁰²

Colhemos, ainda, do citado autor²⁰³, que o Santo ou o Divino, é valor e ser ao mesmo tempo. É uma particular e específica qualidade de valor. É transcendente.

Apesar desta sua transcendência, não deixa de haver também entre o valor do Santo e os outros valores uma relação muito íntima. E é esta uma relação de fundamento. A Realidade-Valor, de que falamos aqui, é ao mesmo tempo, o sustentáculo – podíamos dizer, a pátria – de todos os valores.²⁰⁴

Reale²⁰⁵ propõe uma simples discriminação do ponto de vista do conteúdo: 1) VERDADEIRO: ontognoseologia ou lógica transcendental, lógica e ciências; 2) BELO: arte e estética; 3) ÚTIL: economia e filosofia econômica; 4) SANTO: religião e filosofia da religião; 5) BEM : moral, direito, costume.

Refletimos, até aqui, sobre um conceito aproximativo dos valores, do modo de ser dos valores, das características dos valores, da classificação dos valores. Tudo isto, contudo, não seria possível, certamente, sem que tivesse havido o desenvolvimento das diversas teorias sobre o valor.

²⁰² HESSEN, 1946, p. 114.

²⁰³ Ibidem, p. 114-116.

²⁰⁴ Ibidem, p. 116.

²⁰⁵ REALE, 1998, p. 237.

2.5 TEORIAS SOBRE O VALOR

Reale²⁰⁶ expõe, como resultado de seus estudos, diversas teorias sobre o valor: as explicações psicológicas; a interpretação sociológica; o ontologismo axiológico; teorias histórico-culturais. Cuidaremos, agora, de sumariar cada uma delas, na tentativa de ampliar nossa compreensão sobre os valores, a partir das luzes oferecidas pelo mencionado autor.

2.5.1 As explicações psicológicas sobre valores

Para o “psicologismo axiológico”, valioso é o que nos agrada, causando-nos prazer. São as teorias do tipo hedonista, ancoradas nas idéias de Aristipo e Epicuro, Bentham e Meinong. Esta corrente contempla, também as teorias voluntaristas, segundo as quais valioso é o que desejamos ou pretendemos. Fundam-se no pensamento de Aristóteles, Ribot e Ehrenfels²⁰⁷.

Na impossibilidade de analisar as múltiplas perspectivas do psicologismo axiológico, diremos que sua tese nuclear consiste na afirmação de que os valores existem como resultado ou como reflexo de motivos psíquicos, de desejos e inclinações, de sentimento de agrado ou de desagrado. As coisas valem em razão de algo que em nós mesmos se põe como desejável ou apetecível, ou capaz de dar-nos prazer; porque existe, em suma, como fenômeno de consciência, e como vivência estimativa, algo que marca a razão da preferência exteriorizada. Os valores seriam, assim, uma ordem de preferências psicologicamente explicável, como ocorre, por exemplo, na conhecida fórmula de Ehrenfels: “a grandeza do valor é proporcional à sua desiderabilidade”.²⁰⁸

²⁰⁶ REALE, 1998, p. 195-207.

²⁰⁷ REALE, 1998, p. 195-196.

²⁰⁸ Ibidem, p. 196.

As explicações psicológicas, ao que parece, são falhas, visto que, ao considerarem os valores como reflexos de desejos e inclinações, deixam transparecer que o indivíduo, a partir de seu psiquismo, é um construtor de valores. Ora, admitida como válida esta hipótese, fica, pelo menos, enfraquecida a objetividade dos valores. Ocorre que, na ausência desta objetividade, inviável, ou muito difícil, seria a coesão social. Cada indivíduo, com sua tábua específica de valores, tentaria construir o seu bem, em total desvinculação da idéia de bem comum ou geral. E isto se opõe à constatação de que o homem é um ser social. Sendo ser social, o homem carece de viver em uma ordem. E ordem pressupõe valores comuns, no sentido de que se referem ao todo.

Por outro lado, não se pode considerar o indivíduo como fonte dos valores, ou como sua medida. Ocorre que os valores exercem pressão social, exigindo comportamentos, por vezes, conflitantes com as preferências individuais. Seria impossível, assim, explicar essa força determinante do produto (valor), impondo-se à fonte (indivíduo), por vezes em oposição a ela.²⁰⁹

Diverso é o entendimento da teoria sociológica, segundo veremos no tópico seguinte.

²⁰⁹ REALE, 1998, p. 197.

2.5.2 Interpretação sociológica dos valores

Servindo-nos, ainda, das pesquisas de Reale²¹⁰, temos que a Teoria sociológica desloca o problema da psicologia dos indivíduos, buscando explicá-lo à luz da psicologia social. Os valores são, aí, estudados, como fato social. No pensamento de Durkheim, os valores seriam produto da consciência coletiva.

Tratando de definir o que é um fato social, Durkheim²¹¹ relata determinados tipos de comportamento e de pensamento os quais provêm, não de uma disposição do psiquismo individual, mas de influências externas, que são dotadas de imperatividade e exercem pressão sobre o indivíduo. Diz ele que, ao desempenharmos certos papéis sociais (cita os de irmão, esposo e cidadão), estamos, na verdade, cumprindo deveres definidos exteriormente, pelo direito e pelos costumes. E acrescenta que, mesmo realizando deveres com os quais concordamos, na verdade esta concordância nos foi imposta mediante o processo de educação. Enfatiza o autor que os comportamentos sociais são exteriores ao indivíduo. E não só isto: são dotados de imperatividade e de coerção. Quando cumprimos espontaneamente tais comportamentos, a coerção não se faz sentir tão intensamente. Porém, caso tentemos violar as regras do direito, exemplifica, seremos levados a um ato de reparação, ou de expiação. – “E caso se trate de máximas puramente morais? A *consciência pública* reprime todos os atos que as

²¹⁰ Ibidem, p. 197 et seq.

²¹¹ DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 31 et seq.

ofendam através da vigilância que exerce sobre o comportamento dos cidadãos e das penas especiais de que dispõe²¹²(grifo nosso).

Estas breves considerações deixam entrever que os comportamentos sociais não resultam de valorações oriundas da consciência individual, mas da chamada consciência pública. Reportando-se àqueles fatos que qualifica de sociais, assevera Durkheim :

Aqui está uma ordem de fatos que apresentam características muito especiais: consistem em maneiras de agir, de pensar e de sentir exteriores ao indivíduo e dotadas de um poder coercivo em virtude do qual se lhe impõem. Por conseguinte, não podem confundir-se com os fenômenos orgânicos, visto que consistem em representações e em ações; *nem com os fenômenos psíquicos, que não têm existência senão na consciência individual, e devido a ela*. Constituem, pois, uma espécie nova e a eles se deve atribuir e reservar a qualificação de sociais. Esta lhes convém; pois é evidente que, *não tendo o indivíduo por substrato, não podem ter outro senão a sociedade*, quer seja a sociedade política na sua totalidade, quer um dos grupos parciais que engloba: confissões religiosas, escolas políticas, literárias, corporações profissionais, etc.²¹³ (grifo nosso).

Com acerto, diz Miguel Reale que, na visão durkheimiana, “o elemento distintivo do fato social seria dado pela consciência coletiva, insuscetível de ser explicada à luz da Psicologia individual”²¹⁴. Segundo Reale,

Durkheim, na última fase de sua produção científica, tomou contacto com o problema axiológico, vendo a consciência coletiva como *repositório de valores*, daí tirando a conclusão de que os valores obrigam e enlaçam nossa vontade, porque representam as tendências prevaletentes no todo coletivo, exercendo *pressão* ou *coação exterior* sobre as consciências individuais.²¹⁵(grifo do autor).

²¹² DURKHEIM, 2003, p. 32.

²¹³ Ibidem, p. 33.

²¹⁴ REALE, 1998, p. 198.

²¹⁵ Ibidem, p. 198.

Reale²¹⁶ assinala que a explicação puramente sociológica acerca dos valores encerra uma dificuldade de ordem filosófica: como buscar explicação empírica e causal para o mundo axiológico. A Psicologia social e a Sociologia dos valores ajudam a mostrar como eles nascem. Contudo, não bastam para explicar porque eles obrigam.

Outras teorias surgiram, na tentativa de explicar o problema dos valores. Vejamos, a seguir, o ontologismo axiológico.

2.5.3 O ontologismo axiológico

O ontologismo axiológico tem como representantes máximos Max Scheler e Nicolai Hartmann.

Segundo Scheler e Hartmann, os valores não resultam de nossos desejos, nem são projeção de nossas inclinações psíquicas, ou do fato social, mas algo que se põe antes do conhecimento ou da conduta humana, embora podendo ser razão dessa conduta. Os valores representam um ideal em si e de per si, com uma consistência própria, de maneira que não seriam projetados ou constituídos pelo homem na história, mas descobertos pelo homem através da história.²¹⁷

O que acabamos de ver demonstra já uma objeção às teorias psicológicas e sociológicas acerca dos valores.

²¹⁶ REALE, 1998, p. 200 et seq.

²¹⁷ SCHELER; HARTMANN apud REALE, 1998, p. 203.

Hessen²¹⁸ presta esclarecimentos sobre os posicionamentos de Hartmann e de Scheler, que tentaremos sumariar.

Para Hartmann, há um dever-ser ideal, um dever-ser atual e um dever fazer algo determinado, sendo que o dever-ser ideal pertence à própria essência do valor. O dever-ser ideal é o *modus essendi* do valor. Mas não constitui, ainda, uma obrigatoriedade para um sujeito determinado. Lembra Hessen que, do fato de uma coisa ser valiosa, não resulta que alguém a deva realizar. Significa tão só que ela deve ser.

Num segundo momento, quando o homem se apercebe do valor, este se insere na realidade, o que vem a constituir o dever ser atual. Explica Adeodato:

Quando o valor é captado pelo homem e assim iniciado seu processo de inserção na realidade, suas emanações constituem o dever ser atual (*aktuales seinsollen*, o *Sollen* propriamente dito), definido como a tensão entre o dever ser ideal e a realidade valorada; o dever ser atual é o valer, já sujeito aos constrangimentos da realidade diante do passível de realização ou não.²¹⁹

Tendo intuído o valor, em sua forma de dever ser ideal, o homem observa a realidade e percebe ser esta diferente do encaminhamento das coisas requerido pelo valor. Ou, em palavras de Hessen²²⁰, “o dever-ser atual pressupõe o não ser do dever-ser ideal”. Fica, assim, estabelecida a tensão acima reportada em palavras de Adeodato. A consciência cognoscente se apercebe da necessidade de realização do valor. É o dever-ser atual. “Quando o dever-ser puro, em seu modo ideal de ser,

²¹⁸ HESSEN, 1946, p. 82-86.

²¹⁹ ADEODATO, 1996, p. 147.

²²⁰ HESSEN, 1946, p. 83-84.

apesar de sua tendência a realizar-se, é intuído mas não foi ainda realizado, surge a **atualidade do dever**²²¹(grifo do autor).

O dever fazer é o modo de apreensão, pelo sujeito, do dever –ser atual.

Ainda tendo por base as explanações de Hessen²²², a posição de Max Scheler difere daquela de Nicolai Hartmann. Para Hartmann, “o momento da obrigatoriedade pertence já à essência do valor; está já contido no seu modo de ser ideal, no seu *modus essendi*”. Para Scheler, “enquanto contemplados só em si mesmos, os valores não contêm ainda momento de dever ou obrigação”.

Scheler identifica um dever ser ideal e um dever ser normativo. O dever ser ideal é a relação entre um valor e um possível ser real. O dever ser normativo já é a relação que se estabelece entre o valor, no seu conteúdo, e um querer que se propõe realizar este conteúdo. Hesse exemplifica: o dever ser ideal aparece na proposição “o mal não deve existir”; o dever ser normativo pode ser identificado na proposição “não deves praticar o mal”.

No entendimento de Miguel Reale, o ontologismo axiológico estabelece “uma separação entre o problema do valor e o da história, ficando esta vazia de sentido”²²³. Para este autor, a melhor explicação da experiência dos valores, bem como de sua obrigatoriedade, é fornecida pelas doutrinas histórico-culturais²²⁴.

²²¹ ADEODATO, 1996, p. 147.

²²² SCHELER; HARTMANN apud HESSEN, 1946, p. 84-86.

²²³ REALE, 1998. p. 204.

²²⁴ REALE, op. cit., p. 204.

2.5.4 Teoria histórico-cultural dos valores

Em sua obra *Filosofia do Direito*²²⁵, Miguel Reale, sob a rubrica doutrinas histórico-culturais, reúne tendências diversas, do tipo hegeliano, diltheyano, bem como a de inspiração heideggeriana ou marxista. Afirma o autor que tais doutrinas têm em comum a convicção de que o problema do valor não pode ser compreendido fora do âmbito da História. Esta é entendida como realização de valores, ou como projeção do espírito sobre a natureza.

Para as teorias histórico-culturais, o valor não pode ser compreendido fora do âmbito da História. A História é, aí, entendida como realização de valores. O cerne da doutrina parte do princípio de que o homem é o único ser capaz de inovar o mundo. Sobre o mundo da natureza, constrói o homem um outro mundo, que é a sua imagem na totalidade do tempo vivido. Este é o mundo da cultura, da História. Este mundo só é possível porque o homem, ser espiritual, é um ente livre, dotado do poder de síntese. O mundo da cultura constitui projeção do espírito humano sobre a natureza. Os valores são a dimensão nova conferida à natureza pela obra humana de transformação e renovação.

O valor, portanto, não é projeção da consciência individual, empírica e isolada, mas do espírito mesmo, em sua universalidade, enquanto se realiza e se projeta para fora, como consciência histórica, no processo dialógico da história que traduz a interação das consciências individuais, em um todo de superações sucessivas.²²⁶

²²⁵ REALE, 1998, p. 204-207.

²²⁶ Ibidem, p. 206.

Diversas teorias se propõem a explicar, segundo Reale, o que move o espírito na realização histórica. Diversas são as respostas: tendências profundamente éticas, anseio de liberdade, necessidades econômicas, etc. Mas todas elas reconhecem a possibilidade de transformação da natureza e de a subordinar aos fins do homem em virtude do poder nomotético do espírito.

O elemento de força, de domínio ou de preponderância dos elementos axiológicos ou dos valores resultaria, portanto, dessa tomada de consciência do espírito perante si mesmo, através de suas obras: *os valores, em última análise, obrigam, porque representam o homem mesmo, como autoconsciência espiritual*; e constituem-se na História e pela História porque esta é, no fundo, o reencontro do espírito consigo mesmo, do espírito que se realiza na experiência das gerações, nas vicissitudes do que chamamos ciclos culturais, ou civilizações.²²⁷ (grifo do autor).

Os valores, no âmbito desta teoria, não são objetos ideais. Eles se inserem na nossa experiência histórica. Entre valor e realidade existe um nexo de polaridade e de implicação. Explica Reale que “a História não teria sentido sem o valor: um dado ao qual não fosse atribuído nenhum valor, seria como que inexistente; um valor que jamais se convertesse em momento da realidade, seria algo de abstrato ou de quimérico”²²⁸. Por outro lado, “o valor não se reduz ao real, nem pode coincidir inteiramente, definitivamente, com ele: um valor que se realizasse integralmente, converter-se-ia em dado, perderia a sua essência que é a de superar sempre a realidade graças à qual se revela e na qual jamais se esgota”²²⁹. Deste modo, Reale traz à tona duas outras características dos valores: a realizabilidade e a inexauribilidade.

²²⁷ REALE, 1998, p. 206.

²²⁸ Ibidem, p. 207.

²²⁹ Ibidem, p. 207.

Reale reduz o problema do valor à espiritualidade humana: “*Há possibilidade de valores porque quem diz homem diz liberdade espiritual, possibilidade de escolha constitutiva de bens, poder nomotético de síntese com liberdade e autoconsciência*”²³⁰ (grifo do autor).

A teoria histórico-cultural reconhece a objetividade dos valores no mundo da cultura. Na sua explicação, os valores não têm existência em si, ontológica. São algo que o homem realiza em sua própria experiência.

O manejo das idéias desenvolvidas ao longo do presente capítulo nos conduz ao entendimento de que os valores conduzem ao dever ser e, deste modo, influenciam a conformação de uma sociedade, em determinada época. Os valores, portanto, fundamentam a normatividade de conduta. Neste âmbito de normatividade da conduta, surgem os direitos e os deveres. Cumpre-nos, agora, a tarefa de identificar o que são deveres e, mais especificamente, o que são deveres fundamentais, o que será objeto de nossas preocupações no capítulo seguinte.

²³⁰ REALE, 1998, p. 212.

CAPÍTULO III

DEVERES FUNDAMENTAIS

Os textos constitucionais da atualidade dedicam extenso tratamento aos direitos e garantias fundamentais. A Constituição do Brasil, de 1988, cuida do tema em todo o título II. Contudo, a referência, de modo expresso e direto, aos deveres, é mínima. Os direitos e garantias individuais são relatados em setenta e sete incisos do artigo 5º. Os direitos sociais mereceram trinta e quatro incisos do artigo 7º, e mais oito do artigo 8º. A expressão “deveres” aparece aí uma única vez, na epígrafe do capítulo I: “dos direitos e *deveres* individuais e coletivos”. Leitura desatenta do contexto pode levar à impressão, equivocada, de que a mencionada Carta não consagra deveres fundamentais. Há, pelo menos, o dever fundamental de exercer os direitos da cidadania. Na opinião de Dallari,

[...] é importante assinalar que os direitos da cidadania são, ao mesmo, tempo, deveres. Pode parecer estranho dizer que uma pessoa tem o dever de exercer os seus direitos, porque isso dá a impressão de que tais direitos são convertidos em obrigações. Mas a natureza associativa da pessoa humana, a solidariedade natural característica da humanidade, a fraqueza dos indivíduos isolados quando devem enfrentar o Estado ou grupos sociais poderosos são fatores que tornam necessária a participação de todos nas atividades sociais. Acrescente-se a isso a impossibilidade de viver democraticamente se os membros da sociedade não externarem suas opiniões e sua vontade. Tudo isso torna imprescindível que os cidadãos exerçam seus direitos de cidadania.²³¹

²³¹ DALLARI, Dalmo. *Direitos e deveres da cidadania*. Disponível em : <www.dhnet.org.br/sos/textos/deveres.htm>. Acesso em : 23 jul. 2002.

Podemos referenciar, ainda, o dever de dar à propriedade uma função social²³², o dever de serviço militar²³³, o dever da família de prover a educação de seus membros (em colaboração com o Estado e com a comunidade)²³⁴, o dever de defender e de preservar o meio ambiente²³⁵, para falarmos em alguns, apenas, destacando-se, ainda, o dever fundamental de submissão às leis.

A escassez de produção doutrinária sobre deveres fundamentais não constitui uma particularidade do Brasil. Também nos diversos Estados da Europa, “o tema dos deveres fundamentais é reconhecidamente considerado dos mais esquecidos da doutrina constitucional contemporânea”²³⁶. Os textos constitucionais referem-se aos deveres ao lado dos direitos fundamentais. Contudo, não oferecem aos deveres o mesmo tratamento conferido aos direitos²³⁷. Pauner Chulvi²³⁸ adverte para a escassa atenção que a doutrina tem dedicado ao estudo dos deveres constitucionais.

A diminuta ênfase que se tem dado aos deveres fundamentais, tanto nas constituições quanto na doutrina, encontra explicações da mais diversa ordem. Ancorando-se em Santi Romano, Pauner Chulvi²³⁹ relata que “o desinteresse doutrinário pelos deveres fundamentais poderia justificar-se pelo fato de eles serem considerados como o reverso do direito subjetivo, constituindo, assim, uma imagem negativa da mesma realidade”. De outro modo, tem-se que “os direitos carecem de ser afirmados constantemente, na medida em que estão permanentemente sob a

²³² Art. 5º, XXIII da Constituição Federal.

²³³ Art. 143 da Constituição Federal.

²³⁴ Art. 205 da Constituição Federal.

²³⁵ Art. 225 da Constituição Federal.

²³⁶ NABAIS, José Casalta. *O Dever fundamental de pagar impostos*: contributo para a compreensão do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998. p.15.

²³⁷ NABAIS, op. cit., p. 22-23.

²³⁸ PAUNER CHULVI, Cristina. *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 31.

²³⁹ Ibidem, p. 31.

possibilidade de serem desconhecidos ou violados, enquanto que os deveres, dada a sua condição de decorrerem das potestades públicas, prescindem de específica afirmação”²⁴⁰. Conforme salienta Nabais²⁴¹, ocorre um escasso desenvolvimento teórico das chamadas “situações jurídicas passivas” no direito público atual, o que tem como explicação a idéia do estado de direito. Em face da constante tensão entre o poder (dominação) e o direito (limitação do poder), na concepção do estado de direito deu-se predominância à luta pelo direito. Na seqüência da explicação de Nabais, a primazia da noção de direitos subjetivos públicos é vista como reação às idéias de Von Gerber e Laband, segundo os quais os direitos ou liberdades não passavam de meros reflexos do direito objetivo. Em outra linha de consideração, tem-se que os deveres decorrem diretamente do reconhecimento dos próprios poderes públicos e, como tal, não carecem de afirmação específica. Por último, no confronto entre liberdade (individual) e responsabilidade (social), deu-se prioridade ao tratamento da primeira. É que a responsabilidade pressupõe a liberdade, que constitui um prius que dispõe de primazia lógica, ontológica, ética e política face à responsabilidade. As considerações do autor apontam, ainda, para o fato de que as atuais Constituições da maioria dos Estados da Europa foram adotadas na seqüência da queda de regimes totalitários ou autoritários. Assinala, exemplificativamente, a Constituição italiana de 1947, a Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Espanhola de 1978.

No Brasil, há um entendimento de que os deveres decorrem dos direitos. É a linha de pensamento de José Afonso da Silva.

²⁴⁰ PAUNER CHULVI, op. cit., p. 31.

²⁴¹ NABAIS, 1998, p. 15 e 16.

Comentando a epígrafe “deveres individuais e coletivos”, assim se expressa o constitucionalista:

Os conservadores da Constituinte clamaram mais pelos deveres que pelos direitos. Sempre reclamaram que a Constituição só estava outorgando direitos e perguntavam onde estariam os deveres. Postulavam, até que se introduzissem aí deveres individuais e coletivos. Não era isso que queriam, mas uma declaração constitucional de deveres, que se impusessem ao povo. Ora, uma Constituição não tem que fazer declaração de deveres paralela à declaração de direitos. Os deveres decorrem destes na medida em que cada titular de direitos individuais tem o dever de reconhecer e respeitar igual direito do outro, bem como o dever de comportar-se, nas relações inter-humanas, com postura democrática, compreendendo que a dignidade da pessoa humana do próximo deve ser exaltada como a sua própria.²⁴²

A indiferença das atuais Constituições é explicada pelas experiências do nazismo e do comunismo. “No ideário nazi, os deveres fundamentais dos cidadãos convertem-se em deveres fundamentais ‘dos membros do povo’ (dever de serviço de poderes, dever de trabalhar, dever de defender o povo)”²⁴³. “Na compreensão comunista, os direitos fundamentais eram também relativizados pelos deveres fundamentais: os indivíduos tinham direitos conexos como deveres, o que, nos quadros políticos dos ex-países comunistas, acabou por aniquilar os direitos e hipertrofiar os deveres”²⁴⁴.

Os deveres fundamentais constituem, todavia, “importante categoria jurídica e política”²⁴⁵. Ao lado dos direitos fundamentais, determinam a posição jurídica dos indivíduos em face do Estado e da coletividade de que fazem parte²⁴⁶. “Os deveres fundamentais colocam, tal como os direitos, problemas de articulação e de relação

²⁴² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 192.

²⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 517.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 517.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 517.

²⁴⁶ NABAIS, 1998. p. 65.

do indivíduo com a comunidade”²⁴⁷. Apresentam-se, ainda, como “elementos essenciais à conformação da ordem jurídico-política, na medida em que contribuem para a consecução de alguns fins do Estado social e democrático de direito”²⁴⁸.

3.1 O DESENVOLVIMENTO DA IDÉIA DE DEVERES FUNDAMENTAIS

O conceito de dever surgiu nos campos religioso e ético, vindo a integrar a esfera jurídica somente no advento da Idade Moderna²⁴⁹. Inicialmente, havia certa confusão entre deveres morais e deveres jurídicos, devendo-se a Kant o mérito de haver formulado a distinção entre os conceitos de legalidade e moralidade, em capítulo introdutório da obra “Os princípios metafísicos da doutrina do direito”²⁵⁰. A distinção entre dever jurídico e dever moral fica muito clara em Kelsen: “O conceito de dever jurídico refere-se exclusivamente a uma ordem jurídica positiva e não tem qualquer espécie de implicação moral”²⁵¹.

Segundo Peces-Barba²⁵², foi decisiva, para o trânsito da idéia de dever do campo da moral e da religião para o âmbito do direito, a contribuição do pensamento estóico. Tal pensamento influenciou o humanismo jurídico e o jusnaturalismo racionalista.

Com a aplicação, ao individualismo, do imperativo estóico “suporta e abstem-te”, o homem passa a ser titular “não só dos direitos fundamentais, que são

²⁴⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 517.

²⁴⁸ PAUNER CHULVI, 2001, p. 45.

²⁴⁹ NABAIS, 1998, p. 41.

²⁵⁰ PAUNER CHULVI, op. cit., p. 33.

²⁵¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998c. p. 131.

²⁵² PECES-BARBA apud NABAIS, 1998, p. 41.

inerentes à sua dignidade, mas também dos deveres que a existência e o funcionamento da comunidade (organizada em estado) necessariamente implicam”²⁵³.

Na visão de Nabais²⁵⁴, deve-se às construções do humanismo jurídico e do jusnaturalismo racionalista o processo de incorporação do tema dos deveres ao direito. Nessa linha de entendimento, o direito de propriedade e o contratualismo moderno surgem, respectivamente, do dever de não furtar e do dever de cumprir as promessas. Na seqüência evolutiva, são identificados deveres de solidariedade, de não causar danos a outrem, de restituir o alheio, etc., acrescentando-se que a violação de tais regras merece sanção (castigo) por parte dos homens. A sanção passa a ser entendida como traço identificador dos deveres jurídicos. Nessa ordem de idéias, os deveres são entendidos como limites dos próprios direitos (naturais), e coincidem com os deveres do homem enquanto tal. Daí que, com a crise do jusnaturalismo, não se reivindicou uma positivação dos deveres. Assim é que, nas declarações americanas de direitos, bem como nas francesas, não há positivação de deveres.

Os deveres fundamentais clássicos do Estado liberal aparecem expressos, pela primeira vez, no artigo 10º. Da Constituição de Massachussetts, de 1780, o qual dispõe que “em consequência da sua pretensão à proteção comunitária, cada cidadão está obrigado a contribuir mediante serviços pessoais ou mediante um equivalente para a organização dessa proteção”²⁵⁵.

²⁵³ NABAIS, 1998, p. 41.

²⁵⁴ Ibidem, p. 42.

²⁵⁵ Ibidem, p. 44.

Na declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, estão positivados os deveres fundamentais de obediência²⁵⁶, de pagamento de tributos²⁵⁷ e de suportar a privação da propriedade por necessidade pública²⁵⁸. O dever de defesa é consagrado na Declaração de Direitos da Constituição do ano I²⁵⁹.

Os deveres fundamentais do Estado liberal se resumem na defesa da Pátria e no pagamento de impostos. Constituem “a outra face, respectivamente, da liberdade e da propriedade, os dois direitos que, no fundo, resumem todo o conjunto dos direitos fundamentais da época”²⁶⁰.

Com o advento dos direitos de participação política, dos direitos sociais e dos direitos ecológicos, tem-se uma ampliação do catálogo dos deveres fundamentais, visto que esses novos direitos promovem a convocação de deveres associados ou coligados²⁶¹. Desse modo, ao direito de voto, associa-se o dever de votar; aos direitos sociais, os deveres sociais; aos direitos ecológicos, os deveres ecológicos.

3.2 CONCEITO DE DEVERES FUNDAMENTAIS

²⁵⁶ Artigo 7º. – Ninguém pode ser acusado, detido ou preso, senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por ela prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou fazem executar ordens arbitrárias devem ser punidos; *mas todo cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer incontinenti*: ele se torna culpado em caso de resistência. (grifo nosso).

²⁵⁷ Artigo 13- Para a manutenção da força pública e para as despesas da administração, é indispensável uma contribuição comum; ela deve ser igualmente repartida entre todos os cidadãos, na medida de seus recursos.

²⁵⁸ Artigo 17 – Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente verificada, o exigir de modo evidente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização.

²⁵⁹ NABAIS, 1998, p. 45.

²⁶⁰ Ibidem, p. 48.

²⁶¹ NABAIS, 1998, p. 50.

Segundo Engisch²⁶², “um dever consiste sempre num dever-ser de certa conduta. Quem é obrigado a adotar um certo comportamento, fazendo ou deixando de fazer(omitindo) alguma coisa: ele deve agir desta ou daquela maneira, deixar de fazer isto ou aquilo”. Diz, ainda, o referido autor²⁶³, que “uma conduta é devida (deve ser) sempre que a sua realização é valorada positivamente e a sua omissão é valorada negativamente”. Nesta linha de raciocínio, tem-se que o dever pode ser identificado como exigência de conduta compatível com a realização de valores. Diante de valores reconhecidos através de normas jurídicas, impõem-se deveres jurídicos.

Para as finalidades do presente estudo, é necessário distinguir entre dever e obrigação. Tendo em vista o uso de ambos os termos na linguagem jurídica, põe-se o problema de esclarecer se eles se referem a duas categorias distintas, ou se se reportam à mesma realidade²⁶⁴. Explicação útil é dada por Rodríguez²⁶⁵:

A diferença entre estas duas categorias reside no fato de que a obrigação surge sempre no âmbito de uma relação jurídica dada em estrita correspondência com um direito subjetivo de outro sujeito que é parte na mesma relação, enquanto que o dever se impõe numa direção genérica, sem que se tenha, de outro lado, um outro sujeito, titular de um direito subjetivo, a exigí-lo. Este dever em sentido amplo, como situação de sujeição, carece de um processo de concreção, que algum autor qualifica de ‘atos de acerto’ que ajusta esse dever genérico às circunstâncias concorrentes em cada caso.

Em se tratando de deveres constitucionais, tem-se que “a Constituição impõe aos cidadãos deveres que, com a mediação da lei, se concretizam em obrigações específicas”²⁶⁶. Disto servem como exemplos os deveres de defesa da Pátria e o dever de pagar impostos.

²⁶² ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 36.

²⁶³ Ibidem, p. 37.

²⁶⁴ PAUNER CHULVI, 2001, p. 36.

²⁶⁵ RODRÍGUEZ apud PAUNER CHULVI, op. cit., p. 39.

²⁶⁶ PAUNER CHULVI, op. cit., p. 39.

Na tentativa de compreensão do significado dos deveres fundamentais, busca-se, por vezes, conceituá-los como o reverso dos direitos fundamentais:

A idéia de deveres fundamentais é susceptível de ser entendida como ‘o outro lado’ dos direitos fundamentais. Como ao titular de um direito fundamental corresponde, em princípio, um dever por parte de um outro titular, poder-se-ia dizer que o particular está vinculado aos direitos fundamentais como destinatário de um dever fundamental²⁶⁷.

Mas isto não é tudo. “Os deveres fundamentais constituem uma categoria jurídico-constitucional própria colocada ao lado e correlativa da dos direitos fundamentais, uma categoria que, como corretivo da liberdade, traduz a mobilização do homem e do cidadão para a realização dos objetivos do bem comum”²⁶⁸. Constituem, assim, “deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos”²⁶⁹.

Nabais²⁷⁰ caracteriza os deveres fundamentais como posições jurídicas passivas, autônomas, subjetivas, individuais, universais e permanentes e essenciais.

Significa o caráter de posições jurídicas passivas dos deveres fundamentais que eles constituem o lado passivo da relação jurídica fundamental entre os indivíduos e o Estado. São posições opostas às dos direitos fundamentais e podem ser objeto de violação.

Em segundo lugar, tem-se que os deveres fundamentais não emergem, objetivamente, como reflexos dos poderes estaduais. São posições imputadas ao indivíduo pela Constituição. Nisto o seu caráter de posições subjetivas.

²⁶⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 518.

²⁶⁸ NABAIS, 1998, p. 64.

²⁶⁹ Ibidem, p. 64.

²⁷⁰ Ibidem, p. 64.

Por outro lado, os deveres fundamentais têm como destinatários os indivíduos (pessoas humanas), residindo aí o seu caráter de posições individuais, o que não afasta a possibilidade de terem como titulares as pessoas jurídicas²⁷¹.

O serem posições universais e permanentes indica valerem os deveres fundamentais para todos os indivíduos e não para alguns apenas, como, também, que eles perduram no tempo.

A essencialidade dos deveres fundamentais consiste no alto grau de relevância, para a subsistência e funcionamento da comunidade organizada em Estado, da conduta que lhes serve de conteúdo.

3.3 RELAÇÕES ENTRE DEVERES FUNDAMENTAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não há deveres sem direitos, nem direitos sem deveres. “À conduta a que um indivíduo é obrigado em face de outro corresponde uma determinada conduta do outro indivíduo. Este pode exigir ou reclamar a conduta do outro, a conduta a que este é obrigado em face dele”²⁷². Nessa linha de consideração, diz, ainda, Kelsen²⁷³:

Se se afasta a hipótese dos direitos naturais e se reconhecem apenas os direitos estatuídos por uma ordem jurídica positiva, então verifica-se que um direito subjetivo, no sentido aqui considerado, pressupõe um correspondente dever jurídico, é mesmo este dever jurídico.

Em primeiro lugar, a efetividade e a garantia dos direitos fundamentais reclamam o cumprimento dos deveres fundamentais. Este cumprimento é

²⁷¹ Obviamente, deveres fundamentais que sejam compatíveis com a natureza das pessoas coletivas.

²⁷² KELSEN, 1998c, p. 141.

²⁷³ Ibidem, p. 145.

necessário, seja como condição de proporcionar os meios de funcionamento do Estado, seja mesmo como pressuposto de exercício dos direitos, pois tal exercício dos direitos requer o correspondente respeito a eles, o que se manifesta como dever. Por outro lado,

[...] Não há deveres sem direitos, porque é de todo inconcebível um estado de direito democrático assente num regime unilateral de deveres, já que contra ele se levantariam as mais elementares exigências de justiça e de respeito pelos direitos humanos, como o demonstra à saciedade a específica dimensão histórica dessa fórmula, que simultaneamente teve por objectivo e constitui a base fundamental da instituição do estado constitucional democrático, e está bem patente na expressão ‘no taxation without representation’, que foi uma das principais bandeiras das revoluções liberais, mormente da americana²⁷⁴.

Nesta linha de raciocínio, os deveres fundamentais “integram a matéria dos direitos fundamentais, ou seja, a (sub) constituição do indivíduo”²⁷⁵. Os deveres fundamentais, mesmo quando dispersos em outros capítulos da Constituição, ainda assim “estão ao serviço da realização da dignidade da pessoa humana na medida em que esta é membro da comunidade estadual”²⁷⁶.

Cumprе reiterar a inexistência de sinalagmaticidade entre direitos e deveres fundamentais. Em caso de descumprimento de um dever fundamental, “não haverá a possibilidade de um outro indivíduo exigir sua realização, posto que não se encontra legitimado para tal”. Pauner Chulvi²⁷⁷ menciona dois casos de correlatividade entre deveres e direitos fundamentais: deveres negativos de respeitar os direitos fundamentais dos outros (direito à vida, direito de reunião, etc.) e deveres positivos dos poderes públicos, exigíveis pelos respectivos titulares (direito à saúde, direito à educação, etc.).

²⁷⁴ NABAIS, 1998, p. 119-120.

²⁷⁵ NABAIS, 1998, p. 118.

²⁷⁶ Ibidem, p. 119.

²⁷⁷ PAUNER CHULVI, 2001, p. 35.

O descumprimento dos deveres fundamentais em sentido próprio gera, todavia, uma frustração de interesses públicos. Contudo, só mediante a atuação do aparelho estatal sancionador pode exigir-se o seu efetivo cumprimento. Daí, tem-se que “há uma correlação entre deveres constitucionais e potestades administrativas que atuam em garantia daqueles deveres”²⁷⁸.

3.4 FUNDAMENTO JURÍDICO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Deveres fundamentais são deveres constitucionais. Encontram seu fundamento jurídico, de modo expresso ou implícito, na própria Constituição²⁷⁹. Contudo, é preciso esclarecer se cada dever fundamental carece de “específico suporte constitucional ou se pode reconduzir-se a uma cláusula geral capaz de suportar tanto os deveres constitucionais como os deveres extraconstitucionais”²⁸⁰.

Constituições há que contêm cláusulas gerais de deverosidade social²⁸¹, “o que exprimiria a possibilidade de tutelar constitucionalmente deveres ou valores sem expressão no texto constitucional que vão emergindo ao nível da consciência comunitária ou da constituição material”²⁸². Outras há em que os deveres são referenciados ao lado dos direitos²⁸³. Isto, contudo, não avaliza suposta tese de um catálogo aberto de deveres fundamentais, como pode parecer à primeira vista.

²⁷⁸ PAUNER CHULVI, 2001, p. 35.

²⁷⁹ NABAIS, 1998, p. 61.

²⁸⁰ Ibidem, p. 61.

²⁸¹ Constituição Italiana, artigo 2º. : La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sai come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e *richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà política, econômica e sociale*.

Constituição Espanhola, artigo 9º., no. I : Los ciudadanosy los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto Del ordenamiento jurídico.

²⁸² NABAIS, op. cit., p. 61.

²⁸³ Constituição Portuguesa: Parte I – Direitos e deveres fundamentais.

Constituição Brasileira: Título II – Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos.

Diferentemente do que ocorre com os direitos fundamentais, os deveres fundamentais obedecem à condição de tipicidade ou de *numerus clausus*, pelo que só podemos qualificar como tais aqueles deveres que a Constituição reconhece explicitamente, sendo os outros meros deveres legais²⁸⁴.

Primeiro, “não há deveres do homem enquanto tal como categoria pré-existente ao Estado e necessariamente reconhecíveis por este último”²⁸⁵. Em segundo lugar, considerada a preeminência do princípio da liberdade e dos direitos fundamentais face aos poderes do Estado, disposições como as constantes do artigo 2º. Da Constituição Italiana e artigo 9º. da Constituição Espanhola devem ser interpretados como fórmula meramente descritiva do status geral de sujeição dos cidadãos aos poderes estatais²⁸⁶.

Assente a idéia de que os deveres fundamentais requerem consagração constitucional, resta indagar se eles requerem veiculação expressa, ou se se bastam com uma ponência implícita. Na opinião de Nabais²⁸⁷, é bastante uma consagração implícita. Exemplificando, o referido autor faz-se reportar ao dever fundamental de pagar impostos, que, em Portugal, “resulta claramente da ampla e desenvolvida ‘constituição fiscal’ que contém (arts. 106º. 107º.), quer da própria natureza do estado fiscal que incorpora e que o reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais pressupõe”²⁸⁸.

A possibilidade de consagração implícita dos deveres fundamentais, convém lembrar, não é aberta, nem arbitrária. Deve resultar da existência de norma constitucional expressa, cujo conteúdo, para a sua efetividade, traga como pressuposto o cumprimento de deveres fundamentais.

²⁸⁴ PAUNER CHULVI, 2001, p. 40.

²⁸⁵ PEREZ SERRANO, N. apud PAUNER CHULVI, op. cit., p. 40.

²⁸⁶ PAUNER CHULVI, 2001, p. 40-41.

²⁸⁷ NABAIS, 1998. p. 63.

²⁸⁸ NABAIS, 1998. p. 63.

3.5 JURIDICIDADE DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Há discussões doutrinárias acerca da juridicidade dos deveres fundamentais (melhor dizendo, das normas constitucionais que enunciam tais deveres), pondo-se em dúvida o caráter jurídico de tais normas, a partir da observação de três aspectos a elas inerentes: o seu diferente grau de obrigatoriedade, a inexistência de sanções específicas para o seu descumprimento e a necessidade de intermediação legal para a sua implementação²⁸⁹. Fala-se em irrelevância das normas constitucionais veiculadoras dos deveres fundamentais, caracterizando-as como normas supérfluas, defendendo-se, ainda, uma idéia de que tais preceitos traduzem, antes que uma vinculação da conduta das pessoas, mandatos dirigidos ao legislador²⁹⁰.

Contrariamente às posições doutrinárias que negam normatividade aos preceitos constitucionais veiculadores dos deveres fundamentais, levantam-se fortes argumentos. Primeiro, não se deve confundir a natureza das normas com o seu grau de aplicabilidade²⁹¹. Depois, deve-se ter em mente que “a Constituição inteira é uma norma jurídica e como tal goza da qualidade de exigibilidade e coercibilidade para o seu cumprimento”²⁹². Simone²⁹³ sustenta a natureza jurídica de todas as normas que figurem na Constituição:

Se se pode falar de uma *variada* destinação das nossas disposições - e nesse sentido, *mas somente nesse sentido*, de sua diversidade de posição normativa; porque algumas disposições se refiram, em particular ao legislador; outras aos cidadãos; outras a cidadãos e a órgãos do Estado; outras ainda a todos aqueles que se encontrem residindo no Estado, tenham ou não a qualidade de cidadãos; e assim por diante - , não se pode falar, por isso, de diferente força cogente das disposições; pois que todas

²⁸⁹ PAUNER CHULVI, 2001, p. 48.

²⁹⁰ Ibidem, p. 49.

²⁹¹ PAUNER CHULVI, 2001, p. 51.

²⁹² Ibidem, p. 51.

²⁹³ SIMONE apud SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 46.

são, de modo unívoco, *constitucionalmente* cogentes para seus destinatários; e a possibilidade de uma aplicação direta ou mediata à relação social não pode levar a pensar na existência de disposições que não sejam normativas, ou que sejam, mais ou menos, diversamente normativas. Todas são normativas, mesmo aquelas que, a um sumário exame, menos pareçam tais.

Para Ferreira²⁹⁴, “a opinião mais lógica é a de admitir a juridicidade de todas as normas constitucionais, embora lhes atribuindo eficácia e valor jurídico diferentes”. Em reforço deste ponto de vista, o mesmo Ferreira²⁹⁵ transcreve o pensamento de Sutherland, segundo o qual “seria desmerecer a própria dignidade da Lei Fundamental dizer que esta pudesse descer a um nível de prescrição de normas de caráter secundário, as quais poderiam ser seguidas ou desobedecidas à vontade”²⁹⁶. Em defesa da normatividade de todas as normas constitucionais, diz ainda Ferreira²⁹⁷:

Segundo Crisafulli deve-se reconhecer a eficácia normativa das normas programáticas, que são autênticas normas jurídicas, dirigidas aos órgãos do Estado, principalmente aos órgãos legislativos. Daí a sua eficácia prevalecente à frente de outras leis ordinárias. Proclama, por conseguinte, a invalidade das leis subseqüentes às normas programáticas e pretende, inclusive, admitir essa invalidez à frente das disposições de leis preexistentes que contrariem o direito programático editado.

Canotilho²⁹⁸, discorrendo especificamente sobre normas programáticas, também repele a possibilidade de normas constitucionais destituídas de normatividade:

Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente:(1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*);(2) vinculação *positiva* de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-los em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução,

²⁹⁴ FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 33.

²⁹⁵ Ibidem, p. 33.

²⁹⁶ No original : “It would seem to be a lowering of the proper dignity of the fundamental law to say that it descends to prescribing rules of order in unessential matters which may be followed or disregarded at pleasure”.

²⁹⁷ FERREIRA, 1998, p. 34.

²⁹⁸ CANOTILHO, 2000, p. 1140-1141.

jurisdição) ; (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam.

Também do ponto de vista de sua estrutura lógica, tem-se que:

Todas as disposições constitucionais têm a estrutura lógica e o sentido das normas jurídicas. São imperativos que enlaçam dois ou mais sujeitos de uma relação, atribuindo direitos e obrigações recíprocas; quando nada, atribuindo situações de vantagem e de vínculo ou desvantagem [...] ²⁹⁹.

Pauner Chulvi³⁰⁰, citando Carbone, traz à apreciação que os deveres constitucionais operam “impondo limites à atividade legislativa ordinária e influyendo na determinação do regime político que, por sua vez, condiciona a determinação da orientação política”.

A partir das diversas opiniões cotejadas até aqui, vê-se que os diferentes graus de aplicabilidade das normas constitucionais não afastam a natureza jurídica de todas elas. Neste sentido, é conclusiva a lição de Rui Barbosa, na obra *Comentários à Constituição Federal Brasileira*: “Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos”³⁰¹.

²⁹⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 51.

³⁰⁰ CARBONE apud PAUNER CHULVI, 2001, p. 53.

³⁰¹ BARBOSA apud BONAVIDES, 2001a. p. 211.

3.6 DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Assim como os direitos, os deveres fundamentais possuem uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva.

Subjetivamente, os deveres fundamentais exprimem a situação de dependência dos indivíduos face ao Estado, revelando o lado passivo da relação jurídica fundamental entre os indivíduos e o Estado ou comunidade³⁰². Tais deveres “estão orientados a definir o status do indivíduo, já que este se determina, em abstrato e globalmente, tanto pela figura dos direitos quanto pela dos deveres”³⁰³.

Do ponto de vista objetivo, tais deveres têm o caráter de elementos conformadores da ordem jurídico-política. Em certo sentido, permitem identificar o modelo estatal vigente: “de forma similar ao que ocorre com os direitos fundamentais, podemos afirmar que existe uma relação direta entre o reconhecimento constitucional de diversos tipos de deveres e o modelo estatal vigente ao tempo de sua constitucionalização”³⁰⁴. Assim, enquanto o estado absoluto se caracteriza pelo reconhecimento de poucos direitos dos cidadãos e o estado liberal é identificado pela quase inexistência de deveres, o estado social tem como nota distintiva a ampliação do catálogo de deveres, pois

Este Estado, que atende aos princípios sociais e de solidariedade, terá que assumir o cumprimento de certos deveres e atingir certos fins. Para isto, ao lado dos deveres que obrigam os integrantes do corpo social a contribuírem com o atingimento daqueles objetivos, o Estado social atribui certas funções positivas ao poder público para a satisfação mesma das necessidades dos cidadãos³⁰⁵.

³⁰² NABAIS, 1998, p. 65.

³⁰³ PAUNER CHULVI, 2001, p. 47.

³⁰⁴ PAUNER CHULVI, 2001, p. 45.

³⁰⁵ Ibidem, p. 45-46.

Reporta-se a dimensão objetiva dos deveres fundamentais à responsabilidade comunitária dos cidadãos: “toda pessoa tem deveres para a comunidade, porque somente nela pode desenvolver livre e plenamente sua personalidade”³⁰⁶.

Para Nabais³⁰⁷, o caráter objetivo dos deveres fundamentais revela-se em dois planos: o funcional e o estrutural. No plano funcional, têm o significado de garantias da comunidade e de seus valores. Representam a contribuição do indivíduo para os encargos comunitários. Funcionam, ainda, como suportes das restrições legais aos direitos e direcionamento à concretização legal das tarefas fundamentais. No plano estrutural, deixa-se mostrar a dimensão objetiva dos deveres fundamentais por três vias: 1) os efeitos das normas constitucionais que os instituem ultrapassam a esfera jurídica dos seus destinatários³⁰⁸; 2) a interpretação das normas infraconstitucionais em conformidade com os preceitos constitucionais relativos a deveres fundamentais é feita sem envolvimento da dimensão subjetiva que estes contêm; 3) em determinadas situações, os deveres fundamentais comportam eficácia externa (*drittwirkung*)³⁰⁹.

3.7 TITULARES ATIVOS DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

³⁰⁶ Declaração universal dos direitos humanos de 10 de dezembro de 1948. Art. 29, 1.

³⁰⁷ NABAIS, 1998, p. 96.

³⁰⁸ Normas ou atos dos poderes públicos, quando contraditórios com a Constituição, tornam-se inconstitucionais, independentemente de tal contradição afetar posições subjetivas dos destinatários dos deveres fundamentais.

³⁰⁹ Artigo 276, 7, da Constituição Portuguesa : “Nenhum cidadão pode ser prejudicado na sua colocação, nos seus benefícios sociais ou no seu emprego permanente por virtude do cumprimento do serviço militar ou do serviço cívico obrigatório”. — Aí o dever de serviço militar ou serviço cívico tem uma eficácia externa que atinge, além do destinatário, o seu empregador, ou o órgão prestador dos benefícios sociais.

Sendo os deveres fundamentais, de certo modo, deveres para com a comunidade, apenas o Estado (ou Estados membros, em se tratando de Estado Federal) tem a titularidade do poder de os estabelecer e de editar a necessária disciplina legal necessária à sua facticidade³¹⁰.

No que concerne às relações intersubjetivas, distinguem-se três grupos de titulares ativos. Em primeiro lugar, os chamados deveres “fundamentais clássicos”³¹¹, por constituírem pressupostos necessários ao funcionamento do Estado, têm neste o seu titular ativo. Depois, há os deveres fundamentais de conteúdo econômico, social ou cultural³¹². Estes têm como titular ativo a coletividade. “São deveres cujo cumprimento tem sobretudo a ver com a existência de uma dada sociedade e não com a existência do próprio estado”³¹³. Por derradeiro, deveres há cujos titulares ativos são determinados grupos de pessoas enquanto titulares de direitos fundamentais, como é o caso do dever dos pais de manutenção e de educação dos filhos.

Deve-se registrar, ainda, que a titularidade ativa dos deveres fundamentais, por parte do Estado e outras entidades públicas, impõe a obrigação de organizar e fazer funcionar os serviços administrativos especializados que se tornem necessários³¹⁴.

3.8 DESTINATÁRIOS DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

³¹⁰ NABAIS, 1998, p. 101.

³¹¹ Dever de defesa da pátria, dever de pagar impostos, deveres políticos.

³¹² Deveres de trabalhar, de cultivar a terra, de defender e promover a saúde, de defender o ambiente, de defender e valorizar o patrimônio cultural, etc.

³¹³ NABAIS, 1998, p. 103.

³¹⁴ NABAIS, op. cit., p. 105-106.

No conceito de deveres fundamentais, ficou já assentado que seus destinatários (titulares passivos) são os indivíduos. Uma primeira questão que se põe agora é a de saber se referidos deveres também se destinam aos estrangeiros e apátridas. No caso de Portugal, o problema não chega mesmo a existir, já que a Constituição daquele Estado, expressamente, consagra a sujeição daquelas categorias de indivíduos aos deveres fundamentais³¹⁵. A indagação persiste naqueles Estados cujo texto constitucional não seja exposto quanto à mencionada sujeição. Mesmo aí, é de se admitir que os deveres fundamentais sejam extensivos aos estrangeiros e apátridas residentes, ou que se encontrem no território nacional. Primeiro, os deveres fundamentais são a garantia da efetividade dos direitos fundamentais, em regra extensivos aos estrangeiros e apátridas³¹⁶, como bem se pode ver no artigo 5º. da Constituição Brasileira³¹⁷. Ademais, em se lhes garantindo direitos, o princípio da igualdade reclama sejam eles convocados ao exercício dos deveres.

Aos deveres fundamentais também se subordinam as pessoas coletivas³¹⁸. Neste sentido, é de se notar que, por detrás de tais entes, estão as pessoas humanas, sendo a organização que as pessoas coletivas constituem um mero fator de garantia das possibilidades de realização da vontade e dos desígnios dos seres humanos.

³¹⁵ Artigo 15, 1: “Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português”.

Artigo 15, 2: “Exceptuam-se do disposto no número anterior os direitos políticos, o exercício das funções públicas que não tenham caráter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses”.

³¹⁶ Com as reservas decorrentes da natureza de alguns deles, como aqueles de participação política, etc.

³¹⁷ 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[...].

³¹⁸ À exceção, naturalmente, daqueles deveres incompatíveis com a natureza de tais pessoas, como ocorre com aqueles que importam em prestações de caráter pessoal não fungível: deveres pessoais de defesa da pátria, etc.

Advoga-se, também, que as pessoas coletivas públicas sejam destinatárias (titulares passivos) dos mencionados deveres:

[...] Na medida em que se aceite a titularidade de direitos fundamentais por parte das pessoas colectivas públicas, estas são também destinatários dos deveres fundamentais que tais direitos integram, já que os direitos dessas pessoas colectivas, atenta a sua natureza pública com a inerente obrigação de existirem e de prosseguirem as suas funções, acabam por se configurar como direitos-deveres ou direitos de exercício obrigatório³¹⁹.

Nesta linha de considerações, admite-se que as pessoas coletivas estrangeiras sejam destinatárias dos deveres fundamentais “compatíveis com sua natureza de pessoas colectivas e com a sua qualidade de estrangeiras”³²⁰.

3.9 TIPOLOGIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Canotilho³²¹ reporta-se a deveres cívico-políticos e deveres de carácter económico-social. Entre os primeiros, cita os deveres de defesa da pátria e o dever de voto. Para os segundos, traz como exemplos os deveres de defender a saúde e de defesa do património. Com maior aprofundamento, Nabais³²² descreve seis importantes vertentes de classificação dos deveres fundamentais: quanto ao conteúdo, quanto aos titulares ativos, quanto aos destinatários, quanto às relações com os direitos fundamentais, quanto às relações entre si, bem como no que tange à evolução histórica.

A utilidade da classificação reside no oferecimento de critérios de segura identificação dos deveres fundamentais, o que não parece muito fácil, sobretudo em

³¹⁹ NABAIS, 1998, p. 110.

³²⁰ NABAIS, 1998, p. 111.

³²¹ CANOTILHO, 2000, p. 520.

³²² NABAIS, op. cit., p. 112 et seq.

Constituições como a Brasileira, na qual a maioria deles há de ser buscada na implicitude.

3.9.1 Deveres fundamentais quanto ao conteúdo

Quanto ao conteúdo, têm-se deveres positivos e deveres negativos, deveres imediatamente aplicáveis e deveres mediamente aplicáveis, deveres autônomos e deveres não autônomos, deveres de conteúdo cívico-político e deveres de conteúdo econômico social ou cultural, bem como deveres jurídicos e deveres cívicos.

Os deveres positivos implicam um comportamento comissivo para o destinatário, podendo consistir em prestações pessoais, como é o caso do dever de serviço militar, ou em prestações de dar, como o dever de pagar impostos. Os deveres negativos impõem uma abstenção ao destinatário. São deveres de respeito a direitos fundamentais e de sujeição aos poderes e competências constitucionais.

Imediatamente aplicáveis são aqueles deveres determinados na Constituição³²³. Mediante aplicáveis serão aqueles determinados na lei.

Deveres autônomos têm conteúdo constitucional próprio, que se não confunde com o conteúdo de específicos direitos fundamentais. Deveres não autônomos têm conteúdo constitucional coincidente, em parte com o conteúdo dos direitos fundamentais a que estão associados. Em sua maior parte, são direitos-deveres, ou deveres-direitos.

³²³ Segundo Nabais (op. cit., p. 112), são raríssimos os casos de aplicação imediata dos deveres fundamentais. Lembra o mencionado autor um exemplo único na Constituição Portuguesa, que, no artigo 276, 6, prescreve: “nenhum cidadão poderá conservar nem obter emprego do Estado ou de outra entidade pública se deixar de cumprir os seus deveres militares ou de serviço cívico quando obrigatório”.

Deveres de conteúdo cívico-político dizem respeito ao comprometimento das pessoas com a existência e funcionamento do próprio Estado. Deveres de conteúdo económico, social ou cultural são associados aos direitos de cunho económico, social ou cultural. Direccionam-se à caracterização de determinada sociedade em termos económicos, sociais ou culturais.

A característica de deveres jurídicos, já se viu, é concernente a todos os deveres fundamentais. Deveres cívicos, a teor do número 2 do artigo 41³²⁴ e do número 2 do artigo 49³²⁵ da Constituição Portuguesa, merecem tal adjectivação unicamente em função da especificidade de seu conteúdo de práticas alusivas ao cidadão como elemento integrante do Estado. Na observação de Nabais³²⁶, eles “dispõem de uma força jurídica atenuada face à dos outros deveres fundamentais, atenuação essa que implica para o legislador menores possibilidades de sancionação do respectivo incumprimento”.

3.9.2 Deveres fundamentais quanto aos titulares ativos

À consideração dos deveres fundamentais em referência aos titulares ativos, encontram-se deveres que vinculam os cidadãos nas suas relações directas com o Estado³²⁷, deveres que obrigam os indivíduos nas suas relações com a coletividade

³²⁴ “Ninguém pode ser isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa”.

³²⁵ “O exercício do direito de sufrágio constitui um dever cívico”.

³²⁶ NABAIS, 1998, p. 115.

³²⁷ Deveres de carácter cívico-político ou deveres clássicos.

em geral³²⁸, deveres que se impõem às pessoas nas suas relações com outras pessoas³²⁹, assim como deveres do indivíduo para consigo próprio³³⁰.

3.9.3 Deveres fundamentais quanto aos destinatários

Na perspectiva dos destinatários, mencionam-se deveres gerais³³¹, deveres em função do estado ou de condições particulares³³², deveres exclusivos dos indivíduos, deveres extensivos às pessoas coletivas, deveres exclusivos dos nacionais, bem como deveres aplicáveis aos estrangeiros e apátridas que residam ou estejam em território nacional.

3.9.4 Deveres fundamentais quanto às relações com direitos fundamentais

Analizados a partir de suas relações com os direitos fundamentais, existem deveres associados ou conexos com direitos³³³, deveres coligados a direitos³³⁴, e deveres autônomos em sentido estrito³³⁵.

3.9.5 Deveres fundamentais quanto às relações entre si

³²⁸ Deveres de carácter económico, social ou cultural ou deveres modernos.

³²⁹ Por exemplo, o dever dos pais em relação à manutenção e educação dos filhos.

³³⁰ Por exemplo, o dever de promover e defender a saúde própria.

³³¹ Aplicáveis a todos os cidadãos.

³³² Dirigem-se apenas aos integrantes de um dado estatuto pessoal. Por exemplo, os deveres de obediência dos funcionários e agentes da administração pública.

³³³ Assumem as modalidades de deveres-direitos, ou de direitos-deveres.

³³⁴ Funcionam como restrições constitucionais dos direitos. Exemplo: o dever de pagar impostos em relação ao direito de propriedade.

³³⁵ Não têm ligação específica com os direitos.

Quanto às relações entre si, observam-se deveres principais³³⁶ e deveres-garantia ou deveres acessórios³³⁷.

³³⁶ Traduzem valores comunitários próprios.

³³⁷ Constituem instrumentos de realização de outros deveres. Exemplo: dever de colaboração com a Justiça Eleitoral, em relação ao dever de voto.

3.9.6 Deveres fundamentais quanto à evolução histórica

Tomando-se como base de observação a evolução histórica, os deveres fundamentais dividem-se em deveres clássicos³³⁸ e deveres modernos³³⁹.

3.10 DEVERES FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais são suportes dos deveres fundamentais, havendo condicionamento recíproco entre ambas as figuras³⁴⁰.

Efetivamente, os princípios constituem expressão dos valores comunitários, cuja realização exige o cumprimento dos deveres. Enquanto os valores “são dotados de significado teleológico”³⁴¹, os princípios “são dotados de sentido deontológico”³⁴². Ademais, os princípios, dada a sua natureza de “mandamentos nucleares”³⁴³, presidem a atividade do poder legislativo, delimitando a extensão e a intensidade de seu exercício. E, deste modo, “acabam de algum modo também por balizarem os deveres fundamentais”³⁴⁴. Em suma: o legislador, ao estabelecer os critérios de concretização dos deveres fundamentais, há de ter em conta os princípios, sendo-lhe vedado exceder em relação a estes, o que se consubstanciaria em instituição de

³³⁸ Deveres de conteúdo cívico-político.

³³⁹ Deveres de conteúdo econômico, social ou cultural.

³⁴⁰ NABAIS, 1998, p.128.

³⁴¹ GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 112.

³⁴² Ibidem, p. 112.

³⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 629-630: [...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

³⁴⁴ NABAIS, 1998, p. 130.

novos deveres, mediante uma configuração diversa daquela prevista constitucionalmente³⁴⁵.

Também se vincula o legislador em ter de fixar todas as condições necessárias à exeqüibilidade dos deveres fundamentais. Tome-se como exemplo, a este respeito, que a lei instituidora do tributo deve conter todos os elementos necessários à configuração da imposição pretendida.

Por outro lado, a natureza de certos deveres fundamentais induz a uma necessária diversidade de leitura e de aplicação dos princípios constitucionais. Neste sentido, é de se notar que:

Em contrapartida, também os deveres fundamentais condicionam, ou podem condicionar os princípios fundamentais. O que não admira, pois é óbvio que, tanto o âmbito quanto a intensidade destes não pode deixar de se articular e conjugar com os deveres constitucionais e com a sua concretização legal, impondo-se assim as limitações e condicionamentos que uma harmonização prática dos preceitos constitucionais correspondentes implicam³⁴⁶.

Ocorre na verdade que a interpretação e aplicação dos princípios fundamentais encontra temperamentos em relação a certos deveres fundamentais, tendo em vista a natureza específica destes e em razão mesmo da natureza das coisas. Assim, na interpretação e aplicação do princípio da igualdade, há de se levar em conta que o dever de pagar impostos, por exemplo, não atinge aqueles que não disponham de um mínimo de capacidade econômica.

³⁴⁵ Por exemplo: O legislador infraconstitucional está impedido de estabelecer impostos cujo quantitativo, por sua intensidade, tenham efeito confiscatório.

³⁴⁶ NABAIS, op. cit., p. 131.

3.11 OS DEVERES FUNDAMENTAIS E O LEGISLADOR

Assim como os direitos, os deveres fundamentais convocam o legislador a uma ação relevante e necessária no que se refere às condições de sua efetividade. Na Constituição Brasileira de 1988, cada norma relativa a direitos fundamentais, em que pese sua aplicabilidade imediata³⁴⁷, contém pelo menos um chamamento à definição dos contornos de seu exercício. Assim, o direito à livre manifestação do pensamento³⁴⁸, dado que o seu exercício não se pode desassociar do dever de respeito à dignidade do próximo, remete a uma ampla disciplina legal das atividades da imprensa. Vai-se encontrar, também, no direito de resposta proporcional ao agravo, e de indenização por dano material, moral ou à imagem³⁴⁹, igual necessidade de disciplinamento legislativo. O direito de não ser discriminado em razão de convicções religiosas, filosóficas ou políticas³⁵⁰ direciona para o estabelecimento, através da lei, de prestações sociais alternativas para os que o invocarem como justificativa para eximir-se de obrigação legal imposta a todos. Nestes exemplos, que não exaurem o assunto, a intervenção do legislador apresenta-se como necessidade. Em outros casos, a Constituição, expressamente, convoca o legislador a atuar. Assim acontece, por exemplo, relativamente ao direito à prestação de assistência religiosa nas entidades de internação coletiva³⁵¹, ao direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas (quando lhe for oposta a

³⁴⁷ Artigo 5º. , § 1º : As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

³⁴⁸ Inciso IV do artigo 5º. .

³⁴⁹ Inciso V do artigo 5º. .

³⁵⁰ Inciso VIII do artigo 5º. .

³⁵¹ Inciso VII do artigo 5º. : é assegurada, *nos termos da lei*, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

excepcional possibilidade de violação por motivo de investigação criminal)³⁵², ao direito ao exercício de trabalho (nos casos em que tal exercício deva atender a certas qualificações, necessárias, sobretudo, à segurança da vida, do patrimônio e da liberdade dos usuários)³⁵³.

No que pertine aos deveres fundamentais, a mediação do legislador é um imperativo, já que as normas instituidoras de tais deveres não têm aplicabilidade imediata. Em regra, os deveres fundamentais não têm o seu conteúdo totalmente determinado, de modo preciso, na Constituição.

Por isso, os preceitos constitucionais que os consagram ou disciplinam são preceitos dirigidos primordialmente ao legislador ordinário a fim de este lhes dar conteúdo ou concretizar em conformidade com as opções políticas que vierem a ser feitas, ou de os tornar aplicáveis se e na medida em que estas opções estiverem concretizadas na constituição³⁵⁴.

Nota-se, por outro lado, uma indeterminação conteudística nos preceitos constitucionais relativos aos deveres fundamentais³⁵⁵. Os deveres de alistamento eleitoral e de voto³⁵⁶, bem assim o dever de serviço militar obrigatório³⁵⁷, requerem, para seu efetivo cumprimento, uma descrição legislativa pelo menos acerca do como e do quando, ou, ainda, sobre as consequências de seu não cumprimento. O dever fundamental de pagar os tributos, em que pese a Constituição do Brasil ser das mais pródigas em seu tratamento³⁵⁸, é, entre todos, o que mais faz apelo à atuação do legislador. Primeiro, a exigência ou aumento dos tributos está condicionada ao seu

³⁵² Inciso XII do artigo 5º. : é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e *na forma que a lei estabelecer* para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

³⁵³ Inciso XIII do artigo 5º. : é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais *que a lei estabelecer*.

³⁵⁴ NABAIS, 1998, p. 149.

³⁵⁵ NABAIS, op. cit., p. 150.

³⁵⁶ Inciso I do parágrafo 1º. do artigo 14 da Constituição do Brasil..

³⁵⁷ Artigo 143 da Constituição do Brasil.

³⁵⁸ Artigos 145 a 156.

prévio estabelecimento em Lei³⁵⁹. Mas não é só isto: a própria definição de tributo e de suas espécies, a descrição dos fatos imponíveis em relação aos impostos, bem como base de cálculo e contribuintes, tudo é expressamente remetido à lei complementar³⁶⁰. Misabel de Abreu Machado Derzi, em nota de atualização ao trabalho de Aliomar Baleeiro³⁶¹, faz indicação de conteúdos mínimos a serem inseridos na lei instituidora ou majoradora de tributos, como condição mesmo de sua validade³⁶².

Nabais observa o desdobramento da problemática relativa ao papel do legislador na disciplina da efetivação dos deveres fundamentais em três questões, as quais se reportam: 1) ao significado normativo dos preceitos constitucionais instituidores dos aludidos deveres; 2) à modalidade ou formas de atuação normativa do legislador; 3) aos termos ou condições de realização de sua ação normativa³⁶³. À primeira questão, responde o autor no sentido de que aqueles preceitos são, para o

³⁵⁹ Inciso I do artigo 150.

³⁶⁰ Artigo 146, III, a .

³⁶¹ BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001a. p. 622.

³⁶² O princípio da especificação conceitual - que costuma ser denominado, impropriamente, de tipologia ou tipicidade - diz respeito ao princípio da legalidade, materialmente considerado, como conteúdo mínimo imposto ao legislador, matéria indelegável.

Instituir ou regular um tributo de forma válida, em obediência ao art. 150, I, da Constituição, supõe a edição de lei, como ato formalmente emanado do Poder Legislativo da pessoa competente (União, Estados, Distrito Federal ou Município) que, em seu conteúdo, determine:

- a) a hipótese da norma tributária em todos os seus aspectos ou critérios (material, pessoal, espacial, espacial, temporal);
- b) os aspectos da consequência que prescrevem uma relação jurídico-tributária (sujeito passivo-contribuinte e responsável-alíquota, base de cálculo, reduções e adições modificativas do quantum a pagar, prazo de pagamento);
- c) as desonerações tributárias, como isenções, reduções, abatimentos, deduções de créditos presumidos, devolução de tributo pago e remissões;
- d) as sanções pecuniárias, multas e penalidades, assim como a anistia;
- e) as obrigações acessórias em seu núcleo substancial;
- f) as hipóteses de suspensão, exclusão e extinção do crédito tributário;
- g) a instituição e a extinção da correção monetária do débito tributário.

³⁶³ NABAIS, 1998, p. 164-174

legislador, “em parte, imposições constitucionais de carácter permanente (se bem que indirectas) e, em parte, autorizações ou habilitações para legislar³⁶⁴”. Quanto à segunda questão, o legislador é chamado a “conformar os deveres fundamentais, concretizando o seu conteúdo e regula(menta)ndo o seu cumprimento, e a sancionar o seu incumprimento³⁶⁵”. Já no tocante à modalidade de atuação do legislador, certos deveres integram uma reserva absoluta de lei (parlamentar)³⁶⁶, enquanto outros se bastam com uma reserva de lei apenas relativa³⁶⁷.

O magistério dos autores com os quais dialogamos neste capítulo nos convence da existência de deveres fundamentais como categoria jurídica. Embasados nesta compreensão, temos o instrumental necessário para investigar a forma como se insere, nesta categoria, o tributo, no âmbito da Constituição do Brasil de 1988. Ocupar-nos-emos disto no próximo capítulo.

³⁶⁴ NABAIS, 1998, p. 165.

³⁶⁵ Ibidem, p. 167.

³⁶⁶ No caso brasileiro, pode-se citar o caso do dever tributário, pelo menos em relação aos impostos. Só a Lei pode instituir ou majorar tais tributos. Antes da Emenda Constitucional nº 32, discutia-se a possibilidade de utilização das medidas provisórias em tal contexto. Após a referida Emenda, parece-nos confirmada a reserva absoluta de lei, visto que, a partir daí, consoante a redação dada ao parágrafo segundo do artigo 62 da Constituição Federal, “medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, *só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada*”.

³⁶⁷ Por exemplo, no caso dos tributos, no Brasil, as chamadas obrigações tributárias acessórias, desde que a referida imposição se atenha ao disciplinamento próprio aos regulamentos, não vindo a inovar a ordem jurídica.

CAPÍTULO IV

O TRIBUTO COMO DEVER FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

O Estado Brasileiro, consoante dispõe a Constituição de 1988³⁶⁸, assume explicitamente os valores soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, trabalho e livre iniciativa, bem como pluralismo político.

Para a efetivação dos mencionados valores, declara como objetivos fundamentais³⁶⁹ a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Pretende realizar os valores eleitos, mediante o atingimento dos objetivos fundamentais propostos, em ambiente de democracia e de direito³⁷⁰.

Contempla amplo catálogo de direitos sociais³⁷¹, que implicam, em muitos casos, prestações positivas a serem oferecidas pelo ente estatal³⁷².

³⁶⁸ Art. 1º, I a V.

³⁶⁹ Art. 3º, I a IV.

³⁷⁰ Art. 1º, caput.

³⁷¹ Art. 6º.

³⁷² Exemplificativamente: assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas (art. 6º, XXV); financiamento da seguridade social mediante recursos, em parte, dos orçamentos públicos (art. 195, caput); saúde como dever do Estado (art. 196, caput); assistência social, independentemente de contribuição à previdência social (art. 203, I a V); educação como dever do Estado (art. 205, caput); gratuidade de ensino (art. 208).

Podemos dizer que o Estado Brasileiro assume tarefas de Estado de Direito e de Estado Social. Para custear as atividades inerentes ao cumprimento de suas tarefas, o Estado carece de dinheiro. Os particulares obtêm os dinheiros de que necessitam através do trabalho, ou da aplicação de capitais, vale dizer, mediante o desenvolvimento de uma atividade econômica. Ao Estado, contudo, não é pertinente desenvolver atividade econômica. O Estado Brasileiro assume o caráter de Estado Fiscal. Com efeito, dispõe o artigo 173 da Constituição Federal:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

O tributo, neste contexto, não é um fim em si mesmo. É meio de que necessita o Estado para cumprir seus objetivos. Esta é a relação do tributo com o suporte financeiro do Estado. Em outra vertente de consideração, em face da solidariedade social que se quer construir, torna-se imprescindível a este Estado exigir uma parte da riqueza de seus cidadãos. Na explicação de Nabais,

É que não podendo o Estado dar (realizar prestações sociais), sem antes receber(cobrar impostos), facilmente se compreende que, quanto menos ele confiar na autorresponsabilidade dos cidadãos relativa à satisfação das suas necessidades (autossatisfação) , mais se descuida o princípio da subsidiariedade, extremando-se num estado social paternalista preocupado, se não mesmo obcecado, no limite, com a realização da felicidade até ao pormenor (que incluirá até os próprios tempos livres) dos indivíduos e, conseqüentemente, mais se onera a sua capacidade da prestação fiscal.³⁷³

O tributo se manifesta, por tudo quanto se tem estudado até aqui, como um dever fundamental. Dever, enquanto necessidade de conduta compatível com a realização de valores. Dever que se qualifica de fundamental, posto que, se, por um lado, o seu cumprimento é condição de existência, efetividade e continuidade do Estado, determina, também, o status do indivíduo no âmbito do tal Estado. Não se

³⁷³ NABAIS, 1998, p.185-186.

trata, também, de mero sacrifício do indivíduo em favor da coletividade. É contribuição necessária para a existência da comunidade, na qual o indivíduo encontra amplas possibilidades de realização de sua condição humana. Também não se pode considerar o tributo como decorrência simplesmente do poder do Estado. Neste Estado, que se quer efetivar como Estado de Direito, o dever-ser de conduta é posto pela lei. E num Estado não apenas legal, mas efetivamente de direito, a lei há de se inspirar nos valores. O direito positivo é servo do valor justiça. E a dignidade do ser humano é o valor por excelência.

O dever fundamental de que estamos falando tem como destinatários os fiscalmente capazes³⁷⁴, aí incluídos as pessoas coletivas, os estrangeiros residentes e os apátridas. Inexiste um pretense direito de alguém se excluir à sujeição ao mencionado dever.

Há, isso sim, o dever de todos contribuírem, na medida da sua capacidade contributiva, para as despesas a realizar com as tarefas do estado. Como membros da comunidade, que constitui o estado, ainda que em termos econômicos (e não políticos), incumbe-lhes, pois, o dever fundamental de suportar os custos financeiros da mesma, o que pressupõe a opção por um estado fiscal, que assim serve de justificação ao conjunto dos impostos, constituindo estes o preço (e, seguramente, um dos preços mais baratos) a pagar pela manutenção da liberdade ou de uma sociedade civilizada.³⁷⁵

No presente capítulo, faremos considerações sobre o Estado Fiscal, o tributo, o poder tributário e os limites à tributação, buscando evidenciar, nesta esteira de compreensão, o modo como se manifesta, na Constituição Brasileira de 1988, o dever fundamental tributo.

³⁷⁴ Aqueles cujos rendimentos superem o mínimo necessário à subsistência.

³⁷⁵ NABAIS, 1998, p.186.

4.1 O ESTADO FISCAL

O Estado moderno se constitui como Estado Financeiro, visto que chama a si o exercício das atividades relacionadas com as finanças públicas. Segundo Lobo Torres,³⁷⁶ o Estado assume esta dimensão financeira desde a derrocada da estrutura feudal, e nele se tem observado quatro tipos: o Estado Patrimonial, o Estado de Polícia, o Estado Fiscal e o Estado Socialista.

O Estado patrimonial tinha sustentação financeira nas rendas do patrimônio do Príncipe. Desenvolveu-se até final do século XVII e início do século XVIII; o Estado de polícia promove o aumento de suas rendas com as receitas tributárias. Corresponde à fase do absolutismo esclarecido(século XVIII); O Estado fiscal sustenta-se financeiramente com a receita oriunda do patrimônio do cidadão(tributo). Coincide com a época do capitalismo e do liberalismo; O Estado socialista sustenta-se com as rendas industriais do patrimônio público. Aí o tributo, à quase inexistência de propriedade privada, exerce papel secundário.

Na atualidade, quase todos os países se apresentam como Estados Fiscais. A característica fundamental deste tipo de Estado é a de ele proporcionar a cobertura de suas necessidades financeiras essencialmente através de tributos, e, entre os tributos, destacam-se os impostos³⁷⁷.

³⁷⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 1.

³⁷⁷ NABAIS, 1998, p. 191-192.

Nabais³⁷⁸ identifica duas modalidades de Estado Fiscal : O Estado Fiscal liberal e o Estado Fiscal social. O primeiro se caracteriza por uma atuação política que busca uma certa neutralidade econômica e social. Pretende ser um Estado mínimo. Aí a tributação tende a ser limitada. Já o segundo, economicamente interventor e socialmente conformador, preocupa-se com o funcionamento global da economia e da sociedade. Nele, a tributação tende a ser mais intensa.

Princípio assaz importante do Estado Fiscal vem a ser o da subordinação do poder econômico ao poder político da Constituição. O poder econômico é um poder fático, proporcionado pela riqueza. Guia-se pela ética do lucro. O poder político, por seu turno, democraticamente legitimado, guia-se pelos interesses gerais de justiça e de bem estar geral da sociedade.

A estadualidade fiscal significa assim uma separação fundamental entre Estado e economia e a conseqüente sustentação financeira daquele através da sua participação nas receitas da economia produtiva pelas vias do imposto. Só essa separação permite que o Estado e a economia actuem segundo critérios próprios ou autônomos. O Estado orienta-se pelo interesse geral ou comunitário da realização da justiça, critério que pode falhar uma vez que nem sempre o mesmo é suficientemente claro, para além das vias para a sua efectivação não estarem totalmente isentas de conduzirem a avaliações erradas ou mesmo a confusões do interesse geral com os interesses particulares. A economia, por seu turno, guia-se pelo critério do lucro[...].³⁷⁹

A atenção do sistema econômico é voltada inteiramente para objetivos que possam ser traduzidos em dinheiro. Ao Estado, cabe a consideração dos interesses não econômicos.

Caracteriza-se, também, o Estado Fiscal, como um Estado separado da economia e, por conseguinte, Estado limitado no domínio econômico. Esta separação é necessária porque, por um lado, permite ao Estado cuidar da realização

³⁷⁸ NABAIS, 1998, p. 194.

³⁷⁹ NABAIS, op. cit., p. 196.

dos interesses gerais e, por outro, evita que os interesses gerais possam subverter o sistema econômico. Há um interesse do Estado nas receitas da economia, o que lhe impede de afetar, inteiramente a produtividade desta. É que as tarefas estatais só podem ser viabilizadas na medida em que a atividade econômica possa gerar os meios financeiros necessários. Deste modo, a tributação, no Estado Fiscal, já encontra uma limitação, visto que um Estado que, através de tributos excessivos, venha a destruir a produtividade da economia, destruir-se-á a si mesmo como Estado Fiscal.³⁸⁰

A idéia de Estado Fiscal pressupõe, ainda, a livre disponibilidade econômica dos indivíduos. Segundo Nabais, nos termos da formulação de H. Haller,

O princípio da livre disponibilidade econômica exige que se permita, com a maior amplitude possível, a livre decisão do indivíduo em todos os domínios da vida, e que a limitação dessa liberdade de decisão apenas seja admitida quando, do seu exercício sem entraves, resultem danos para a colectividade, ou quando o Estado tenha de tomar precauções para que se possa conservar e manter essa mesma liberdade de decisão.³⁸¹

O princípio da livre disponibilidade econômica dos indivíduos pode encontrar sua efetividade somente numa economia de mercado (privada), o que, por um lado, significa a pertinência do processo econômico à livre iniciativa individual. Por consequência, o Estado, aí, só pode atuar no campo econômico em caráter subsidiário. Do que decorre o suporte financeiro do Estado ter que estar ancorado no seu poder tributário ou impositivo.³⁸²

O princípio da livre disponibilidade econômica dos indivíduos reclama, por seu turno, o princípio da autorresponsabilidade, vale dizer, as necessidades econômicas

³⁸⁰ Cf. NABAIS, 1998, p. 196-199.

³⁸¹ Ibidem, p. 204.

³⁸² Ibidem, p. 204-205.

devem ser satisfeitas, primordialmente, pelos sujeitos privados. Tudo isto deverá estar ancorado no respeito, pelo Estado Fiscal, “de diversos direitos e liberdades de natureza econômica (como o direito de propriedade e as liberdades profissional e de trabalho, de iniciativa econômica, de estabelecimento ou residência e de associação econômica, etc.), e uma base democrática mínima do poder estadual”³⁸³.

Para Lobo Torres, o Estado Fiscal é mesmo o Estado da liberdade individual. Em sua obra *A Idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal*, põe em relevo as relações entre tributo e liberdade. Em cada um dos tipos mencionados de Estado financeiro, a liberdade apresenta contornos diferenciados. No Estado patrimonial, “oprimia-se a liberdade em diversas de suas dimensões, eis que o tributo ainda não galgara o significado do preço da liberdade, e o poder do Príncipe não se deixara limitar pela liberdade individual”³⁸⁴. No Estado de Polícia, o tributo passa a ter um significado de preço da liberdade. Enquanto, no Estado patrimonial estamental, o pagamento do tributo libertava o homem apenas do serviço militar, mas lhe oprimia a liberdade mediante a proibição da riqueza, do trabalho e da usura, no Estado de Polícia, o tributo permite a liberdade de trabalho.³⁸⁵ “Consequentemente, o imposto passa de forma de opressão da liberdade a preço da liberdade”³⁸⁶. No Estado fiscal, estreitam-se as relações entre tributo e liberdade. O tributo chega a ser visto como condição da liberdade: “as relações entre liberdade e tributo no Estado de Direito são de absoluta essencialidade. Não existe tributo sem liberdade, e a liberdade desaparece quando não a garante o tributo. a própria definição de tributo se inicia pela noção de liberdade”.³⁸⁷ Ainda nas considerações

³⁸³ NABIS, 1998, p. 210.

³⁸⁴ TORRES, 1991, p. 38.

³⁸⁵ TORRES, 1991, p.83.

³⁸⁶ Ibidem, p. 83.

³⁸⁷ Ibidem, p. 109.

de Lobo Torres, o Estado Fiscal de Direito inaugura uma nova noção de respeito à liberdade individual. Há, neste tipo de Estado, um mínimo infenso à tributação, e esta encontra limites no próprio consentimento do cidadão.

Cuida-se, no Estado Fiscal de Direito, da liberdade individual. Recorde-se que no Estado Patrimonial florescia a liberdade estamental, com a tripartição do poder impositivo e com a reserva das imunidades e privilégios pelo clero e pela nobreza. No Estado de Polícia a liberdade é do Príncipe e conduz à centralização do poder tributário e à crítica às imunidades e aos privilégios. No Estado Fiscal afirma-se a liberdade individual: reserva-se pelo contrato social um mínimo de liberdade intocável pelo imposto, garantido através dos mecanismos das imunidades e dos privilégios, que se transferem do clero e da nobreza para o cidadão; permite-se que o Estado exerça o poder tributário sobre a parcela não excluída pelo pacto constitucional, adquirindo tal imposição a característica de preço da liberdade. O imposto, item mais importante da receita do Estado Fiscal, é, por conseguinte, uma invenção burguesa: incide sobre a riqueza obtida pela livre iniciativa do indivíduo, mas nos limites do consentimento do cidadão.³⁸⁸

Examinadas as características principais do Estado Fiscal, é hora de se aferir acerca da presença do referido caráter no Estado Brasileiro.

4.2 O CARÁTER FISCAL DO ESTADO BRASILEIRO

Revela-se o caráter fiscal do Estado Brasileiro em diversos dispositivos da Constituição de 1988. Já no inciso IV do artigo 1º, o trabalho e a livre iniciativa são tidos como valores sociais. É consagrada a igualdade de todos perante a lei e são asseguradas garantias amplas à liberdade, à segurança e à propriedade³⁸⁹.

³⁸⁸ TORRES, 1991, p. 109.

³⁸⁹ Artigo 5º, caput.

Outras características marcantes de um Estado Fiscal são observadas, ainda, perante a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão,³⁹⁰ liberdade para a criação de associações e cooperativas³⁹¹, direito de propriedade³⁹², liberdade de associação profissional ou sindical³⁹³. O amplo catálogo de direitos assegurados aos trabalhadores³⁹⁴ constitui evidência da primazia que se dá à satisfação das necessidades privadas pelos próprios particulares. Rejeita-se, aí, a idéia de um Estado paternalista.

No título VI, que cuida da tributação e do orçamento, explicita-se a mais ampla e intensa evidência do caráter fiscal do Estado Brasileiro. No artigo 145, a Carta Magna outorga competência Para que a União, Estados, Distrito Federal e municípios possam instituir tributos: impostos, taxas, contribuições de melhoria. O Estado, aí, propõe-se, indubitavelmente, a ter o seu suporte financeiro nas contribuições legalmente exigidas dos cidadãos. E fica, também, assentado, aí o federalismo fiscal. Podem ser instituídos empréstimos compulsórios,³⁹⁵ bem como contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas³⁹⁶. A Emenda Constitucional nº 39, de 19 de dezembro de 2002, fez inserir o artigo 149-A, no qual os Municípios e Distrito Federal são autorizados a instituir contribuição para custeio de serviços de iluminação pública.

O tributo de maior importância no sistema é o imposto, o que já se depreende

³⁹⁰ Artigo 5º, XIII.

³⁹¹ Artigo 5º, XVIII.

³⁹² Artigo 5º, XXII.

³⁹³ Artigo 8º.

³⁹⁴ Artigo 7º e incisos.

³⁹⁵ Artigo 148.

³⁹⁶ Artigo 149.

da própria configuração do sistema tributário. Cada um dos titulares da competência tributária tem fixados quais os impostos que pode instituir, cabendo apenas à União a possibilidade de instituir outros, não expressamente discriminados (competência residual)³⁹⁷. Apresenta-se, assim, o imposto como o tipo regra da tributação.

A ordem econômica é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa³⁹⁸. Entre outros, são princípios expressos, adotados na ordem econômica, a propriedade privada³⁹⁹, e o livre exercício de atividade econômica, *independentemente de autorização de órgãos públicos*, salvo nos casos previstos em lei⁴⁰⁰ (grifo nosso). Espanca-se a idéia de um Estado patrimonial, ou industrial. O Estado é proibido de explorar diretamente atividade econômica, salvo nos casos de necessidade relacionada aos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, *a depender do que dispuser a lei*⁴⁰¹ (grifo nosso).

O Estado fiscal tem, ainda, como nota peculiar, a de ser um Estado que impõe limites à sua imposição tributária. Ocorre que, ultrapassados certos limites, ele pode se transformar, pela via do tributo, em estado patrimonial. O Estado fiscal democrático também se impõe limites de imposição tributária, sob pena de se transformar em estado autoritário. A característica de social⁴⁰² requer, também, limitações à imposição tributária, sob pena de serem frustrados objetivos atinentes à solidariedade social. Por tudo a que nos reportamos neste parágrafo, a Constituição de 1988 revela ser o Brasil um Estado Fiscal de caráter democrático de direito, de

³⁹⁷ Vide artigos 153, 154, 155 e 156 da Constituição da República Federativa do Brasil.

³⁹⁸ Artigo 170.

³⁹⁹ Artigo 170, II.

⁴⁰⁰ Artigo 170, parágrafo único.

⁴⁰¹ Artigo 173.

⁴⁰² Embora a Constituição de 1988 não o declare expressamente, o amplo catálogo de direitos sociais sugere uma tendência para o Estado Social.

tendência social. E tais aspectos são exteriorizados nos consagrados princípios da legalidade tributária⁴⁰³, da igualdade tributária⁴⁰⁴, da segurança jurídica da tributação, que se explicita com intensidade nos princípios da irretroatividade⁴⁰⁵, e da anterioridade⁴⁰⁶, da proibição de tributo com efeito de confisco⁴⁰⁷, da capacidade contributiva⁴⁰⁸.

4.3 O TRIBUTO

A Constituição do Brasil não define o que é tributo. Limita-se a estabelecer quais os tributos que poderão ser instituídos. Uma definição é dada pelo Código Tributário Nacional⁴⁰⁹, no seu artigo 3º, nos seguintes termos:

Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Torres atenta para o fato de que

esta definição se faz apenas pelo gênero próximo, sem atingir as diferenças específicas, donde se conclui que todos os elementos nela contidos são essenciais à noção de tributo, mas se adaptam também a outras categorias de ingressos públicos (preços públicos, custas, contribuições sociais).⁴¹⁰

⁴⁰³ Artigo 150, I.

⁴⁰⁴ Artigo 150, II.

⁴⁰⁵ Artigo 150, III, a.

⁴⁰⁶ Artigo 150, III, b.

⁴⁰⁷ Artigo 150, IV.

⁴⁰⁸ Artigo 145, parágrafo primeiro.

⁴⁰⁹ Lei nº 5.172/66.

⁴¹⁰ TORRES, 2000, p. 320.

O autor cujo pensamento acabamos de transcrever faz referência às seguintes especificidades do tributo⁴¹¹: tributo é dever fundamental; o tributo é limitado pelos direitos fundamentais, pelas imunidades, pelas proibições de privilégio e de confisco; tributo subordina-se aos princípios da capacidade contributiva e do custo benefício; tributo tem como finalidade suportar os gastos essenciais do Estado; tributo emana do poder específico de legislar, distribuído pela Constituição. Após estas considerações, formula a seguinte definição sintética:

Tributo é o dever fundamental, consistente em prestação pecuniária, que, limitado pelas liberdades fundamentais, sob a direção dos princípios constitucionais da capacidade contributiva, do custo-benefício ou da solidariedade do grupo e com a finalidade principal ou acessória de obtenção de receita para as necessidades públicas ou para atividades protegidas pelo Estado, é exigido de quem tenha realizado o fato descrito em lei elaborada de acordo com a competência específica outorgada pela Constituição.⁴¹²

Tem a definição exposta o mérito de apontar as especificidades do tributo. Contudo, merece a seguinte crítica: o dever fundamental consiste num dever-ser de conduta compatível com a manutenção das finalidades essenciais do Estado. A prestação já é o momento de realização do dever. O caráter pecuniário é o conteúdo da prestação que satisfaz o dever.

Becker⁴¹³ parte da realização da hipótese de incidência, para, no âmbito da relação jurídica especificamente tributária, encontrar o conceito de tributo. No seu raciocínio, ocorrido o fato coincidente com o que se põe no descritor da norma jurídica tributária, ocorre a incidência do que se determina no prescritor, instaurando-se a relação jurídica. Esta vincula o sujeito passivo ao sujeito ativo, impondo àquele

⁴¹¹ TORRES, loc. cit.

⁴¹² TORRES, op. cit., p. 320-321.

⁴¹³ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: LEJUS, 1998. p. 261.

um dever fazer, que consiste na realização de uma prestação. O tributo é o objeto da prestação.

Carvalho⁴¹⁴ identifica seis significados diversos pra a palavra tributo, seja na doutrina, seja na jurisprudência: tributo como quantia em dinheiro; tributo como prestação correspondente ao dever jurídico do sujeito passivo; tributo como direito subjetivo de que é titular o sujeito ativo; tributo como sinônimo de relação jurídica tributária; tributo como norma jurídica tributária; tributo como norma, fato e relação jurídica. Após breves explicações sobre cada um desses significados oferecidos ao étimo tributo, nas quais classifica de vulgar aquela que dá ao tributo o sentido de certa quantia em dinheiro, bem como manifesta, implicitamente, sua preferência pelas opiniões que vêm, no tributo, ou uma norma, ou o complexo norma, fato e relação jurídica, decide-se por comentar a definição do artigo 3º do Código Tributário Nacional.

Navarro Coelho reconhece excelência à definição de tributo contida no artigo 3º do Código Tributário Nacional. Diz o referido autor:

Juridicamente se define tributo como obrigação jurídica pecuniária *ex lege*, que se não constitui em sanção de ato ilícito, cujo sujeito ativo é, em princípio, uma pessoa pública, e cujo sujeito passivo é alguém nessa situação posto pela vontade da lei.

Acolhemos o conceito formulado da disposição do art. 3º do CTN, que tem o notável mérito de, pela cláusula excludente das obrigações que configurem sanção de ato ilícito, evitar a abrangência também das multas, as quais, doutra forma, ver-se-iam nele compreendidas.⁴¹⁵

Luciano Amaro⁴¹⁶, após discorrer sobre diversos significados léxicos de tributo e do verbo tributar, bem como de suas origens etimológicas, faz severas críticas, do

⁴¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999a. p.19-27.

⁴¹⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Manual de Direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 240.

⁴¹⁶ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 15-25.

ponto de vista lógico e estilístico à definição do Código Tributário Nacional. Propõe, ao final de seu discurso, a seguinte definição: “Tributo é a prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito, instituída em lei e devida ao Estado ou a entidades não estatais de fins de interesse público”⁴¹⁷.

Dino Jarach não chega a propor uma definição sintética. Deixa, contudo, nas entrelinhas do discurso, algumas diretrizes pelas quais identifica o tributo: prestação; coatividade; caráter pecuniário; legalidade:

O tributo é uma prestação pecuniária coativa de um sujeito (contribuinte) ao Estado ou outra entidade pública que tenha direito a exigí-lo.

O tributo é uma prestação coativa. Porém esta coerção não deriva de uma manifestação da vontade da administração pública, a qual, por sua iniciativa, tenha o direito de impô-la aos sujeitos particulares. Isto pode ter sido verdade em alguma época histórica, mas não o é mais no Estado moderno de direito, no qual está assentado o princípio fundamental da legalidade da prestação tributária, contido no aforismo latino *nullum tributum sine lege*. A fonte de coerção é, pois, exclusivamente a lei.

O tributo é uma prestação pecuniária, objeto de uma relação cuja fonte é a lei, entre dois sujeitos: de um lado o que tem direito de exigir a prestação, o credor do tributo, quer dizer, o Estado ou a outra entidade pública que efetivamente, em virtude de uma lei positiva, possui esse direito, e por outro lado o devedor ou os devedores, os quais estão obrigados a cumprir a prestação pecuniária.⁴¹⁸

Falcão⁴¹⁹, após descrever, do ponto de vista da ciência das finanças, as receitas ditas originárias, oriundas da exploração do patrimônio estatal, refere-se às receitas derivadas, caracterizando-as como proveniente do patrimônio dos particulares. Enfatiza, então, que tais receitas derivadas podem ser obtidas em regime de direito privado (receitas contratuais), ou da soberania absoluta (apropriações de riqueza dos cidadãos à margem do direito), ou da soberania

⁴¹⁷ Ibidem, p. 25.

⁴¹⁸ JARACH, Dino. *O fato impositivo: teoria geral do Direito tributário substantivo*. Tradução de Dejalma de Campos. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 43.

⁴¹⁹ FALCÃO, Amílcar. *Introdução ao Direito tributário*. Atualização Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 7.

limitada (receitas obtidas compulsoriamente, porém nos termos fixados em lei). Aí inclui o tributo, definindo-o desta forma:

Exemplo típico dessa última categoria são os tributos, que se definem como receitas derivadas obtidas pelo Estado do patrimônio de particulares, sem contraprestação equivalente e nos termos da lei, para o fim de atender aos objetivos do mesmo Estado.

Ataliba⁴²⁰ evidencia as seguintes notas do conceito de tributo: caráter obrigacional; caráter pecuniário da obrigação; legalidade; caráter não sancionatório; sujeição ativa incidente, em princípio em pessoa pública; sujeição passiva incidente em pessoa designada pela lei.

Pelo exame das diversas opiniões dos estudiosos, vê-se que é difícil chegar a uma definição de tributo que seja irrepreensível. Há, sempre, um mais ou um menos, a sugerir críticas. Em todos, porém, vê-se presente a contribuição nascida a partir de determinado ângulo de observação, ou de maior ênfase em determinado aspecto.

Em primeiro lugar, devemos ter em mente que o tributo é objeto de investigação, ao mesmo tempo, da ciência das finanças e da ciência do direito. Aí temos que ver: 1) A ciência das finanças encara o objeto do ponto de vista especulativo, apenas o descreve, tal como se apresenta na realidade; 2) O direito positivo exterioriza as prescrições. É uma linguagem prescritiva; 3) A ciência do direito descreve os enunciados prescritivos do direito positivo. Daí decorre que, a partir da perspectiva do estudioso, a definição será diferente das demais.

No presente estudo, fazemos uma observação jurídica e, neste observar, tomamos como pressuposto que o direito não é só fato, nem norma. Acolhemos a concepção realeana do direito como “uma integração normativa de fatos segundo

⁴²⁰ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 35-36.

valores”⁴²¹. Nesta perspectiva, vamos examinar o objeto tributo. Os valores da convivência levam o homem a se organizar, de diversas formas. A forma mais estruturada de organização da sociedade é o Estado. O Estado tem como fim precípua constituir uma estrutura que possa maximizar a realização dos valores da convivência. O Estado tem tarefas a cumprir. E o cumprimento dessas tarefas requer, não só do Estado, como dos cidadãos, condutas apropriadas à realização dos valores. Estes nos encaminham para o dever-ser. O dever-ser de conduta compatível é exteriorizado através das normas do direito positivo. Os deveres surgem por induzimento dos valores. Quando exteriorizados na linguagem prescritiva do direito positivo, convertem-se em deveres jurídicos. Alguns destes deveres são essenciais à existência, funcionamento e continuidade do Estado, além de determinarem o status do cidadão na comunidade. Por isto os qualificamos de fundamentais. Eles nos são comunicados na Constituição. Mas requerem a mediação da lei. Dado que o Estado tem tarefas necessárias à realização dos valores, máxime daqueles relativos à dignidade da pessoa humana, cuja efetividade impõe custos financeiros, surge um dever fundamental de contribuir para a manutenção dos gastos públicos. A simples consignação de tal dever, no texto constitucional, contudo, não é bastante para obrigar específico sujeito, num aqui e agora, a um *facere ou non facere*. Vem a mediação da lei, na qual se exterioriza a norma de imposição tributária, ou, nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, da regra matriz de incidência⁴²². A norma jurídica tributária é uma norma jurídica como outra qualquer, do ponto de vista de sua estrutura lógica. Nesta estrutura lógica da proposição jurídica, vai-se encontrar um antecedente (descriptor) e um conseqüente

⁴²¹ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 149.

⁴²² CARVALHO, 1999, p. 235 et seq.

(prescritor). No descritor, uma hipótese. No prescritor a tese: deve ser ou não ser tal conduta⁴²³. Na norma jurídica tributária, o antecedente descreve fato exteriorizador de capacidade contributiva, possível de acontecer. Quando a hipótese se realiza, ocorre a infalível incidência: deve ser a conduta prescrita no conseqüente, que consistirá em levar dinheiro aos cofres públicos, enquanto cumprimento do dever fundamental antes posto na Constituição. Podemos então sugerir que tributo é contribuição em dinheiro, exigida por lei aos fiscalmente capazes, para a manutenção das finalidades do Estado. É o objeto da prestação que, adimplida, concretiza o dever fundamental de manutenção dos gastos públicos.

O Direito Positivo Brasileiro utiliza o étimo tributo como gênero. Surge, então, o problema de esclarecer quais são as suas espécies. Interpretação meramente literal do artigo 145 e incisos da Constituição leva ao entendimento, a nosso ver errôneo, de que seriam apenas três aquelas espécies: impostos, taxas e contribuições de melhoria. Se atentarmos, contudo, para uma interpretação sistemática, veremos que o Constituinte inseriu no capítulo I do título VI, sob a epígrafe “Do Sistema Tributário Nacional”, os empréstimos compulsórios⁴²⁴ e as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas⁴²⁵. É bem de se ver, em primeiro lugar, que todas estas cinco espécies atendem aos critérios postos no artigo 3º do Código Tributário Nacional. São prestações pecuniárias compulsórias, instituídas em lei, não sancionatórias de ato ilícito, sujeitas a cobrança mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Em outro plano, este mais importante, contêm a

⁴²³ Sobre a estrutura lógica da norma jurídica, consultar: VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

⁴²⁴ Artigo 148.

⁴²⁵ Artigo 149.

especificidade do tributo, qual seja, o atendimento ao dever fundamental de manutenção dos gastos do Estado com as finalidades de promoção do bem comum.

Na doutrina estrangeira, encontramos em Nabais uma proposta de divisão dicotômica: impostos e outros tributos, sendo que esses *outros* “se reconduzem à figura das taxas”⁴²⁶. Esclarece o mencionado autor⁴²⁷ que, na Alemanha, adota-se a divisão tripartida em impostos, taxas e contribuições; que na Itália, a divisão também é tripartida em impostos, taxas e contribuições ou tributos especiais, como na Espanha; que, na França, têm-se os impostos, as taxas, as redevances e as taxas parafiscais.

A doutrina pátria não é unânime quanto à questão. Lobo Torres adota a classificação quadripartida: imposto, taxa, contribuição e empréstimo compulsório.

A Constituição de 1988, a exemplo do texto anterior, é confusa no classificar quantitativamente os tributos. A leitura do artigo 145 pode levar a se concluir pela classificação tripartida do tributo, que abrangeria os impostos, as taxas e a contribuição de melhoria. A tripartição sempre gozou de grande prestígio entre os tributaristas. Impôs-se através do Código Tributário Alemão de 1919, que por inspiração de Enno Becker colocara ao lado do imposto (Steuer), as taxas (Gebühren) e as contribuições (Beiträge). Todavia, diante das perplexidades causadas pelo fenômeno da parafiscalidade, a Constituição de 1964, a Emenda 18/65, a Constituição de 1967, em sua redação originária e o CTN adotaram apenas parcialmente a divisão tricotômica, reduzindo a categoria das contribuições à de melhoria. A partir da Emenda nº 1, de 1969, outras contribuições ingressaram no rol dos tributos (art. 21, § 2º), critério ratificado pelo texto em vigor. Assim sendo, para a classificação dos tributos terá que se levar em conta o disposto nos artigos 148 e 149. Daí se conclui que a CF adotou a divisão quadripartida: o tributo compreende o imposto, a taxa, a contribuição e o empréstimo compulsório.⁴²⁸

⁴²⁶ NABAIS, 1998, p. 251-252.

⁴²⁷ NABAIS, op. cit., p. 252-255.

⁴²⁸ TORRES, 2000, p. 321.

Coelho⁴²⁹ se fixa na teoria dos tributos vinculados ou não às atuações estatais. Tributos não vinculados são os impostos. Tributos vinculados são as taxas e contribuições. Segundo este autor,

Impõe-se à doutrina uma nova sistematização das espécies tributárias que seja suficientemente hábil para explicar a Constituição sem cair no simplismo de uma classificação quadripartite ou quinquepartida das espécies tributárias, tentação fácil de ser seguida, mas paupérrima de conteúdo científico. A taxionomia em Direito deve atender a critérios úteis, práticos, servidos de insumos doutrinários sérios. O que se não pode abandonar é a teoria dos tributos vinculados e não-vinculados, em troca de critérios estritamente formais, em barganha pobre.⁴³⁰

Becker adota classificação dicotômica. Qualquer tributo será, ou imposto, ou taxa. Diz ele: “no plano jurídico, todo e qualquer tributo pertencerá a uma destas duas categorias: imposto ou taxa”⁴³¹.

A propósito da classificação dois tributos por espécies, diz Amaro:

[...] a classificação dos tributos não pode partir nem apenas dos rótulos que as várias espécies têm recebido (dado que a mesma designação é, às vezes, empregada para apelidar diferentes exações, e diferentes denominações são usadas para batizar exações análogas), nem deve limitar-se a notas ou características tão abrangentes que façam a classificação perder a utilidade, que consiste em traduzir um instrumento de catalogação analítico de diferentes realidades jurídicas, permitindo que sejam apreendidas nos seus variados matizes.⁴³²

Após estas considerações, decide-se pela classificação quadripartida em impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios.

Ataliba⁴³³ põe em relevo a importância da classificação dos tributos por espécies, visto que, em sua opinião, o texto constitucional expõe princípios e regras

⁴²⁹ COELHO, 2000, p. 245-248.

⁴³⁰ Ibidem, p. 253-254.

⁴³¹ BECKER, 1998, p. 381.

⁴³² AMARO, 1998, p. 79.

⁴³³ ATALIBA, 1997, p. 124.

diferentes, por vezes aplicáveis com exclusividade a determinada ou determinadas espécies.

Conforme um tributo se configure como inserto numa ou noutra categoria, as conseqüências serão diferentes. No Brasil, é de fundamental importância proceder com rigor na tarefa de identificar as peculiaridades de cada espécie, porque a rigidez do sistema constitucional tributário[...] fulmina de nulidade qualquer exação não obediente aos moldes constitucionais estritos.⁴³⁴

O autor a que acabamos de nos reportar acolhe a classificação tricotômica, adotada pela Constituição, que lhe parece a mais segura e coerente:

Qualquer classificação que se pretenda fazer, no Brasil, deve atender não só às exigências científicas como aos cânones constitucionais, sob pena de resultar inútil e inoperante. qualquer equívoco, nesta matéria, leva à inconstitucionalidade.

A classificação que propomos é rigorosamente aquela adotada pela Carta Magna. Colhe sua inspiração e desdobra-lhe as conseqüências. Torna mais fácil, segura e expedita a aplicação dos critérios constitucionais e a exegese do sistema, como um todo, e de cada norma ou princípio que o compõe.

A Constituição de 1988 refere-se a impostos, taxas e contribuições, adotando o critério tricotômico. Na verdade, com notável coerência, ao estabelecer os princípios (explícitos e implícitos) e regras informadoras do regime de cada espécie, desdobra-os harmonicamente.⁴³⁵

De todas essas discussões, o que salta à vista é o caráter tributário dos impostos, das taxas, das contribuições de melhoria, das contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais e econômicas, bem como dos empréstimos compulsórios. Tudo são tributos, e esta conclusão advém de uma leitura sistêmica do texto constitucional.

Postas estas considerações acerca do conceito e da classificação dos tributos, examinemos as suas espécies.

⁴³⁴ Ibidem, p. 124.

⁴³⁵ Ibidem, p. 125.

4.3.1 Impostos

No sistema constitucional Brasileiro, o imposto é o tributo por excelência. No artigo 16, o Código Tributário nacional o define como “o tributo que tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal relativa ao contribuinte”. O fato gerador do imposto é uma atuação do contribuinte, mediante a qual este demonstra riqueza (capacidade contributiva) e que coincide com o descritor da norma jurídica tributária. É contribuição unilateral e definitiva. A unilateralidade consiste na ausência de sinalagmaticidade. Não há qualquer relação de proporcionalidade entre o quantitativo pago de imposto e pretensão quantitativo de serviço público devido ao contribuinte, em retribuição. A definitividade consiste no fato da incorporação do quantitativo pago ao patrimônio público. Neste sentido, o imposto é instrumento de solidariedade social, visto que os serviços públicos gerais, a serem custeados com o produto da arrecadação do imposto, são destinados a todos, sem se levar em consideração o quantitativo pago por cada um. Poder-se-ia dizer, numa linguagem figurada, que o imposto é contribuição de cada um, na medida de suas possibilidades, para a constituição do fundo comum para o bem de todos.

Ao propor uma noção doutrinal de imposto, Nabais⁴³⁶ destaca três aspectos relevantes, que passaremos a sumariar. 1) Do ponto de vista objetivo, constitui uma prestação (objeto mediato de uma obrigação e não um direito real) pecuniária,

⁴³⁶ NABAIS, 1998, p. 223-226.

unilateral, definitiva e coativa; 2) Em termos subjetivos, é prestação exigida a detentores de capacidade contributiva a favor de entidades que exerçam funções ou tarefas públicas; 3) Do ponto de vista teleológico, o imposto tem finalidade fiscal, ou extra-fiscal, excluída a sancionatória.

Na doutrina pátria, Becker diz que “a regra jurídica tributária que tiver escolhido para base de cálculo do tributo um fato lícito qualquer (não consistente em serviço estatal ou coisa estatal), terá criado um imposto”.⁴³⁷ Amílcar Falcão ensina que

Imposto é o tributo auferido pelo poder público, para atender às necessidades públicas gerais, e cujo nascimento se condiciona ao verificar-se de um pressuposto de fato, consistente num ato ou fato da vida comum, de conteúdo econômico (Tatbestand, hecho imponible, fato gerador ou suporte fático).⁴³⁸

Ataliba⁴³⁹ adota um critério de exclusão, para identificar o imposto. Consistindo a materialidade da hipótese de incidência numa ação estatal, ter-se-á uma taxa. Quando, porém, consistir a referida materialidade em fato não configurador de ação estatal, a figura presente será o imposto. Enfatiza o autor sob comentário: “seguro para se comprovar estar-se em presença de imposto é o critério de exclusão: se, diante de uma exação, o intérprete verifica que não se trata de tributo vinculado, então pode afirmar seu caráter de imposto. Todo tributo não vinculado é imposto”⁴⁴⁰.

Cumprido, em outra perspectiva, salientar as estreitas relações do tributo em geral, e do imposto em particular, com a garantia dos direitos fundamentais, cuja

⁴³⁷ BECKER, op. cit., p. 380.

⁴³⁸ FALCÃO, 1999, p. 116.

⁴³⁹ ATALIBA, 1997, p. 138.

⁴⁴⁰ Ibidem, p. 138.

efetividade requer atuação estatal consistente em prestações de elevado custo financeiro no Estado contemporâneo. A função (ou finalidade) extra-fiscal do imposto, por seu turno, permite uma ação estatal que, sem violar as competências da esfera privada, serve à correção de distorções sociais, regionais e setoriais.

Vistas as características gerais do imposto, cumpre fazermos breve estudo sobre as taxas.

4.3.2 Taxas

O conceito jurídico de taxa vem delineado já no texto constitucional.⁴⁴¹ Têm elas como fato gerador o exercício do poder de polícia ou a utilização, pelo contribuinte, de um serviço público específico e divisível. A Constituição cuidou, ainda, da proibição de taxas com base de cálculo própria de impostos⁴⁴².

Do ponto de vista doutrinário, a taxa é um tributo vinculado. O seu fato gerador, diversamente do que ocorre com o imposto, é uma atuação do ente Estatal. Ocorre, no entanto, que dita ação se desloca, em determinado momento, para o benefício e interesse de específica pessoa, o que justifica a cobrança, pelo ente público, de uma retribuição⁴⁴³.

⁴⁴¹ Constituição Federal, artigo 145, II: taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte, ou postos à sua disposição.

⁴⁴² Artigo 145, § 2º.

⁴⁴³ BALEEIRO, 2001a. p. 540: "Taxa é o tributo cobrado de alguém que se utiliza de serviço público especial e divisível, de caráter administrativo ou jurisdicional, ou o tem à sua disposição, e ainda quando provoca em seu benefício, ou por ato seu, despesa especial dos cofres públicos. Quem paga a taxa recebeu serviço ou vantagem: goza da segurança decorrente de ter o serviço à sua disposição, ou, enfim, provocou uma despesa do poder público".

Geraldo Ataliba conceitua deste modo a taxa: “Assim, podemos conceituar a taxa como o tributo vinculado cuja hipótese de incidência é sempre uma atuação qualquer do estado, atual ou potencial, direta e imediatamente referida ao obrigado”⁴⁴⁴.

Importa conhecermos o que seja poder de polícia, visto que ele é considerado uma das hipóteses de incidência do tributo taxa.

Segundo Lima, “Polícia é expressão que designa a intervenção reguladora da administração pública, restringindo ou limitando a propriedade privada e a liberdade, para tornar possível, dentro da ordem, o exercício de todas as atividades e a conservação da propriedade privada [...]”⁴⁴⁵.

No artigo 78 do Código Tributário Nacional, o poder de polícia é definido como atividade da administração pública tendente a regular a conduta privada no sentido de que o exercício da liberdade e a utilização da propriedade não venham a ocorrer em detrimento dos interesses da comunidade:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

O disciplinamento a que se reporta o artigo 78 transcrito é mesmo um dever do Estado, o que levaria a uma indagação acerca da pertinência da cobrança de remuneração pelo seu exercício. A tal indagação, há de se responder que a lei

⁴⁴⁴ ATALIBA, Geraldo. Teoria jurídica das taxas. RDP, p. 9-46.

⁴⁴⁵ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954. p. 108.

assim determina. Mas a determinação legal encontra justificativa no fato de ser o obrigado o provocador da atuação estatal. Neste sentido, manifesta-se Vieira:

Ainda aqui, remunerando o exercício do poder de polícia, a taxa é a contraprestação de um serviço solicitado pelo sujeito passivo à administração pública: uma certidão, uma autorização, um registro, para os quais só o Poder Público seja competente, e que dele exijam uma parcela de trabalho, provocada pela solicitação do interessado. A incidência da taxa, em tais casos, justifica-se e se legitima, como tributo vinculado por excelência que é.⁴⁴⁶

Em se tratando de utilização de serviço público (taxas de serviço), deverão estar presentes a especificidade e a divisibilidade. A especificidade diz respeito à “atividade que congrega meios materiais, pessoal e organização, mantida, regida e controlada pelo Estado, para satisfação de uma necessidade pública em regime de Direito Público”⁴⁴⁷. A divisibilidade implica a possibilidade de mensuração das unidades de serviço público. A divisibilidade, aí, é fundamental, para que se viabilize a possibilidade de individualização do usuário do serviço público. A este respeito, Bernardo Ribeiro de Moraes oferece exemplo esclarecedor: “assim, o serviço diplomático e consular, instituído no interesse nacional das relações com outros países é, à primeira vista, indivisível (interessa a todos indistintamente), mas tal fato não obsta a existência de *um interesse pessoal, divisível e individualizável*. Quem quiser um passaporte ou uma autenticação consular *tem, para si, um serviço específico e divisível*”⁴⁴⁸ (grifo nosso).

Cabe lembrar que as taxas não podem, como os impostos, tomar como parâmetro de aferição, a capacidade contributiva. A elas há de se atinar com o

⁴⁴⁶ VIEIRA, Eugênio Doin. Taxas-algumas considerações propedêuticas. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (Org.). *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*. Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 137.

⁴⁴⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 27.

⁴⁴⁸ MORAES, Bernardo Ribeiro de. *A taxa no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 99.

princípio da proporcionalidade, dado o seu caráter contraprestacional. Há de haver certa proporcionalidade entre o valor da taxa e o custo do serviço público utilizado pelo sujeito passivo⁴⁴⁹. Por outro lado, é de se considerar que a natureza do Estado fiscal exige certa moderação na imposição de taxas. A se exagerar na imposição destas, haveria um deslocamento do suporte financeiro do Estado, dos impostos para as taxas. Por esta via, o Estado Fiscal poderia transfigurar-se em Estado prestador de serviços⁴⁵⁰. Dando prosseguimento ao nosso estudo, tratemos, agora, das contribuições de melhoria.

4.3.3 Contribuições de melhoria

A Constituição de 1988, no inciso III do artigo 145, outorga competência à União, Estados, Distrito Federal e Municípios para instituírem “contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas”.

Segundo Ataliba, “a mais típica contribuição é a de melhoria(*benefit assessment, do direito americano; betterment tax, do direito inglês, contributo di migliona, do direito italiano; imposition sur les plus values, do direito francês; contribución de mejoras, do direito argentino*)”⁴⁵¹. Justifica este opinativo no fato de que dita contribuição, que se não informa pelo princípio da capacidade contributiva, também não é taxa, visto que não corresponde a uma forma de repartição do custo

⁴⁴⁹ NABAIS, 1998, p. 263.

⁴⁵⁰ Ibidem, p. 264.

⁴⁵¹ ATALIBA, 1997, p. 170.

da obra⁴⁵². A teor do artigo 81 do Código Tributário Nacional⁴⁵³, tem-se que a hipótese de incidência da referida contribuição é o fato da valorização imobiliária, servindo de base imponible o acréscimo de valor decorrente. Sujeito passivo será o proprietário do imóvel beneficiado. Sujeito Ativo é a pessoa pública que realiza a obra.

A respeito da contribuição de melhoria, faz Baleeiro as seguintes considerações:

A contribuição de melhoria oferece matiz próprio e específico: ela não é a contraprestação de um serviço público incorpóreo, mas a *recuperação do enriquecimento ganho por um proprietário em virtude de obra pública concreta no local da situação do prédio*. Daí a justificação doutrinária do tributo pelo princípio do enriquecimento (sic) sem causa, peculiar ao Direito privado. Se o Poder Público, embora agindo no interesse da coletividade, emprega vultosos fundos desta em obras restritas a certo local, melhorando-o tanto que se observa elevação do valor dos imóveis aí situados, com exclusão de outras causas decorrentes da diligência do proprietário, impõe-se que este, por elementar princípio de justiça e de moralidade, restitua parte do benefício originado do dinheiro alheio.⁴⁵⁴

Silva⁴⁵⁵ reporta-se a duas espécies de contribuição de melhoria, conforme se atente para a mais valia, ou para o simples benefício. Tomando-se em consideração a mais valia, a base de cálculo será mensurada pela valorização. Se, de outro modo, o critério adotado for o do simples benefício, a mensuração da base de cálculo estará vinculada ao custo da obra. No primeiro tipo, o total da arrecadação poderá até ser superior ao custo da obra. No segundo, o limite máximo total é o valor da

⁴⁵² ATALIBA, 1997, p. 170.

⁴⁵³ Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

⁴⁵⁴ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15. ed. Atualizador Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2001b. p. 259.

⁴⁵⁵ SILVA, Edgard Neves da. Contribuição de melhoria. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Curso de Direito tributário*. 2. ed. Ives Belém: CEJUP, 1993. v. 2, p. 369-370.

despesa realizada com a obra. Esta é a posição adotada no direito positivo brasileiro⁴⁵⁶.

Seguindo uma divisão quinquupartida das espécies tributárias, devemos ver, agora, as contribuições parafiscais.

4.3.4 Contribuições parafiscais

O fenômeno tributário, assim como as demais instituições jurídicas, não pode ser compreendido somente ao exame de sua dimensão normativa. O direito não é só norma. A formulação da norma leva em consideração o fato. A norma é para influir no desenvolvimento do fato social. Isto posto, não se pode prescindir, em determinadas situações, do estudo dos elementos pré ou meta-jurídicos atinentes a determinado instituto. Eis o que nos leva a distinguir as contribuições parafiscais das de melhoria, bem como ambas dos impostos e das taxas. Lancemos um olhar à parafiscalidade.

As contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e no interesse de categorias profissionais, previstas no artigo 149 da Constituição de 1988, revestem-se de algumas características que as diferenciam dos impostos, das taxas e das contribuições de melhoria. Primeiro, note-se que o produto da arrecadação

⁴⁵⁶ Vide art. 81 do Código Tributário Nacional.

dos impostos pode ser empregado para quaisquer fins públicos, respeitada a lei orçamentária. O arrecado com as contribuições parafiscais tem destinação certa: o financiamento das finalidades que informaram a sua instituição. Exemplificativamente: Com o arrecado através do Imposto sobre a renda e produtos de qualquer natureza, a União pode construir pontes, escolas, pagar pessoal, conceder subvenções. Tudo uma questão de autorização orçamentária. Mas o que se arrecada de contribuições previdenciárias não pode ter qualquer destino. Há de ser empregado exatamente no custeio da seguridade social. É um orçamento próprio. Na relação jurídica tributária inerente ao imposto sobre a renda, por exemplo, o sujeito ativo é a União. Já no caso da contribuição previdenciária, a União é detentora da competência para instituir, mas o sujeito ativo, na relação obrigacional, será o Instituto Nacional de Seguridade Social. As contribuições sob comento, note-se, não se revestem, em todos os casos, da sinalagmaticidade inerente às taxas. Estas observações não lhes retiram o caráter de tributos. Contudo, requerem que elas sejam estudadas em seção própria.

Os tributos parafiscais, diz Becker, “são instituídos, não para obtenção de receita, mas para regular ou modificar a distribuição da riqueza nacional, para equilibrar os níveis de preços de utilidades ou de salários, e para outras finalidades econômicas ou sociais semelhantes”⁴⁵⁷.

Nogueira⁴⁵⁸ noticia que a expressão *parafiscal* teve origem na França, para designar tributos que por delegação são arrecadados por entidades beneficiárias. Diz, ainda, o mencionado autor:

⁴⁵⁷ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito tributário*. 3. ed. São Paulo: LEJUS, 1998. p. 384.

⁴⁵⁸ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 177.

Estas contribuições parafiscais são, pois, tributos, mas nada têm que ver com a contribuição de melhoria. Como a natureza específica de cada tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação (CTN, art. 4º) é o exame do fato gerador de cada espécie de contribuição que poderá demonstrar, em cada caso, se se trata de um imposto, de uma taxa ou de consorciação destas duas categorias.⁴⁵⁹

As ditas contribuições parafiscais “são cobradas por autarquias, órgãos paraestatais de controle da economia, profissionais ou sociais, para custear seu financiamento autônomo”⁴⁶⁰. Tais entidades não legislam, eis que despiciendas de competência tributária. Contudo, são titulares ativos do crédito tributário surgido na relação jurídica pertinente. “As funções desses órgãos são funções estatais descentralizadas ou de interesse público e essas arrecadações são as chamadas finanças paralelas porque via de regra não são recolhidas ao tesouro público, não entram para o orçamento do Estado”⁴⁶¹.

Amaro⁴⁶² não confunde as contribuições parafiscais (por ele nominadas de sociais, econômicas e corporativas) com os impostos, taxas e contribuições de melhoria. Saliencia o fato de as contribuições sociais terem seu perfil delineado no Título VIII da Constituição (Da Ordem Social). Põe em destaque:

O que importa sublinhar é que a Constituição caracteriza as contribuições sociais pela sua *destinação*, vale dizer, são ingressos necessariamente direcionados a instrumentar (ou financiar) a atuação da União (ou dos demais entes políticos, na específica situação prevista no parágrafo único do art. 149) no setor da ordem social.⁴⁶³

Vai mais adiante, em sua análise, o estudioso, esclarecendo: 1) O Código Tributário Nacional, no artigo 5º, adotou uma classificação tricotômica dos tributos em impostos, taxas e contribuições de melhoria; 2) O artigo 4º do mesmo Código

⁴⁵⁹ NOGUEIRA, 1999, p. 178.

⁴⁶⁰ NOGUEIRA, 1999, p. 178.

⁴⁶¹ Ibidem, p. 179.

⁴⁶² AMARO, 1998, p. 52-54.

⁴⁶³ Ibidem, p. 53.

declara que a natureza específica de cada tributo seria dada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes, para determinar a espécie do tributo, o exame de sua denominação e demais características formais que a lei possa adotar, bem como a destinação legal dada ao produto da arrecadação do tributo; 3) Aplicado o critério do artigo 4º do Código, o intérprete terá de indagar, em cada exação, acerca do fato gerador; 4) Em seguida, estaria habilitado tal intérprete a incluir a citada exação em uma das três espécies arroladas no artigo 5º do Código; 5) Teria, assim, que concluir o intérprete no sentido de que todas as contribuições, além da de melhoria, bem como o empréstimo compulsório, teriam de ser enquadradas na tipologia do mencionado artigo 5º; 6) exemplificando, diz que certo empréstimo compulsório, cujo fato gerador independesse de atuação estatal, seria classificado como imposto, ou se tal fato imponible dependesse de alguma atuação estatal, o referido empréstimo seria classificado como taxa, ou como contribuição de melhoria. Do encadeamento lógico deste raciocínio, infere:

O próprio Código Tributário Nacional, porém, rejeita essas conclusões redutoras do empréstimo compulsório e de todas as outras contribuições (que não a de melhoria) à natureza jurídica específica dos três grupos de tributos arrolados no art. 5º. A busca da determinação da natureza *específica* do tributo à vista do *fato gerador* não permite, *no rigor da sistemática procedida pelo Código*, enquadrar todas as figuras tributárias naquela lista tríplice.⁴⁶⁴

Com elevada acuidade, Amaro⁴⁶⁵ atenta que o artigo 17 do Código Tributário Nacional declara que os impostos componentes do sistema tributário nacional são

⁴⁶⁴ AMARO, 1998, p. 56.

⁴⁶⁵ Ibidem, p. 56-57.

exclusivamente os que constam no Título III.⁴⁶⁶ Deste modo, admitido como absoluto o critério do artigo 4º do Código,⁴⁶⁷ nenhuma outra exação, além daquelas expressamente discriminadas, poderia ser havida por imposto. Todas as contribuições de competência da União só poderiam ter como fatos geradores aqueles compreendidos no campo impositivo federal, sob pena de invasão da competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Curvamo-nos à demonstração da insuficiência do critério do artigo 4º do Código Tributário Nacional:

Por conseguinte, a partir do momento em que a própria estrutura lógica do Código nos leva a admitir que existem tributos de outras espécies (irredutíveis à tríade do art. 5º), o critério de *especificar segundo o fato gerador* mostra-se insuficiente, como critério legal, para, sozinho, equacionar a classificação dessas *outras* figuras tributárias.⁴⁶⁸

Ao discorrer sobre espécies tributárias, Martins⁴⁶⁹ faz opção declarada pela classificação quinquenpartida dos tributos, identificando, no nosso sistema, impostos, taxas, contribuições especiais e empréstimos compulsórios. Indica a existência de semelhança entre taxa e contribuição de melhoria⁴⁷⁰. Mas vê distinção entre *contribuições especiais* e contribuição de melhoria.⁴⁷¹

⁴⁶⁶ Importação de produtos estrangeiros; exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; renda e proventos de qualquer natureza; produtos industrializados; operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; propriedade territorial rural; grandes fortunas; transmissão, *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos; operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações; propriedade de veículos automotores; propriedade predial e territorial urbana; transmissão, *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis e de direitos a eles relativos; serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155 ,II, definidos em lei complementar.

⁴⁶⁷ Determinação da especificidade do tributo pelo fato gerador, com abstração de outras características.

⁴⁶⁸ AMARO, op. cit., p. 58.

⁴⁶⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Teoria da imposição tributária*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1998. p. 118.

⁴⁷⁰ MARTINS, 1998, p. 119.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 121.

Devemos cuidar, ainda, da última das cinco espécies tributárias, a saber, os empréstimos compulsórios.

4.3.5 Empréstimos compulsórios

A exata compreensão da natureza dos empréstimos compulsórios passa pelo exame da sua configuração no texto constitucional, posta nos seguintes termos:

Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I – para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II – no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, b.

Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou a sua instituição.

De imediato, percebem-se duas diferenças importantes entre o empréstimo compulsório e o imposto. Neste, está presente a definitividade da contribuição. Naquele, a transitoriedade desta. Transitoriedade, saliente-se, do aspecto pecuniário da contribuição, eis que, em verdade, o contribuinte suporta o sacrifício da indisponibilidade de recursos de seu patrimônio. Durante o lapso de tempo de vigência da exação, tem o sujeito passivo inviabilizadas outras oportunidades alternativas de aplicação daqueles recursos, podendo, inclusive, tais oportunidades serem de maior rentabilidade. Outro elemento de diferenciação entre as referidas espécies está no elemento teleológico: o imposto reveste-se de intensa e ordinária fiscalidade. O Empréstimo compulsório está muito mais próximo da extra-fiscalidade,

o que pode ser identificado pelo caráter extraordinário, emergencial e corretivo das situações que justificam a sua instituição.

Ausente, nos empréstimos compulsórios, a sinalagmaticidade relativa às taxas, com estas não se confundem aqueles.

O elemento teleológico novamente serve como diferencial dos empréstimos compulsórios, agora em relação às chamadas contribuições especiais, ou parafiscais. Nestas, a finalidade da arrecadação é manter as atividades específicas delegadas às instituições que aparecem como sujeito ativo na relação obrigacional. Nos empréstimos compulsórios, o produto da arrecadação tem sua aplicação vinculada à correção da emergencialidade determinante de sua instituição.

A inexistência de atuação estatal específica relativa ao contribuinte exclui a possibilidade de qualquer similitude dos empréstimos compulsórios com a contribuição de melhoria.

Alfredo Augusto Becker dá a seguinte definição de empréstimo compulsório:

O empréstimo compulsório é o dever de prestação pecuniária, não voluntariamente desejada, que o Estado impõe, mediante regra jurídica, a determinadas pessoas que realizam determinados fatos (ex.: pagamento de imposto de renda), ou se encontram em determinados estados de fato (ex.: solteiros, ou casados sem filhos), correlacionando a efetivação daquela prestação pecuniária com a sua posterior devolução, por parte do Estado, à mesma pessoa.⁴⁷²

Três posições acerca da natureza do empréstimo compulsório são identificadas na escassa doutrina sobre o assunto: a de que o empréstimo compulsório não é imposto, mas espécie do gênero empréstimo público; a de que empréstimo compulsório não é empréstimo público e nem imposto, porém uma

⁴⁷² BECKER, 1998, p. 393.

requisição temporária de capital; a de que a natureza jurídica do empréstimo compulsório é a de um imposto⁴⁷³. Alfredo Augusto Becker filia-se à corrente de pensamento que classifica o empréstimo compulsório como imposto.⁴⁷⁴ Ao considerar o empréstimo compulsório como imposto, Becker admite, sem sombra de dúvidas, a sua natureza tributária.

É de se repelir, no âmbito do estudo do empréstimo compulsório, a idéia de contrato de mútuo. Neste, está presente, como elemento determinante, a vontade das partes. Ora, no empréstimo compulsório, é o império da lei a determinar tudo.⁴⁷⁵

Não vale, para descaracterizar o empréstimo compulsório como tributo, o argumento da devolução em espécie ao pagador. Segundo Becker,

O fato de o Estado devolver ao contribuinte em dinheiro (ou em títulos) o valor do tributo (com ou sem juros) não desqualifica a sua natureza jurídica de tributo, porque a *destinação* (indeterminada ou determinada) não altera a sua natureza jurídica que continuará sendo a de tributo. A doutrina dominante demonstra de modo irrefutável que o imposto, com destinação determinada, continua sendo imposto.⁴⁷⁶

Carvalho⁴⁷⁷ afirma, enfaticamente, a índole tributária dos empréstimos compulsórios, visto que eles satisfazem às cláusulas da definição de tributo contida no artigo 3º do Código Tributário nacional. E mais: “topologicamente plantado no Capítulo I do Título VI da Constituição Federal de 1988, o empréstimo compulsório há de obedecer ao regime jurídico dos tributos, sotopondo-se, com a ressalva prevista, aos princípios que modelam a atividade impositiva no Brasil”.⁴⁷⁸ Para este

⁴⁷³ BECKER, 1998, p. 393-394.

⁴⁷⁴ Ibidem, p. 394.

⁴⁷⁵ BECKER, 1998, p. 394.

⁴⁷⁶ Ibidem, p. 394.

⁴⁷⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999a. p. 32 et seq.

⁴⁷⁸ CARVALHO, 1999a, p. 33.

autor, o empréstimo compulsório pode revestir-se da forma de imposto, de taxa, ou de contribuição de melhoria, bastando que se lhe aplique “o operativo critério constitucional representado pelo binômio *hipótese de incidência/base de cálculo*”⁴⁷⁹.

Luciano Amaro reconhece ao empréstimo compulsório a natureza tributária, com o argumento de que o Código Tributário tratou do assunto no artigo 15, em seção de disposições especiais, de capítulo que trata de limitações da competência tributária. Segundo o mencionado autor, o Código, “ao inserir a figura na disciplina das limitações da competência tributária, reconheceu a ela, implicitamente, a natureza tributária”⁴⁸⁰.

Examinamos o tributo e suas espécies. Mas devemos ter em conta que a atividade de tributação envolve o exercício de poder. Cumpre, pois, fazermos uma reflexão acerca do Poder Tributário.

4.4 PODER TRIBUTÁRIO

O poder de tributar é um reflexo da soberania⁴⁸¹. Pelo que se pode depreender da sistemática da Constituição Brasileira de 1988, tal poder tem como titular o Estado Brasileiro. As Pessoas Jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) são detentoras de Competência Tributária. A seção II do Capítulo I do Título VI tem como epígrafe “Das Limitações do Poder de

⁴⁷⁹ Ibidem, p. 33.

⁴⁸⁰ AMARO, 1998, p. 59.

⁴⁸¹ NABAIS, 1998, p. 286.

Tributar”. Referida seção se inicia com o artigo 150, com a seguinte dicção: “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à *União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios* [...]” (grifo nosso). É bem de se ver que o mandamento Constitucional de abstenção de determinadas práticas é dirigido, aí, àquelas Pessoas Jurídicas. Esta configuração denota, já, o sentido de “competência” dado à expressão *Poder de Tributar*, no que concerne aos entes componentes da Federação. É que eles têm apenas autonomia, nos limites constitucionais. Tudo isto fica mais evidente quando se observa a rígida discriminação dos tributos que podem ser instituídos por cada um daqueles entes.⁴⁸² Confirma esta posição o ensinamento de Carrazza: “No Brasil, por força de uma série de disposições constitucionais, não há falar em *poder tributário* (incontrastável, absoluto), mas, tão somente, em *competência tributária* (regrada, disciplinada pelo Direito)”⁴⁸³. Carrazza demonstra a ocorrência de dois momentos distintos da tributação: o momento político, no qual se pode falar, propriamente, de poder tributário, e um momento jurídico, de exercício de competência outorgada pelo poder. Ouçamo-lo:

Em boa técnica, não se deve dizer que as pessoas políticas têm, no Brasil, *poder tributário*. *Poder tributário* tinha a Assembléia Nacional Constituinte, que era soberana. Ela, realmente, tudo podia, inclusive em matéria tributária. A partir do momento, porém, em que foi promulgada a Constituição Federal, o *poder tributário* retornou ao povo (detentor da soberania). O que passou a existir, em seu lugar, foram as *competências tributárias*, que a mesma Constituição Federal repartiu entre a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal.⁴⁸⁴

⁴⁸² Vide artigos 153, 154, 155, 156.

⁴⁸³ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito constitucional tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 435.

⁴⁸⁴ NABAIS, 1998, p. 436.

Analisando a questão, Nabais⁴⁸⁵ define um poder tributário em sentido estrito ou técnico como atribuição, ao legislador, de um poder para a instituição dos impostos, distinguindo dois planos distintos da atividade tributária: 1) o plano da criação, que tem por parâmetro a Constituição e, por via de concretização, a lei; 2) o plano da exigência, que tem por parâmetro a lei e até normas secundárias, e, por via de realização, a ação administrativa.

Importa notar que o Poder Tributário, inerente ao Estado, decorre de uma manifestação da *suprema potestas*, de uma vontade política incontrastavelmente vinculante, da Assembléia Nacional Constituinte, que se expressa, na Constituição brasileira de 1988, em dois momentos: na declaração da soberania⁴⁸⁶ e na configuração do sistema tributário nacional.⁴⁸⁷ Aí revela-se a soberania fiscal do Estado Brasileiro. Contudo, promulgada a Constituição, a soberania já não mais é um conceito meramente político. Reveste-se de juridicidade. A Constituição é um documento jurídico. Esta característica é querida e declarada pelo Constituinte, quando explicita, no artigo 1º, o princípio do Estado de Direito. O princípio da soberania popular, expresso no parágrafo único do artigo 1º, conduz o Estado à posição de órgão executor da soberania nacional. A partir daí, não se tem que falar em poder, mas em competência, em atribuição outorgada constitucionalmente. O princípio Federativo, insculpido, também, no artigo 1º, apela para uma distribuição das atribuições entre as Pessoas Políticas. Estas, no âmbito de sua atuação, que é delimitado constitucionalmente, exercem competência tributária. A competência tributária vem a ser, assim, uma atribuição conferida às Pessoas Políticas para,

⁴⁸⁵ Ibidem, p. 269-270.

⁴⁸⁶ Inciso I do artigo 1º.

⁴⁸⁷ Capítulo I do Título VI.

mediante lei⁴⁸⁸, *exigirem* os tributos, descrevendo as hipóteses de incidência, sujeitos da relação jurídica tributária, base de cálculo e alíquotas. Bem elucidativa é a conceituação dada por Paulo de Barros Carvalho acerca da competência tributária. O autor parte do conceito de competência legislativa, para, ao final, definir a especificidade da competência tributária:

Competência legislativa é a aptidão de que são dotadas as pessoas políticas para expedir regras jurídicas, *inovando* o ordenamento positivo. Opera-se pela observância de uma série de atos, cujo conjunto caracteriza o procedimento legislativo.

Por força do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), a ponência de normas jurídicas *inaugurais* no sistema há de ser feita, exclusivamente, por intermédio de lei, compreendido este vocábulo no seu sentido lato. Em qualquer segmento da conduta social, regulada pelo direito, é a lei o instrumento introdutor dos preceitos jurídicos que criam direitos e deveres correlatos.

No plexo das faculdades legislativas que o constituinte estabeleceu, figura a de editar normas que disciplinem a matéria tributária, desde a que contemple o próprio fenômeno da incidência até aquelas que dispõem a propósito de uma imensa gama de providências, circundando o núcleo da regra-matriz e que tornam possível a realização concreta dos direitos subjetivos de que é titular o sujeito ativo, bem como dos deveres cometidos ao sujeito passivo.

A competência tributária, em síntese, é uma das parcelas entre as prerrogativas legiferantes de que são portadoras as pessoas políticas, consubstanciada na possibilidade de legislar para a produção de normas jurídicas sobre tributos.⁴⁸⁹

São características da competência tributária a indelegabilidade, a irrenunciabilidade e a incaducabilidade. Indelegabilidade e irrenunciabilidade são características que decorrem da rigidez com que o constituinte distribuiu, entre as pessoas políticas, a citada competência tributária. Admitidas a delegabilidade e a renunciabilidade, estaria violada esta rigidez, bem como estabelecida imensa possibilidade de conflitos de competência. Vale salientar que a referida abertura para numerosos e permanentes conflitos de competência ocorreria em prejuízo do princípio da segurança jurídica e do princípio federativo. A incaducabilidade advém da pretensão de perenidade dos seus titulares. Efetivamente, O Estado, bem como

⁴⁸⁸ Artigo 150, I : princípio da legalidade tributária.

⁴⁸⁹ CARVALHO, 1999, p. 210-211.

as pessoas políticas, têm duração indeterminada. Por outro lado, no Estado Fiscal, a possibilidade de exigir tributos é, conforme já vimos, um pressuposto, uma necessidade. Deste modo, admitir o perecimento da competência tributária pelo seu não exercício no tempo, seria, conseqüentemente, admitir a caducabilidade do próprio Estado Fiscal e das pessoas políticas.

Postas estas considerações acerca do poder tributário e da competência tributária, impõe-se-nos fazer uma incursão acerca dos limites constitucionais à tributação.

4.5 LIMITES CONSTITUCIONAIS À TRIBUTAÇÃO: PRINCÍPIOS

O Estado Fiscal pressupõe limites à tributação. Neste tipo de Estado, já se sabe, o tributo não é um fim em si mesmo. É o contributo da responsabilidade social do cidadão. Quando o tributo atingir intensidade tal que inviabilize as atividades particulares, ou venha a se configurar como via de estatização da propriedade, estará o Estado despido da característica de Estado Fiscal, para ser um outro tipo de Estado. Mas não é só isto: os valores havidos como fundamento ao Estado também limitam a imposição tributária. Os princípios fundamentais do Estado também constituem outra categoria de limites à tributação.

No âmbito dos limites à tributação, podem ser identificados limites formais e limites materiais. Os primeiros dizem respeito a quem tributa e como tributa. Os

segundos reportam-se ao objeto e conteúdo do poder tributário. Cuidam do que pode sofrer a incidência do jus *incidendi et collectandi* e dentro de que limites⁴⁹⁰.

No caso brasileiro, os limites à tributação já se delineiam desde o artigo 1º da Constituição, em vista dos princípios do Estado de direito, do Estado democrático de tendência social⁴⁹¹, bem como dos valores cidadania, dignidade da pessoa humana, trabalho e livre iniciativa. Nestes princípios e valores, está contida a exigência de que a atividade de imposição tributária se desenvolva de tal modo que o pagador de tributos não seja um subordinado servil. Ele tem status de cidadão contribuinte. Quer dizer: Neste Estado, o cidadão é livre e responsável. Sua dignidade de ser livre impõe respeito à sua esfera privada de agir e de possuir bens materiais, bem como requer a ausência de privilégios, e uma tributação posta mediante um direito justo.

O Constituinte de 1988 configurou expressamente as limitações à tributação na seção II do Capítulo I do Título VI, mediante a exposição de diversos princípios, que passaremos a estudar.

4.5.1 O conceito de princípios

O sistema constitucional tributário é composto de normas e de princípios. A doutrina aponta diferenças eles, no sentido de que as normas se dirigem mais ao disciplinamento de situações concretas, determinando posições de vantagem ou de

⁴⁹⁰ NABAIS, 1998, p. 315-316.

⁴⁹¹ Note-se que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estão listados a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais.

desvantagem entre sujeitos determinados. Os princípios, por seu turno, constituem mais um indicativo de aplicação das normas específicas. Servem à coerência interna de um sistema. Apontam caminhos de interpretação e de integração das normas. Servem de diretriz de funcionamento de um sistema.

Segundo, Bereijo,⁴⁹² possuem as seguintes especificidades: 1) São preceitos normativos que implicam outras normas específicas. Não definem posições jurídicas concretas. Indicam a aplicação daquelas normas; 2) possuem relativa indiferença de conteúdo, donde o seu caráter de regras gerais e sua possível qualificação de normas sem pressuposto de fato concreto; 3) indicam como devem ser aplicadas as normas específicas.

A importância dos princípios é posta em destaque por Eros Roberto Grau:

[...] sustento que o *conteúdo teleológico* já se encontra no interior do direito, incorporado aos *princípios*. Assim, da mesma forma se encontram nele, nos seus *princípios* deontologicamente afirmados, as possibilidades de produção de normas jurídicas adequadas à realidade social e à realização de justiça não apenas, e exclusivamente, formal.⁴⁹³

⁴⁹² RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. Jurisprudência constitucional y principios de la imposición. In: KIRCHHOF, P. et al. *Garantias constitucionales del contribuyente*. 2. ed. Valencia: Tirante lo Blanch, 1998, p. 130-131: “1° Son reglas o preceptos normativos que presuponen la existencia de otras normas específicas y cuyo objeto consiste no tanto en regular relaciones o definir posiciones jurídicas concretas, sino en versar sobre la aplicación de estas normas. Como dice LARENZ, «los principios indican solo la dirección en la que está situada la regla que hay que encontrar».

2° Se caracterizan por uma relativa indiferencia de contenido, « en el sentido de que transponen los límites de distintos campos de la regulación jurídica » (CARRIÓ); de ahí su carácter de reglas generales y de ahí también su posible calificación de normas sin presupuesto de hecho concreto, en cuanto son «una mezcla de precisión (que evita su disolución nebulosa) e indeterminación (que permite su dinamicidad y su superior grado para dominar supuestos de hecho muy varios) » (GARCÍA DE ENTERRIA), sin llegar por si mismos a suministrar decisiones a los casos concretos”.

3° Indican como deben aplicarse las normas específicas, esto es, «qué alcance darles; como combinarlas, cuándo otorgar precedencia a alguna de ellas»(CARRIÓ”).

⁴⁹³ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 113.

Valores, princípios, normas. Nos valores, o significado teleológico, nos princípios, o sentido deontológico⁴⁹⁴, nas normas, o dever-ser de conduta no caso específico.

O princípio pode ser explícito. Mas pode, também, ser implícito, devendo o estudioso descobri-lo na sistematicidade e coerência do ordenamento⁴⁹⁵. Celso Antonio Bandeira de Mello esclarece, didática e elegantemente, a noção de princípio:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.⁴⁹⁶

Instrumentalizados com estas noções introdutórias sobre princípios, examinaremos, na Constituição de 1988, aqueles que impõem limites à tributação. É importante esclarecer que vamos tratar, apenas, dos principais, visto que há princípios implícitos, cuja apreciação, no espaço deste trabalho, fica inviável.

4.5.2 Princípio da legalidade do tributo

⁴⁹⁴ GRAU, 2002, p. 112.

⁴⁹⁵ CARRAZZA, 2003. p. 33.

⁴⁹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 807.

Consoante disposição do inciso I do artigo 150, é vedado aos entes federativos exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. E sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte. Em nosso modesto entender, nesse contexto a palavra lei se reporta ao ato normativo emanado do Parlamento. Observe-se que, no inciso II do artigo 5º, o texto constitucional já menciona o princípio da legalidade, nos seguintes termos: “ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Não obstante, o Constituinte, tratando da imposição tributária, no mencionado inciso I do artigo 150, após haver já disciplinado o processo legislativo (artigos 59 a 69), repete a necessidade de lei, para que fique autorizada a exigência ou o aumento de tributos. Não se reporta às medidas provisórias, nem à delegação legislativa. Curvamo-nos ao magistério de Coelho:

Admite-se até que ao juiz se conceda algum poder decisório, decorrente da interpretação que indiscutivelmente é obrigado a proceder para aplicar a lei contenciosamente. Muitas vezes, sua função resulta até mesmo em defesa dos direitos do cidadão-contribuinte, esmagado pela aplicação ex officio da lei tributária com abuso de poder pela Administração. A esta é que se não concede nenhum poder na feitura da lei, devendo aplicá-la tal qual é (ou deve ser). Daí o princípio da reserva absoluta de lei formal. Protege-se a pessoa humana dos abusos e inconstâncias da Administração, garantindo-lhe um estatuto onde emerge sobranceira a segurança jurídica, o outro lado do princípio da confiança na lei fiscal, a que alude a doutrina tedesca⁴⁹⁷.

Sobre a tipicidade, leciona Carvalho:

O veículo introdutor da regra tributária no ordenamento há de ser sempre a lei (sentido lato), porém o princípio da estrita legalidade diz mais do que isso, estabelecendo a necessidade de que a lei adventícia traga no seu bojo os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional. Esse plus caracteriza a tipicidade tributária, que alguns autores tomam como outro postulado imprescindível ao subsistema de que nos ocupamos, mas que pode, perfeitamente, ser tido como uma decorrência imediata do princípio da estrita legalidade⁴⁹⁸.

⁴⁹⁷ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Manual de Direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 96.

⁴⁹⁸ CARVALHO, 1999, p.154.

A Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, confirma a necessidade de lei elaborada pelo parlamento, para a instituição ou majoração de tributo. Atente-se para o discurso do parágrafo 2º do artigo 62, na redação dada pela citada Emenda:

Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

Desse modo, a medida provisória serve apenas para o Presidente da República exercer a iniciativa da lei. Se a eficácia vai ocorrer somente com a conversão em lei, é esta e não a medida provisória, a instituir ou majorar o imposto.

O princípio da legalidade tem a mais íntima conexão com o Estado de Direito. Neste tipo de Estado, vigora o princípio do primado da lei.⁴⁹⁹ Vincula-se o mencionado princípio, também, à liberdade, à dignidade da pessoa humana e à segurança jurídica. A liberdade é inviável, quando qualquer instância encontra aptidão para impor comportamentos ao indivíduo; a dignidade da pessoa humana tem, por seu turno, na liberdade, um pilar fundamental, é inerente mesmo a essa dignidade:

[...] já no pensamento estóico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, *noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o Homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino)*, bem como à idéia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade.⁵⁰⁰

⁴⁹⁹ Neste sentido, Álvaro Rodríguez Bereijo faz as seguintes considerações: “El principio de legalidad es el principio básico Del Estado de Derecho. En su formulación más genérica constituye la plasmación jurídica del principio político Del império o primacía de la Ley, expresión de la voluntad general a través del órgano titular de la soberanía, el pueblo en el Parlamento”. *Jurisprudência constitucional y principios de la imposición*. In: P. KIRCHHOF, P. et al. *Garantias constitucionales del contribuyente*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 134.

⁵⁰⁰ SARLET, 2001, p. 30-31.

A dignidade da pessoa humana requer e impõe a segurança jurídica. O indivíduo precisa e tem o direito de estar ciente, em cada ato seu, das dimensões relativas ao cumprimento ou incumprimento do que lhe reclama a comunidade. Neste sentido, observa Bereijo uma tríplice dimensão do princípio da segurança jurídica, como “conhecimento e certeza do direito positivo, como confiança dos cidadãos nas Instituições Públicas e na ordem jurídica em geral, enquanto garantias da paz social, e como previsibilidade dos efeitos que derivam da aplicação das normas e das próprias ações e das condutas de terceiros” ⁵⁰¹.

4.5.3 Princípio da igualdade

No inciso II do artigo 150, a Constituição de 1988 explicita o princípio da igualdade em matéria de tributação. O princípio é aí formulado como proibição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

O princípio da igualdade é reclamado por outros princípios, como o princípio Democrático, o princípio do Estado de direito e da dignidade da pessoa humana.

A igualdade perante os gravames fiscais pode ser entendida em dois sentidos:

- a) em sentido jurídico, como paridade de posição, com exclusão de qualquer privilégio de classe, religião e raça, de modo que os contribuintes que se encontrem em idênticas situações sejam submetidos a idêntico regime fiscal;
- b) em sentido econômico, como dever de contribuir aos encargos públicos em igual medida, entendida em termos de sacrifício, isto é, como será

⁵⁰¹ RODRÍGEZ BEREIJO, Álvaro. Jurisprudência constitucional y principios de la imposición. In: KIRCHHOF, P. et al. *Garantias constitucionales del contribuyente*. 2. ed. Valencia: Tirante lo Blanch, 1998. p. 149.

melhor visto a seguir, em relação à capacidade contributiva dos indivíduos.⁵⁰²

O princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do sistema tributário. Nas observações de Nabais,⁵⁰³ encarado o princípio apenas do ponto de vista formal, obriga apenas os servos da lei. No sentido material, obriga também o legislador, que é obrigado a não fazer discriminações. O princípio da igualdade tributária tem como parâmetro a capacidade contributiva. Assevera, neste sentido, Chulvi:

O princípio da igualdade na distribuição da carga tributária supõe a repartição dos tributos se faça tratando por igual a todos os cidadãos. Como esta igualdade nunca poderá ser uma igualdade aritmética, é necessário encontrar o critério que permita classificar as diferentes situações em que os indivíduos podem se encontrar em face do tributo e adequar o gravame a cada uma dessas situações. Desta forma, a verdadeira igualdade exige tratamento desigual para as situações desiguais.

O critério ou parâmetro para a definição da igualdade ou desigualdade das situações em matéria tributária é, evidentemente, o da capacidade contributiva.⁵⁰⁴

Cabe, por fim, atentar para importante consideração, trazida por Luciano Amaro, de que a questão da isonomia não se resolve com a simples afirmação de que todas as hipóteses correspondentes à previsão legal devam ser submetidas à lei, e excluídas as situações excepcionadas pela lei. “Há de examinar-se se o legislador discriminou onde isso lhe era vedado, ou se diferenciou apenas dentro da margem que podia legitimamente diferenciar [...]”⁵⁰⁵.

⁵⁰² UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de Direito constitucional tributário*. 2. ed. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 67.

⁵⁰³ NABAIS, 1998, p. 435 et seq.

⁵⁰⁴ PAUNER CHULVI, 2001, p. 190.

⁵⁰⁵ AMARO, 1998, p. 130-131.

Lembra, ainda, Navarro Coelho: “em certas situações o legislador está autorizado a tratar desigualmente aos iguais, sem ofensa ao princípio, tais são os casos derivados da extrafiscalidade e do poder de polícia”⁵⁰⁶.

Em favor de sua afirmativa, argumenta o caráter do tributo, de ser, no que pertine à extrafiscalidade, instrumento de políticas econômicas, sociais e culturais. E quanto ao poder de polícia, assevera que este constitui conjunto de meios de que dispõe a Administração para limitar direitos ou liberdades, no interesse do bem comum, entendido, aí, como prevalência do todo sobre as partes ⁵⁰⁷.

4.5.4 Princípio da segurança jurídica

Os princípios da anterioridade e da irretroatividade, referenciados nas alíneas *a* e *b* do inciso do inciso III do artigo 150, em verdade são princípios atinentes à segurança jurídica.

A anterioridade diz respeito à previsibilidade dos comportamentos do contribuinte e à possibilidade de estes planejarem seus cursos de ação. A irretroatividade impõe o respeito às situações jurídicas plenamente constituídas no passado, tais como o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Na doutrina de Nabais, uma das facetas mais importantes deste princípio consiste na proteção da confiança.

⁵⁰⁶ COELHO, 2000, p. 132.

⁵⁰⁷ COELHO, 2000, p. 132-133.

É que, a idéia de protecção da confiança não é senão o princípio da segurança jurídica na perspectiva do indivíduo, ou seja, a segurança jurídica dos direitos e demais posições e relações jurídicas dos indivíduos, segundo a qual estes devem poder confiar em que tanto à sua actuação como à actuação das entidades públicas incidente sobre os seus direitos, posições e relações jurídicas, adoptada em conformidade com normas jurídicas vigentes, se liguem efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas.⁵⁰⁸

É de extrema relevância o princípio da segurança jurídica em matéria fiscal, visto que o contribuinte precisa poder “ajustar seu comportamento econômico ao custo previsível dos impostos, de modo a poder calcular, de antemão, a carga tributária e pagar a menor quantidade de impostos que permitam as leis”⁵⁰⁹.

Tem o princípio da segurança jurídica estreitas relações com o Estado de Direito e com o princípio da justiça. Com o Estado de direito, é nítida a vinculação, visto que “é sabido por todos que o Estado surge em virtude de um povo (e não o contrário), que lhe confere poderes para atingir suas finalidades. Assim, ele não existe em si ou por si, mas sim para agir e atingir a maior satisfação dos interesses da coletividade”.⁵¹⁰ Outrossim, a relação do princípio da segurança é essencial à garantia da efetividade do valor justiça.

Convém lembrar que a segurança jurídica pressupõe o livre acesso do contribuinte ao Poder Judiciário, sem que, por conta disto, venha a ser destinatário de sanções políticas por parte da administração.

Merece nossa atenção o fato de que segurança tem a ver com estabilidade. Neste aspecto, vemos como fator de insegurança jurídica as modificações constantes na legislação tributária, para atender às necessidades casuísticas da

⁵⁰⁸ NABAIS, 1998, p. 395.

⁵⁰⁹ RODRÍGUEZ BEREIJO, 1998, p. 149.

⁵¹⁰ SIQUEIRA, Cláudio Drewes José de. A segurança jurídica na ordem tributária. *Revista de Estudos Tributários*, n. 27, p. 156, set./out. 2002.

administração. E mais ainda: a pressa em produzir novos atos normativos, para atendimento de objetivos de atingimento de metas de arrecadação, geralmente leva à construção de textos normativos com má qualidade técnica, gerando dificuldades de interpretação e de aplicação.

4.5.5 Princípio da proibição de utilizar tributo com efeito de confisco

O princípio em epígrafe vem enunciado no inciso IV do artigo 150 da Constituição de 1988. Sua mais estreita relação é com a natureza do Estado Fiscal e com o direito de propriedade. O Estado Fiscal toma contribuições de seus cidadãos, na medida da capacidade contributiva de cada um, para atender às necessidades públicas. O Tributo, pois, não é um fim em si mesmo. Atingidos níveis de tributação que, por sua intensidade quantitativa, dificultem, ou inviabilizem a continuidade das atividades econômicas do contribuinte, estará ferida a propriedade (direito fundamental) e descaracterizado o Estado fiscal, que, por via indireta da tributação confiscatória, transformar-se-ia em Estado proprietário.

Confisco significa o poder público privar o particular de seus bens, sem lhe dar a devida compensação. Aplicado ao dever tributário, o princípio da proibição do confisco está a indicar que “a obrigação decorrente daquele dever pode ter um valor apenas parcial, ficando impedida a absorção total da riqueza que se submete à tributação” ⁵¹¹.

⁵¹¹ PAUNER CHULVI, 2001, p. 176.

O princípio em causa “atua em conjunto com o da capacidade contributiva, que também visa a preservar a capacidade econômica do indivíduo” ⁵¹².

A proibição de confisco é vista, também, como uma imunidade tributária ao mínimo de bens materiais necessários à existência ⁵¹³.

Amaro enfatiza que o princípio da vedação de tributo confiscatório não é um preceito matemático, sendo um critério informativo para o legislador.⁵¹⁴ Surge, assim, o problema, de ordem prática, de se determinar, com segurança, a partir de qual limite está presente o caráter confiscatório de uma exação fiscal. A doutrina aponta para a aplicação de um princípio de razoabilidade, em cada caso concreto. Para Nabais,

[...] os impostos podem apresentar-se como incompatíveis com o direito de propriedade, quando constituam um encargo excessivo para o contribuinte, prejudicando de forma essencial as suas relações patrimoniais privadas e configurando-se assim como impostos sufocantes ou impostos com efeitos confiscatórios.⁵¹⁵

4.5.6 Princípio da capacidade contributiva

No artigo 145, parágrafo primeiro, vemos expresso o princípio da capacidade contributiva:

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.

⁵¹² AMARO, 1998, 139.

⁵¹³ Ibidem, p. 139.

⁵¹⁴ AMARO, 1998, p. 139.

⁵¹⁵ NABAIS, 1998, p. 565-566.

A cláusula “sempre que possível” remete à consideração das características operacionais de cada imposto. Nem sempre o campo de incidência do gravame permite a personificação. É muito difícil a configuração de um imposto real com atendimento à personificação. Amaro advoga que os impostos reais também sejam informados pela personificação. E aponta, como caminhos para a adequação de impostos reais às características do contribuinte, a aplicação do princípio da seletividade ⁵¹⁶.

A capacidade contributiva, segundo Chulvi, é entendida como “a aptidão que possuem os cidadãos para concorrerem às cargas públicas, manifestada na posse de riqueza econômica” ⁵¹⁷.

Ensina Bereijo que o princípio da capacidade econômica tem dois significados diferentes: o de aptidão para contribuir e o de proporção da contribuição de cada cidadão ⁵¹⁸. O princípio que estamos apreciando tem a função de obrigar o legislador a tomar, na configuração dos impostos, pressupostos de fato que sejam exteriorizadores de riqueza. Neste sentido, o posicionamento de Bereijo:

A função do princípio da capacidade contributiva como medida ou proporção da realização, por cada um, do dever de contribuir para os gastos públicos (e como limite para o legislador na configuração dos tributos) obriga ao estabelecimento destes tomando como pressupostos de fato circunstâncias que sejam indicativas ou reveladoras, direta ou indiretamente, de capacidade econômica. Capacidade que pode ser real ou potencial, mas sempre existente, quer dizer, não simplesmente nominal. ⁵¹⁹

⁵¹⁶ AMARO, 1998, p. 135.

⁵¹⁷ PAUNER CHULVI, 2001, p. 158.

⁵¹⁸ RODRÍGUEZ BEREIJO, 1998 p. 158.

⁵¹⁹ Ibidem, p. 159.

Vemos no princípio da capacidade contributiva uma inevitável ligação ao princípio da igualdade e, num certo sentido, de garantia do direito à vida e ao mínimo existencial. Admitida uma tributação *per capita*, os mais ricos pagariam valores insignificantes em relação ao seu patrimônio e renda, enquanto que os menos ricos terminariam pagando proporcionalmente mais, e os pobres teriam sofrido uma espécie de confisco do mínimo para viver.

Devemos atentar, ainda, para a questão da solidariedade social. Este último princípio impõe a repartição proporcional dos encargos, para que os pobres, por via da atuação estatal consistente em prestações destinadas ao atendimento do princípio de um Estado, como o nosso, tendente ao social.

Nabais⁵²⁰ expõe importantes considerações em torno do princípio da capacidade contributiva e do princípio do Estado social. Na sua explanação, o autor ensina que o princípio da capacidade contributiva postula uma igualdade fiscal, ou igualdade no imposto, ou igualdade aritmética ordenada à justiça comutativa: igual imposto para igual capacidade contributiva; desigual imposto para desigual capacidade contributiva, na proporção dessa desigualdade. Já o princípio do Estado social exige uma desigualdade fiscal, igualdade pelo imposto ou igualdade geométrica ordenada à justiça distributiva, que reclama o imposto sirva de instrumento a uma igualdade social ou de resultados.

O princípio da capacidade contributiva pode ser encarado, também, como fundamento da tributação. “Assim, por toda a parte, se vem reiteradamente afirmando que a capacidade contributiva é o fundamento (*a causa ou a ratio*) do

⁵²⁰ NABAIS, 1998, p. 494 et seq.

imposto, o que tem como resultado afastar este do arbítrio do legislador e conferir-lhe racionalidade”⁵²¹.

Há de se acrescentar, ainda, que a atividade de imposição tributária consiste em captação, pelo Estado, de riqueza dos particulares. Onde não há riqueza, impossível a captação. Do que inferimos o princípio sob comento decorrer, mesmo, da ordem natural das coisas.

Por sua elevada significação para a dignidade humana, para a cidadania e para o Estado de Direito, encerremos esta subseção transcrevendo o magistério de Nabais , em que se reconhece o primado da capacidade contributiva sobre a razão fiscal:

Com efeito, a defesa do eminente interesse constitucional, que é o chamado interesse fiscal – um interesse vital para a existência e manutenção da colectividade, já que da sua satisfação depende o funcionamento dos serviços públicos - , não pode resvalar para o tradicional e bem conhecido “fiscalismo” em que a “razão fiscal” (uma específica manifestação da “razão de estado”) reduza a relação de imposto a uma mera relação de poder, que faça tábua rasa da sua natureza de dever fundamental e do carácter axiológico (e não meramente técnico) que o direito fiscal deve assumir.⁵²²

4.5.7 Imunidades tributárias

A Constituição de 1988 , nas alíneas a, b, c, d, do inciso VI do artigo 150, impõe aos titulares da competência tributária uma abstenção de seu exercício em relação a determinadas instituições, mesmo quando estas venham a incorrer na

⁵²¹ NABAIS, op. cit., p. 496.

⁵²² NABAIS, 1998, p. 497.

prática de atos que estejam compreendidos no campo de incidência dos impostos. Trata-se do princípio da imunidade tributária.

O princípio tem como destinatário (passivo) o legislador e tem como funções garantir o elevado prestígio de que devem gozar, no âmbito do Estado brasileiro, a Federação, a liberdade de culto, a organização da sociedade civil, as associações de trabalhadores, a solidariedade social e a liberdade de expressão e acesso à cultura e informação.

Proíbe-se, com o princípio, a instituição de impostos sobre patrimônio, renda e serviços das pessoas políticas (princípio da imunidade recíproca); templos de qualquer culto (imunidade dos templos); patrimônio, renda e serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais de trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos; livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão.

Destaquemos, de imediato, a ausência de qualquer caráter de privilégio no princípio. O que se protege são valores fundamentais da comunidade, a que dão suporte as mencionadas instituições.

Princípio da Imunidade Tributária é o feixe de valores jurídicos, depositados na Constituição Federal, que permitem construir normas jurídicas que revelam a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para instituir tributos nas situações especificadas no Texto Constitucional.⁵²³

Paulo de Barros Carvalho repele usuais conceitos de imunidade, tais como: *limitação constitucional às competências tributárias, imunidade como exclusão ou*

⁵²³ PESTANA, Márcio. *O princípio da imunidade tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 62.

*supressão do poder tributário, imunidade como providência que impede a incidência tributária – hipótese de não incidência constitucionalmente qualificada, imunidade aplicável tão-somente aos tributos não vinculados (impostos), imunidade sempre ampla e indivisível, não comportando fracionamentos*⁵²⁴. Após a exposição dos argumentos contra as referidas conceituações, o autor define a imunidade como norma de incompetência:

Recortemos o conceito de imunidade tributária, única e exclusivamente, com o auxílio de elementos jurídicos substanciais à sua natureza, pelo que podemos exibi-la como *a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.*⁵²⁵

Imunidade não se confunde com isenção ou com não incidência. Primeiro, a imunidade é determinada na Constituição Federal, enquanto que as isenções são determinadas em lei elaborada pela pessoa política competente em face do tributo. Segundo, é bem de se ver, enquanto a imunidade é norma de incompetência, a isenção revela, exatamente, o exercício desta. A isenção é uma declaração da pessoa política competente, no sentido de que, em se realizando determinada hipótese de incidência, por razões políticas, dispensará o contribuinte do respectivo crédito.

Quanto à não incidência, vale salientar que esta é uma circunstância de determinada operação, ou pessoa, não estar inserida no conjunto de elementos fáticos escolhidos pelo legislador como caracterizações de manifestação da capacidade contributiva.

⁵²⁴ CARVALHO, 1999a, p. 165-175.

⁵²⁵ CARVALHO, 1999, p. 178.

Após termos ouvido as lições dos diversos autores consultados, bem como de havermos feito reflexões nossas acerca do dever fundamental tributo, passemos às considerações finais, quando, esperamos, deverá ficar demonstrado o novo que possamos ter aprendido.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo que desenvolvemos possibilitou algumas considerações acerca do que é o tributo, no sistema constitucional brasileiro delineado na Carta de 1988, as quais passamos a expor.

1 O homem se propõe a atingir fins, para dar sentido à sua existência. Enquanto indivíduo, é um ser incompleto, porque não dispõe da capacidade de, sozinho, realizar o que pretende. Ele carece da proteção e do conhecimento que só a vida em comunidade pode proporcionar.

2 A comunidade não é um bando. É organização. Organização é disposição de elementos para a realização de fins propostos. Num dado momento histórico, a comunidade se torna um Estado.

3 O Estado não é um fim em si mesmo. É uma unidade que congrega homens, valores, poder e direito, para propiciar as condições de realização daquilo que o homem percebe como valioso.

4 O Estado tem a seu cargo tarefas permanentes de coordenação da integração da comunidade, no sentido da realização dos valores assumidos por cada comunidade, em cada momento histórico.

5 As tarefas de coordenação da comunidade, a cargo do Estado, requerem o exercício de poder. A comunidade confere poderes ao Estado, para que este possa exercer o seu papel. E este poder, conferido ao Estado pela comunidade, é exercido pelo Estado sobre os cidadãos.

6 A dignidade da pessoa humana, que é o valor fundante, o que dá sentido ao próprio Estado e a todas as proposições humanas, exige razões para a obediência e critérios para o exercício do poder estatal.

7 O poder estatal utiliza, como instrumento de persuasão, um sistema de normas coercitivas, reconhecido como Direito.

8 O direito se manifesta como um sistema de normas coercitivas. Estas normas impõem comandos obrigatórios, explicitam deveres. Mas o direito não é e não pode ser só norma. A norma carece de fundamento.

9 O fundamento da obrigatoriedade da norma não se encontra exclusivamente no poder e na legitimidade do emissor da norma. Não se pode admitir como direito qualquer comando que viole a dignidade humana.

10 A norma jurídica deve estar inspirada nos fins sociais. Estes são identificados a partir dos valores de convivência.

11 Os valores não podem ser definidos, porque o seu ser é o seu valer. Contudo, há possibilidades de conhecimento dos valores. Os valores são intuídos pelo homem. Mas possuem objetividade no plano da história. A natureza espiritual do homem é a mesma em todos os indivíduos, havendo, assim, uma identidade dos mesmos valores para todos.

12 Os valores são intuídos na forma de dever ser ideal. Quando o homem observa a realidade e percebe a desconformidade desta com os valores intuídos, inclina-se pela busca da adequação, manifestando-se um dever ser atual. O sujeito cognoscente apreende o dever ser atual como um dever fazer.

13 A realização dos valores postula comportamentos compatíveis.

14 Os deveres consistem na necessidade da efetivação de comportamentos compatíveis com a realização dos valores.

15 Visto que o Estado é uma organização destinada à promover as condições propícias à realização dos valores da comunidade, as condutas valoradas

positivamente devem ser efetivadas. O indivíduo tem deveres para consigo próprio, para com a comunidade de que faz parte e para com a humanidade.

16 Os valores assumidos pela comunidade levam à imposição de deveres. Estes, quando explicitados na Constituição e nas leis, adquirem juridicidade. Alguns deveres, por serem essenciais ao funcionamento do Estado, são qualificados de fundamentais.

17 Os deveres fundamentais constituem uma categoria jurídico-constitucional. Convocam o homem e o cidadão para a sua dimensão de ser social (responsável) e determinam a posição fundamental do indivíduo na comunidade, podendo por esta ser exigidos.

18 As tarefas do Estado requerem a disposição de meios financeiros. O Estado contemporâneo caracteriza-se como Estado Fiscal. O Estado Fiscal encontra suporte financeiro na contribuição coativa dos cidadãos.

19 O funcionamento do Estado Fiscal e a garantia da efetividade dos direitos fundamentais requerem um dever ser de conduta consistente em contribuir para a manutenção dos gastos públicos. Por isto, o Estado Fiscal desenvolve uma atividade de imposição tributária.

20 Nesta linha de considerações, o tributo não é uma simples relação de poder. Constitui um dever fundamental.

21 Na Constituição brasileira de 1988, em que pese o silêncio de quase toda a doutrina, estão postos deveres fundamentais. Eles estão explicitados nos princípios fundamentais da República e em diversas normas ao longo do texto da Carta Magna.

22 O Brasil é um Estado Fiscal e assume a condição de Estado democrático de direito, com tendências sociais.

23 O Dever fundamental tributo está explicitado, mais especificamente, no Capítulo I do título VI . Aí é configurado um sistema tributário cuja figura proeminente é o imposto. A Constituição estabelece quais os tributos que poderão ser instituídos, outorga competência tributária às pessoas políticas, estabelece um estatuto de garantias do contribuinte, mediante limitações ao exercício da competência tributária.

24 As limitações ao exercício da competência tributária são expostas através de diversos princípios constitucionais tributários, tendo maior relevo os princípios da legalidade, da igualdade, da segurança jurídica, da capacidade contributiva e das imunidades tributárias.

25 Na perspectiva dos deveres fundamentais, o tributo é a prestação que satisfaz o dever fundamental de contribuir para a manutenção dos gastos públicos. O pagador de tributos, no Brasil, tem status de cidadão contribuinte.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALMEIDA, Guilherme Henrique de la Rocque. *O Estado como objeto de estudo: as diferentes visões do Estado*. Disponível em: <www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=52>. Acesso em: 14 nov 2002.

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de estado*. Tradução de Walter José Evangelista; Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. Posfácio de Celso Lafer.

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O Direito nas sociedades humanas*. Tradução Maria Ermantina Gaivão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

AUSTIN, John. Aulas sobre Direito. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do Direito*. Tradução Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à Ciência política*. 11. ed. São Paulo: Globo, 1998.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001a.

_____. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15. ed. Atualizador Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2001b.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Pêrsio Henrique. Os conceitos de Direito e Estado em Max Weber e Hans Kelsen: contribuição para repensar a racionalidade jurídica. In: ARRUDA Jr., Edmundo Lima de (Org.). *Max Weber Direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito tributário*. 3. ed. São Paulo: L. EJUS, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 7. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4. ed. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001a.

_____. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001b.

BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1999a.

_____. *Obrigação tributária: uma introdução metodológica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999b.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de novembro de 1966. *Código Tributário Nacional*. Brasília, DF, 1966.

BRUSIIN, Otto. *O pensamento jurídico*. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao Direito privado*. Tradução Carlos Eduardo Machado; revisão Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do Direito*. Tradução Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999.

CARNOY, Martin. *Estado e teoria política*. Tradução pela equipe de tradutores do Instituto de Letras da PUC. 2. ed. Campinas, São Paulo: Papirus, 2001. p. 99.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito constitucional tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999a.

_____. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999b.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Manual de Direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Teoria geral do tributo e da exoneração tributária*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001a.

_____. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001b.

CUNHA BARRETO. O dirigismo na vida dos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 455, fev. 1939.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. Limites ao poder do Estado (Ensaio de determinação do direito na perspectiva dos direitos fundamentais). In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DA MAIA, Alexandre. *Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DALLARI, Dalmo. *Direitos e deveres da cidadania*. Disponível em: <www.dhnet.org.br/sos/textos/deveres.htm>. Acesso em: 23 jul. 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DANTAS, Ivo. *O valor da constituição: do controle da constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

FALCÃO, Amílcar. *Introdução ao Direito tributário*. Atualização Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do Direito*: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. *Imunidade tributária*. Porto Alegre: Faris, 1996.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FRIEDE, Reis. *Curso de Ciência política e teoria geral do Estado*: teoria constitucional e relações internacionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

GARCÍA MÁINEZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. 8. ed. México: Porrúa, 1996.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Claudia Berliner; revisão da tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*. 15. ed. Porto Alegre: L&PM Editores, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Tradução de L. Cabral de Moncada. São Paulo: Saraiva, 1946.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro; Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

_____. *Leviatã*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*. Tradução de Emildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

IHERING, Rudolf Von. A finalidade no direito. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do Direito*. Tradução de Reynaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JARACH, Dino. *O fato imponível: teoria geral do Direito tributário substantivo*. Tradução de Dejalma de Campos. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

KANT, Immanuel. Direito público: o sistema das leis que requerem promulgação pública. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do Direito*. Tradução de Reynaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954.

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do Direito*. Tradução de Reynaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Livro II, cap. 7.

_____. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 14. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1983.

MARIOTTI, Alexandre. *Medidas provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARX, Karl. *O dezoito brumário de Louis Bonaparte*. Tradução Silvio Donizete Chagas. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Curso de Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. 2. ed. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

_____. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PAUNER CHULVI, Cristina. *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PESTANA, Márcio. *O princípio da imunidade tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e do Direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1961. v. 1.

_____. *Introdução à ciência do Direito*. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAWLS, John. *O Direito dos povos*. Tradução de Luís Carlos Borges; revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot; seleção, apresentação e glossário Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Filosofia do Direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIVERO, Jean. *Curso de Direito administrativo comparado*. Tradução de J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. Jurisprudência constitucional y principios de la imposición. In: KIRCHHOF, P. et al. *Garantías constitucionales del contribuyente*. 2. ed. Valencia: Tirante lo Blanch, 1998.

ROSENFELD, Denis. *Política e liberdade em Hegel*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a economia política e do contrato social*. Tradução de Maria Constança Pires Pissarra. Petrópolis: Vozes, 1996.

_____. *Do contrato social*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Edgard Neves da. Contribuição de melhoria. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Curso de Direito tributário*. 2. ed. Belém: CEJUP, 1993. v. 2.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de Direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SIQUEIRA, Cláudio Drewes José de. A segurança jurídica na ordem tributária. *Revista de Estudos Tributários*, n. 27, set/out, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma noiva crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

_____. *Curso de Direito financeiro e tributário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de Direito constitucional tributário*. 2. ed. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Eugênio Doin. Taxas-algumas considerações propedêuticas. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. Direito tributário. São Paulo: Malheiros, 1997.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos da história do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, reimpressão 2000.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

O ESTADO contemporâneo. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 11 jan. 2002.

XAVIER, Alberto. *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.