

**A BIOPOLÍTICA E A SOCIEDADE CONTROLADA PELA TRIBUTAÇÃO:
contribuição da obra de Foucault para a análise sobre a tributação da renda e
patrimônio e a democracia tributária no Brasil.**

LA BIOPOLITIQUE COMMANDE PAR LA FISCALITÉ ET DE LA SOCIÉTÉ:
contribution de l'œuvre de Foucault pour l'analyse de l'imposition des revenus et de l'équité
fiscale et de la démocratie au Brésil.

Regis André¹

RESUMO: A Constituição da República Federativa do Brasil, em seus artigos 145, 148, 149, 149-A e 195, § 6º, definiu competências tributárias ao Estado, para instituir e majorar tributos, na busca de receitas públicas para sustentar o Estado e suas políticas governamentais. Ao lado da competência tributária, estabeleceu o Princípio da Capacidade Contributiva (art. 145, § 1º), a revelar comando constitucional garantidor de uma tributação democrática, pautada na capacidade econômica, na pessoalidade, e na igualdade entre os contribuintes e responsáveis tributários. No sistema tributário vigente, o Estado tributa consumo, renda e patrimônio, em ordem decrescente de carga tributária efetiva. Nesta práxis tributária, surge a figura do contribuinte de fato, pessoa estranha ao sistema normativo, mas que se torna responsável pela satisfação da maior receita pública recolhida pelo Estado. Tal surgimento ocorre porque no mercado se pratica o evento econômico de repercussão econômica do tributo, em que o contribuinte de direito ou o responsável tributário (devidamente discriminados no sistema normativo), transfere parte ou todo o custo tributário, através do preço do produto, ao consumidor final, fugindo, assim, da tributação do Estado. Neste jogo econômico, a classe pobre e média se vê mais exigida, no campo tributário, se comparada à classe rica, detentora de maior renda e patrimônio este, então, pouco tributado. Para garantir esta prática fiscal, o Estado, então, ora age ativamente, na confecção ou interpretação de normas em sentido programático, ora se omite, ao não instituir tributo que recaia sobre a renda e o patrimônio. A interpretação do Princípio da Capacidade Contributiva, como norma programática (de conteúdo simbólico) é exemplo de prática ativa. A não instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas é exemplo de prática omissiva. Estas práticas revelam verdades de mercado, denunciadas pela biopolítica foucaultiana, já que o Estado elabora um discurso de controle da sociedade e de justificação de suas práticas políticas excludentes a conformar os interesses do mercado, e não da coletividade. A verdade de mercado sobre a não tributação, ou a baixa tributação sobre patrimônio, está nos princípios liberais da propriedade, liberdade e igualdade, e na idéia de injustiça social e tributária e de desvalor na obtenção de riqueza, horizonte alcançável por todos, pelo que a tributação sobre o patrimônio frustraria esta oportunidade social. Mantém-se, desta forma, o sistema tal qual idealizado pelo mercado. Recusa-se a democracia tributária no país. Para enfrentar este estado de coisas, a sociedade deve se organizar e estabelecer suas próprias práticas de controle social, através de um discurso democrático e livre de amarras Estatal e do mercado, como procedimento ideal de tomada de decisões.

¹ Doutorando em Direito pela PUC Minas; Mestre em Direito e Instituições Políticas pela FUMEC; Professor e Coordenador do Curso de Direito da Fundação Pedro Leopoldo; Membro do IAMG; Membro e Vice-Presidente da CEJ-OAB/MG.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; Direito; Tributo; Biopolítica; Democracia.

RÉSUMÉ: La Constitution de la République fédérative du Brésil, en ses articles 145, 148, 149, 149-A et 195, § 6, les pouvoirs d'imposition fixé à l'État d'établir et d'augmenter les impôts, la recherche de revenus pour soutenir l'Etat et la politique du gouvernement. Outre le pouvoir d'imposition, établi le principe de la capacité de payer (art. 145, § 1), ce qui prouve la commande constitutionnelle d'un garant d'impôt de la démocratie, fondée sur la capacité économique, l'identité individuelle et l'égalité entre les contribuables et la charge d'impôt. Dans le système fiscal actuel, l'état taxation de la consommation, le revenu et les actifs, par ordre décroissant de la charge fiscale effective. Dans la pratique fiscale, il est la figure du contribuable en fait, la personne en dehors du système réglementaire, mais qui devient responsable du respect de l'augmentation des recettes collectées par l'État. Cette hausse se produit car le marché est l'événement pratiques économiques des répercussions économiques de la taxe, dans laquelle le contribuable ou la personne ayant droit à l'impôt (indiquée séparément dans le système de réglementation) transfère une partie ou la totalité du coût fiscal à travers le prix du produit, consommateur final, échapper ainsi à la fiscalité d'État. Dans ce jeu économique, les classes pauvres et moyennes apparaît le plus nécessaire dans le domaine fiscal, par rapport à la classe riche, avoir plus de revenus et les actifs de cette puis peu taxés. Pour assurer cette pratique fiscale, l'Etat agit alors maintenant activement à la préparation ou l'interprétation des normes dans le sens des programmes, il est parfois omis, de ne pas engager les impôts qui tombent sur le revenu et les actifs. L'interprétation du principe de la capacité de payer, comme une norme de programmation (le contenu symbolique) est un exemple de pratique active. Ne pas imposer la taxe sur les Big Fortunes est un exemple pratique d'omission. Ces pratiques révèlent les vérités du marché, rapporté par la biopolitique foucauldienne, que l'Etat prépare un discours pour le contrôle de la société et pour justifier leur exclusion des pratiques politiques conformes aux intérêts du marché, et non pas le collectif. La vérité du marché sur la non-imposition ou faible sur l'équité, est dans les principes libéraux de la propriété, la liberté et l'égalité, et l'idée de l'impôt et l'injustice sociale et l'indignité de la richesse obtenir, horizon réalisable par tout le monde, d'imposition sur les capitaux propres contrecarrer cette occasion sociale. Il reste, par conséquent, le système conçu par lequel un tel marché. Refuse de la démocratie dans le pays d'impôt. Pour répondre à cet état de choses, la société doit s'organiser et à établir leurs propres pratiques de contrôle social par le biais d'un discours démocratique et libre des obligations d'État et le marché comme une procédure idéale pour la prise de décision.

MOTS-CLÉS: constitution; le droit; Hommage; biopolitique; de la démocratie.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu Título VI, Capítulo I, Seção I, discrimina o sistema de competências constitucionais no campo da tributação.

Nos artigos 145, 148, 149 (e neste também compreendidos os arts. 149-A e 195, § 6º), na linha da Teoria Pentapartida capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal²,

² RE 146.733-STF, Rel. Moreira Alves, e que serviu de amparo jurisprudencial para o RE 138.284-STF, Rel. Carlos Velloso, e ADC-1, Rel. Moreira Alves, na construção da Teoria Pentapartida como sendo a mais atual e próxima da realidade jurídico-tributária brasileira, senão vejamos: *“De feito, a par das três modalidades de tributos (os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria) a que se refere o artigo 145 para declarar que*

define as espécies tributárias em que o Estado Fiscal (por todas as suas unidades federativas), delas lançando mão, supre a necessidade de receitas (derivadas) públicas para fazer frente às suas despesas (corrente e de capital) públicas.

Já no campo da definição de competências sobre a espécie tributária imposto, a Constituição outorga à União competência para criar e majorar (bem como, por consequência, minorar e extinguir), impostos sobre importação, exportação, renda, produtos industrializados, movimentação financeira, propriedade rural e grandes fortunas (art. 153, I, II, III, IV, V, VI e VII, CF/88).

Os Estados e o Distrito Federal, por sua vez, possuem competências para tributar, via imposto, herança e doações, circulação de mercadorias e prestação de serviços interestaduais e intermunicipais e de telecomunicações e a propriedade de bem automotor móvel (art. 156, I, II e III, CF/88).

Por fim, os Municípios e o Distrito Federal (que possui competência municipal por força do art. 32, § 1º, da CF/88) – detém competências constitucionais para tributar a transmissão de bens imóveis por ato oneroso, a propriedade de bem imóvel e a prestação de serviços, não compreendida no âmbito de competência dos Estados e Distrito Federal (art. 156, I, II e III, CF/88).

Nesta engenharia constitucional de definição de competências tributárias, o Estado Fiscal tributa bens e serviços na proporção aproximada de 47,36% da carga tributária total do país (aproximadamente 34% do PIB), e tributa renda e patrimônio na proporção aproximada de 23,25%, sendo aproximadamente 3,37% a tributação sobre o patrimônio.³

são competentes para instituí-los a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, os artigos 148 e 149 aludem a duas outras modalidades tributárias, para cuja instituição só a União é competente: o empréstimo compulsório e as contribuições sociais, inclusive as de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas. No tocante às contribuições sociais – que dessas duas modalidades tributárias é a que interessa para este julgamento –, não só as referidas no artigo 149 – que se subordina ao capítulo concernente ao sistema tributário nacional – têm natureza tributária, como resulta, igualmente, da observância que devem ao disposto nos artigos 146, III, e 153, I e III, mas também as relativas à seguridade social previstas no artigo 195, que pertence ao título ‘Da Ordem Social’. Por terem esta natureza tributária é que o artigo 149, que determina que as contribuições sociais observem o inciso III do artigo 150 (cuja letra h consagra o princípio da anterioridade), exclui dessa observância as contribuições para a seguridade social previstas no artigo 195, em conformidade com o disposto no par. 6º deste dispositivo, que, aliás, em seu par. 4º, ao admitir a instituição de outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, determina se obedeça ao disposto no art.154, I, norma tributária, o que reforça o entendimento favorável à natureza tributária dessas contribuições sociais”. Disponível em www.stf.org.br. Data: 18/04/2011.

³ Dados fornecidos pelo Governo Federal, para 2009. Carga tributária total no país. Disponível em www.receita.gov.br. Data: 18/04/2011.

No caso da tributação apenas sobre o patrimônio, na esfera do Governo Federal, Estadual e Municipal, estes índices equivalem a, somente, 0,06%, 7,09% e 33,05%, respectivamente, de toda a receita (derivada) pública recebida.

Tem, então, o Estado Fiscal, uma técnica de se tributar mais pesadamente os intitulos bens de consumo e serviços e menos a renda e patrimônio, e esta equação se revela perversa na medida em que a tributação sobre o consumo e serviços provoca o surgimento de uma figura tributária (real) não discriminada no sistema, o contribuinte de fato (indireto) do tributo, em detrimento dos sujeitos tributários passivos previstos na Lei e Legislação Tributária (arts. 121 e 122, do CTN, e 150, § 7º, da CF/88), o contribuinte ou responsável tributário de direito (direto) do tributo, assim constitucional e legalmente estabelecidos (art. 5º, II e 150, II, da CF/88).

Nesta linha, a operacionalidade do sistema tributário demonstra que o Estado Fiscal tem predileção por normas tributárias de tributação indireta ou aos tributos catalogados pela doutrina como indiretos, dada à repercussão econômica do tributo (àqueles que incidem sobre o consumo e serviços), e menos aos tributos diretos, os que atingem a renda e especialmente o patrimônio do contribuinte ou responsável tributário.

Os tributos indiretos atingem toda a população (especialmente a classe baixa e média – os pobres), sem preocupação efetiva pelo Estado Fiscal do cumprimento do Princípio da Capacidade Contributiva, versada no art. 145, § 2º, da CF/88, eis que dita técnica tributacional engloba a tributação de bens de consumo e serviços catalogados como essenciais à vida humana, na linha dos bens alimentícios, de limpeza, higiene, etc, a exemplo, criando, à margem do sistema legal, a figura do contribuinte tributário de fato, quando a Constituição e a Lei só admite a figura do contribuinte ou responsável tributário de direito.

Já a tributação sobre a renda e patrimônio recai sobre a figura do contribuinte de direito, o que permitiria, pelas técnicas de uma legislação fiscal democrática, cumprir com maior alcance o disposto na Constituição sobre a Capacidade Contributiva do sujeito passivo tributário, através dos institutos da progressividade fiscal, da proporcionalidade fiscal, da isenção fiscal, da anistia fiscal e da remissão fiscal, a exemplo, tributando horizontal e verticalmente pessoas que estão nas mesmas condições jurídico-econômicas tributárias, em atendimento ao princípio constitucional da Igualdade tributária.

Se as pessoas de classe baixa e média (os pobres) comprometem os seus ganhos, em maior parte, nos bens de consumo e serviços, e se as pessoas de classe alta (os ricos) comprometem os seus ganhos em bens para formação e manutenção de patrimônio,

tem-se que os pobres, proporcionalmente, por efeito da tributação indireta, pagam mais impostos do que os ricos.

Assim, os pobres acabam por sustentar a máquina Estatal, o que explica a permanente concentração de renda e patrimônio de uma pequena parcela da população, os ricos, e a impossibilidade da diminuição da pobreza no país, com a manutenção pelo Estado Fiscal do *status quo* da sociedade capitalista organizada.

No plano normativo, a legislação tributária é perfeita, sendo tão Kelsiana quanto o permite a Constituição e a Lei vigente no país.

No plano político, nas esferas de biopoder e biopolítica, a tributação no país apresenta enredos que, na expressão de Foucault, conduzem a idéia de normalização para a estrutura de governamentalidade do Estado,⁴ com claros mecanismos de organização social em estamentos, com a manutenção no país da divisão entre pobres e ricos, pela baixa tributação da renda e principalmente patrimônio, o que favorece os ricos em detrimento dos pobres, sustentando esta divisão social.

A omissão da União em criar o Imposto Sobre Grandes Fortunas é um claro exemplo de que as pressões dos mais ricos, e o jogo de interesses patrocinados no núcleo do poder estatal por esta classe social influente, responsável pela ocupação dos postos chave de poder, especialmente nas esferas Executiva e Legislativa, ditam um modelo social de exclusão.

Afinal, se a saúde precisa de recursos, é conveniente que este custo (com receitas adicionais), seja transmitido ao país pela espécie tributária de Contribuição, a ser paga por todos indiscriminadamente, não obstante tenha a União competência tributária para instituir o Imposto Sobre Grandes Fortunas (art. 153, VII, CF/88), isso na linha do discurso oficial de Governo.

A Igualdade tributária, e a Capacidade Contributiva, seguindo esta lógica Estatal, apresentam-se como normas de conteúdo programático, assim interpretadas pelo aplicador da Constituição (especialmente o Poder Judiciário), revelando-se, então, de baixa normatividade.

Isso implica em que os direitos e garantias constitucionais de todos, estabelecidos em texto normativo que não estabelece distinção entre classes sociais, raça, credo, opção sexual, etc, encontra-se em abissal distanciamento da práxis pública, em

⁴ Cf. FOUCAULT, Michel. Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 572p.; Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 474p.

estranha relação entre o direito e a ausência de direito a que alude Giorgio Agambem em seus estudos sobre Estado de Exceção.

De fato, tal prática tributacional (costumeira em todas as esferas de Poder Fiscal, vale ressaltar), curiosamente constrói um Estado de Exceção⁵ às avessas, dado que o tratamento normativo do Estado Fiscal ao povo⁶ (a soberania estatal resulta da delegação popular) se revela pró-forma no atendimento do princípio constitucional da Capacidade Contributiva (art. 145, § 1º, da CF/88).

No caso, tem-se não uma suspensão de Direitos, mas um vazio no Direito, com uma construção normativa tributária excludente, em que àqueles que, tendo renda e patrimônio, e demonstrando maior Capacidade Contributiva (maior riqueza), são menos exigidos tributariamente do que a massa consumista (em que os ricos também se incluem, mas é minoria) que são tributados indiretamente, através da técnica comercial da repercussão econômica do tributo.

O Estado de exceção, portanto, estaria na pouca ou na falta de Lei tributária que tribute efetivamente a renda e patrimônio, e o não exercício da competência tributária é um dos mecanismos utilizados pelo Estado Fiscal para criar a exceção dentro do próprio modelo tributário em uso, em que a minoria (ricos) não é atingida pela tributação em grau significativamente maior se comparada à maioria (pobres).

Neste contexto, o Estado Democrático de Direito passa a ser o porta-voz de um Estado que cria “uma zona ausente de norma”, ou uma zona “onde a norma não ressoa trazendo uma espécie de vácuo normativo onde o som/norma constitucional não se propaga”⁷.

O não exercício, pela União, da competência tributária para a criação do Imposto sobre Grandes Fortunas (art. 153, VII, CF/88), vale repetir, ilustra bem o objeto desta avaliação acadêmico-científica.

Os discursos políticos do Governo Lula, e os ensaiados pelo Governo Dilma, para a criação de uma Contribuição para a Saúde, para o financiamento do sistema de saúde pública, passando ao largo da criação do Imposto sobre Grandes Fortunas, vale também repetir, dão o tom desta perspectiva de Estado de Exceção.

⁵ Cf. AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. São Paulo: Bointempo, 2003.

⁶ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. Soberania e Mercado Mundial: a crise jurídica das economias. Leme (SP): Editora de Direito, 1999.

⁷ Cf. OPUSKA, Paulo Ricardo. AGAMBEN E O ESTADO DE EXCEÇÃO: UMA MEDIAÇÃO ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL E O VAZIO. Disponível em <http://www.uniguacu.edu.br/deriva/Ensaios/docente/AGAMBENE0ESTADODEEXCECAOartigoPauloOpuszka.pdf>. Data: 18/04/2011.

Abre-se parêntesis. A citação ao Governo Lula e ao Governo Dilma foi feita para a contextualização do momento, dado que em todos os governos anteriores, a partir da Constituição de 1988 – Governos Collor, Itamar, Fernando Henrique Cardoso – sobre esta mesma matéria, o tratamento foi o mesmo, fruto da influência do mercado cujo porta-voz é uma elite dominante, tradicional na política nacional, e que transmigra de governo para governo com tal desenvoltura que parece ser, naturalmente, componente do próprio Estado. Fecha-se parêntesis.

Ora, na exceção o Estado Democrático de Direito (se se pode pensá-lo democrático e de direito) acaba por trabalhar apenas o positivismo jurídico de Kelsen⁸ e o abismo sociológico apontado por Weber⁹ na forma de dominação legal.

Se assim o é, o Princípio da Capacidade Contributiva (art. 145, § 1º, da CF/88) revela-se mera norma simbólica, que significa a quase totalidade de falta de norma¹⁰ por ter a quase completa ausência de eficácia, a sustentar um modelo tributário excludente, e que favorece poucos (os com Poder Econômico e Político – a minoria) em detrimento de muitos (a massa popular – a maioria), e cria bases constitucionais em uma Constituição-papel e não em uma Constituição-real.

E o que seria uma Constituição-papel e uma Constituição-real?¹¹

Desde os primórdios tenta-se conceituar o termo Constituição, um significante de inúmeros significados. No dia-a-dia nos deparamos, pois, com a expressão Constituição histórica, substancial, formal, material, jurídica, real – dentre outros tantos adjetivos – indicando que o conceito de Constituição transmigra conforme se elege a axiologia, a deontologia, a economia, a sociologia, a política ou o positivismo jurídico, por exemplo, como os eixos de interpretação sistêmica que ora se ancora na pura dogmática ou retórica, ora se sustenta na objetividade.

Analisar o que seja, na essência, Constituição-papel e Constituição-real é tarefa, sobretudo, da Sociologia Jurídica ou do Direito Constitucional. Não obstante, ainda que de forma a propiciar o manejo da crítica, não poderíamos ficar indiferentes ao seu contexto geral, razão da análise adiante.

⁸ Cf. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Viena, 1960).

⁹ Cf. WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; revisão técnica de Gabriel Cohn. – Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1991.

¹⁰ Cf. NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 263p.

¹¹ Cf. LASSALLE, Fernando. Que es una Constitución? Buenos Aires: Siglo Veinte, 1957; HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

Realmente, quando a Constituição é esvaziada em seu conteúdo pelos intérpretes constitucionais, que não conseguem tornar a Constituição o que ela efetivamente é ou deveria ser, terminamos por nos defrontar com a Constituição-papel, um mito que, como toda fábula, é incapaz de vencer a barreira imaginativa na qual a fantasia construiu a verdade que se pretendia demonstrar.

Entretanto, quando o defensor ou garante da Constituição revela ao Estado e ao cidadão a própria Constituição, estamos diante da Constituição-real, uma representação fiel do que existe de fato.

Um autêntico Estado Democrático de Direito não pode e não trabalha com uma Constituição-papel, mas sim com uma Constituição-real.

Fruto da soberania popular (e não Estatal), a Constituição democrática reflete a vontade do povo, seus projetos e realizações.

A Constituição “Não pode ser meramente procedimental a dispor sobre as regras de formação da vontade política exclusivamente. Nem é uma ordem dura de valores. Mas uma simbiose que assume as formas jurídicas e se limita às suas contingências, ao seu tempo e ao seu povo.”¹²

Assim, a Constituição representa o somatório da ordem normativa de um Estado com a realidade político-social de seu tempo. De um lado determina a “vida” do Estado e do outro condiciona a “vida” do seu povo.

Neste passo, Hesse elucidada que

“... por intermédio de suas prescrições materiais, das relativas à estrutura estatal e à regulamentação constitucional do processo de formação de unidade política e da atuação estatal, a Constituição origina unidade estatal, confere forma à vida da Comunidade, assegura continuidade suprapessoal, com o conseqüente efeito estabilizador; por um lado, permite entender o compreender a formação de unidade política e a atuação estatal, torna possível a participação consciente, protege contra recaídas no informe e indiferenciado, com a conseqüente eficácia estabilizadora; pela ordenação do procedimento de formação de unidade política, da fundação sempre limitada de atribuições de poder estatais, da regulamentação processual do exercício dessas atribuições e do controle dos poderes estatais, a Constituição pretende limitar o poder estatal e impedir o abuso desse poder; enfim, nessa função de possibilitar e garantir um processo político livre, de instituir, de estabilizar, de racionalizar, de limitar o poder e, com tudo isso, assegurar a liberdade individual, é que reside a qualidade da Constituição”.¹³

¹² SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 19.

¹³ HESSE, Konrad. Conceito e Qualidade da Constituição. In: Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 21-22.

Deste modo, não se pode pensar na separação da porção política da Constituição de sua outra metade, absolutamente complementar, que é a feição normativa, mesmo porque tal sistemática seria um grave erro.

Nessa concepção, a Constituição se apresenta como o conjunto das forças políticas sociais, de um lado, e a fonte do direito, de outro.¹⁴ A Constituição, pois, representa o compromisso, realizável através do Estado, do povo para consigo mesmo. Este compromisso está, atualmente, registrado no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

E onde estaria a Supremacia da Constituição?

A supremacia da Constituição reside justamente na própria Constituição.

Resultado do Poder Constituinte Originário, a Constituição é o que ela mesma diz ser, não o que os seus falsos reformadores ou inábeis intérpretes dizem que a Constituição deva ser.

Alçada ao topo da ordem jurídica de um Estado e dotada de absoluta coercibilidade¹⁵, é a Constituição quem representa o fio condutor do sistema jurídico, o marco regulatório da elaboração legislativa do país, até mesmo para si, já que constitui o único ente legítimo, democraticamente, para fazê-lo.

Segundo leciona Tavares,

“A Constituição, além de pairar acima de qualquer outra norma jurídica escrita, que não poderá com ela conflitar ou contrapor-se validamente, exerce uma outra sorte de influência, já que igualmente se encontra ela acima de todos os poderes do Estado, posto tratar-se sempre de poderes que foram por ela mesma constituídos e, nessa medida, que a ela devem obediência.”¹⁶

No constitucionalismo moderno, em que prevalece a forma escrita e rígida de Constituição, a supremacia da Constituição desponta, pois, como a conjugação e a realização de dois fatores democráticos: de um lado, do sistema de garantias da liberdade individual, de outro, o ponto de equilíbrio do Princípio da Separação dos Poderes.

O Devido Processo Constitucional e o Controle de Constitucionalidade das Leis e dos Atos Normativos se revelam, nesta ordem de idéias, como os mecanismos garantidores da supremacia da Constituição. O primeiro porque regulamenta o proceder das

¹⁴ 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. p. 13-23.

¹⁵ É a norma fundamental de Kelsen. Cf. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Viena, 1960). Cf. também: HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

ações constitucionais; o segundo porque trata do reconhecimento da hierarquização do ordenamento jurídico, tendo a Constituição no seu ápice.

Nesta ordem, “... a Constituição é, ela mesma, um processo, donde Härbele insistir nessa expressão e em outras do mesmo sentido, tais como compreensão pluralística normativo-processual, alternativas, pluralização da legislação constitucional, pluralidade de intérpretes e força normativa da publicidade”.¹⁷

A adoção, pela Constituição, do paradigma do Estado Democrático de Direito (art. 1º) – não obstante o equívoco do Constituinte Originário ao traçar vizinhança teórico-científica entre o republicanismo e a democracia (como se fossem à mesma identidade) –, obriga cidadãos (toda a população no espaço processual legitimado) e operadores do Direito (Ciência Jurídica) a visitarem, revisitarem e refletirem sobre as Teorias referentes à Democracia, o Processo e a Jurisdição, no contexto da constitucionalidade procedimentalizada, enquanto teorias organizativas e legitimantes do Estado de Direito Democrático adotado pelo Brasil, e da própria Constituição democrática.

A práxis pública de se estabelecer pouca ou baixa tributação sobre renda e patrimônio, e muita ou alta tributação sobre bens de consumo e serviços, cria a exceção através de uma legislação simbólica (já que não aplica os comandos constitucionais da igualdade e da capacidade contributiva), e frustra toda a perspectiva da Constituição-real e sua Supremacia, porque implica em omissão ou ação planejada estatal na não realização dos comandos constitucionais, e isso está na idéia da prática política de Estado denunciada por Foucault como de normalização¹⁸, governamentalidade e práticas de biopoder, vale repetir.

A tributação atual sobre a renda e patrimônio e o Princípio da Capacidade Contributiva, tal qual utilizados pelo Estado Fiscal e dispostos na Constituição de 1988, nos permite esta reflexa foucaultiana quer seja porque a tributação sobre a renda e patrimônio é propositalmente não significativa no sistema tributário brasileiro quer seja porque o Princípio da Capacidade Tributária – também propositalmente – prescreve norma aberta que dispõe que “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica dos contribuintes, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a estes objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos

¹⁶ TAVARES, André Ramos. Tribunal e Jurisdição Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p.7.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 30.

¹⁸ Cf. FOUCAULT, Michel. Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 572p.; Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 474p.

termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes”, um comando que se apresenta de baixa normatividade, às custas da governamentalidade Estatal.

De fato, uma das características básicas da legislação simbólica, segundo Neves, é a de serem legislações-alíbis ou protelatórias, o que significa servirem ao propósito governamental de se estabelecer legislação pró-forma, no sentido de que a norma existe mas não possui ou possui muito pouca eficácia, vindo a não gerar efeitos concretos, portanto, são de baixa normatividade, o que atende a prática Estatal de governamentalidade e de biopoder, já que cria-se perante a sociedade a “... imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade...”¹⁹, não obstante isso esteja ou não corresponda exatamente a realidade social.

Neste espaço governamental, o biopoder se apresenta através de práticas de políticas públicas que atendem a uma lógica de mercado, e a lógica de mercado no caso da pouca ou da baixa tributação sobre a renda e patrimônio está em que o mercado produz verdades que fazem ecoar na sociedade a máxima (voltando ao exemplo da não instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas mas que também se amolda aos demais tributos sobre renda e principalmente patrimônio) de que a tributação sobre Grandes Fortunas (ou a tributação maior sobre o patrimônio a exemplo) é

“...absolutamente contrário aos pressupostos de um sistema que imagine ser justo e técnico. Exalta ânimos e interesse dos políticos, ganha aplausos da mídia e dos leigos, mas na verdade, constitui rematada tolice. Um Imposto de Renda bem configurado faz muito melhor para os fins de justiça social do que essa idéia que, no fundo, revela impulso demagógico ou preconceito contra a riqueza acumulada. A acumulação pessoal da riqueza, em si, constitui um bem, que não, é antagônico ao propósito de redução da pobreza. Os que, peculiar e excepcionalmente, acumulam fortunas, por meios lícitos, e as usam ou empregam, investindo, merecem, isso sim, aplausos. Um imposto dessa natureza não resolveria problema algum e ainda acrescentaria ou agravaria um outro, a evasão ou clandestinação dos patrimônios.”²⁰

Ora, por estas verdades de mercado é injusta a tributação sobre Grandes Fortunas (patrimônio a exemplo) porque isso representaria a negação da igualdade, liberdade e propriedade, princípios caros e sensíveis de um sistema econômico vigorante em quase todo o mundo, o capitalismo, construtor das oportunidades.

Afinal, os ricos são iguais em deveres e direitos constitucionais com os pobres; são os responsáveis pelo fornecimento de trabalho/emprego ao povo; são os responsáveis pelo fornecimento de crédito ao povo; são os responsáveis pela produção dos bens de consumo utilizados pela população; são os exemplos de prosperidade; não podem injustamente ser

¹⁹ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

penalizados por serem ricos (e a tributação sobre Grandes Fortunas seria uma pena para quem tanto contribui para o país).

Neste ótica procedimental de mercado, se alterado o sistema tributário vigente, ou se criados novos obstáculos ao seu funcionamento (criação ou majoração da tributação sobre renda e patrimônio), jamais um metalúrgico atingiria o ápice da classe política no país), pois foi o sistema o responsável por tal fato histórico, e se o Estado Fiscal precisa de novas receitas, é dever de toda a sociedade supri-la, não os ricos.

Estes discursos de verdade é que alimentam as práticas biopolíticas de Estado, que passam a legislar ou não legislar objetivando a manutenção do funcionamento do sistema de mercado tal qual o sistema o quer.

A não instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas ou a baixa tributação sobre renda e patrimônio é resultado destas verdades e das práticas biopolíticas do Estado, a sustentar o *status quo* do mercado, sendo que para o não exercício da competência constitucional para instituir Imposto sobre Grandes Fortunas encontramos uma prática biopolítica omissiva e para a aplicação (mitigada, programática) do Princípio da Capacidade Contributiva uma prática bioplítica ativa, na criação de uma norma constitucional simbólica.

O termo “sempre que possível” nos remete a um programa, que jamais pode ser atingido em sua plenitude, afinal, é a sociedade quem deve sustentar o Estado com receitas derivadas, pelo que a tributação deve recair sobre todos, sem distinção de raça, credo, cor, opção sexual, origem e classe social.

A justiça tributária feita pelo Estado Fiscal é uma justiça de mercado (conforme os interesses e necessidades do mercado).

Neste contexto, a superação destas verdades, e das práticas biopolíticas, só pode ser batida se o povo for realmente livre, consciente e responsável pelas coisas de Estado, pelo que

“A agenda das sociedades contemporâneas – centrais e periféricas – que se pretendem um Estado Democrático de Direito indica a necessidade incontornável de superação dos jogos biopolíticos de dominação e seus processo de constitucionalização simbólica que, antes de buscarem afirmar direitos subjetivos, reproduzem uma normatividade autoritária e protelatória dos direitos, uma normatividade normalizadora”.²¹

²⁰ ARANHA, Luiz Ricardo Gomes. Direito Tributário: apreendendo. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 231/232.

²¹ Cf. GONTIJO, Lucas de Alvarenga e ARCELO, Adalberto Antônio Batista. A BIOPOLÍTICA NOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIRTEITO: A REPRODUÇÃO DA SUBCIDADANIA SOB A ÉGIDE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em www.conpedi.org.br. Data: 18/04/2011.

A hermenêutica do si e a hermenêutica do sujeito²², tendo como ponto de partida a liberdade do povo de se reinventar e de produzir contrapoder às práticas biopolíticas, pode ser o caminho da emancipação deste estado de sujeição em que o povo brasileiro se encontra frente aos instrumentos de tributação do Estado Fiscal, que não produz efetiva distribuição de riqueza e não confere democracia tributária à sociedade civilmente organizada.

Se a Constituição, ao lado da competência tributária, estabeleceu o Princípio da Capacidade Contributiva a revelar comando constitucional garantidor de uma tributação democrática, pautada na capacidade econômica, na pessoalidade, e na igualdade entre os contribuintes e responsáveis tributários, cumpre ao povo exigir do Estado uma práxis pública que atenda a Constituição e não ao mercado.

Para tanto, a ação democrática popular necessária para romper à práxis estatal que controla a sociedade pela tributação pode-se utilizar da Teoria do Discurso (amplo e irrestrito a favor da democracia) de Habermas, como instrumento libertador.

Pela Teoria do Discurso, pautada “... no conceito de procedimento ideal para deliberação e tomada de decisão”, uma tributação democrática seria construída através das “... regras do discurso e às formas de argumentação”, daí surgindo uma legislação tributária não simbólica e não controladora da sociedade, cuja validade e eficácia se faria não apenas pela Lei mas pelo sentimento social de justiça tributária, dado que “... o conteúdo normativo surge da própria estrutura das ações comunicativas”²³.

Esta legislação tributária, representativa do autêntico sentimento popular, e pautada por um “... modelo da ação orientada ao entendimento”²⁴, possibilitaria a racionalidade do Direito e da Democracia, já que construída por um povo livre, consciente e responsável, que busca o autêntico Estado Democrático de Direito declarado na Constituição, um Estado Democrático de Direito que seja fomentador de normas não simbólicas e de uma prática biopolítica determinada pelo próprio povo.

Tal proceder público, mecanismo emancipador do povo e do Estado frente ao mercado, propiciaria a aplicação, à sociedade organizada, da Constituição-real declarada na Constituição, de bases essencialmente democráticas, e amparada em um sistema tributário que efetivamente propicie a todos igualdade tributária e uma tributação que possibilite razoável e

²² Cf. FOUCAULT, Michel. História da sexualidade. Tradução Maria Thereza Albuquerque e Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2005. 152p.

²³ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução de Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. Caderno da Escola do Legislativo. Belo Horizonte, n. 3, jan.-jun., 1995, p. 115.

²⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Processual da Decisão Jurídica. São Paulo: Landy, 2002. p. 102.

proporcionalmente tributar os iguais na medida de suas desigualdades, em face de suas capacidade contributivas.

Assim, a sociedade deve se organizar e estabelecer suas próprias práticas de controle social, através de um discurso democrático e livre de amarras Estatal e do mercado, como procedimento ideal de tomada de decisões. Eis, portanto, um desafio ao povo e ao Estado Democrático de Direito brasileiro.

Referências bibliográficas.

AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. São Paulo: Bointempo, 2003.

ARANHA, Luiz Ricardo Gomes. Direito Tributário: apreendendo. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

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.

FOUCAULT, Michel. Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 572p.

FOUCAULT, Michel. Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 474p.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade. Tradução Maria Thereza Albuquerque e Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2005. 152p.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga e ARCELO, Adalberto Antônio Batista. A BIOPOLÍTICA NOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIRTEITO: A REPRODUÇÃO DA SUBCIDADANIA SOB A ÉGIDE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em www.conpedi.org.br. Data: 18/04/2011.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução de Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. Caderno da Escola do Legislativo. Belo Horizonte, n. 3, jan.-jun., 1995.

LASSALLE, Fernando. Que es una Constitución? Buenos Aires: Siglo Veinte, 1957.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. Conceito e Qualidade da Constituição. In: Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Viena, 1960).

LEAL, Rosemiro Pereira. Soberania e Mercado Mundial: a crise jurídica das economias. Leme(SP): Editora de Direito, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Processual da Decisão Jurídica. São Paulo: Landy, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. 1. ed. 2ª. Tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 263p.

OPUSKA, Paulo Ricardo. AGAMBEN E O ESTADO DE EXCEÇÃO: UMA MEDIAÇÃO ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL E O VAZIO. Disponível em <http://www.uniguacu.edu.br/deriva/Ensaios/docente/AGAMBENE0ESTADODEEXCECAOa rtigoPauloOpuszka.pdf>. Data: 18/04/2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 146.733-STF, Rel. Moreira Alves; RE 138.284-STF, Rel. Carlos Velloso; ADC-1, Rel. Moreira Alves. Disponível em www.stf.org.br. Data: 18/04/2011.

TAVARES, André Ramos. Tribunal e Jurisdição Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; revisão técnica de Gabriel Cohn. – Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1991.