



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito

**GUSTAVO SALTON ROTUNNO ABREU LIMA DA ROSA**

**DIREITOS E JUSTIÇA À LUZ DO REALISMO DO CUSTO DOS DIREITOS (2019)  
E DO MITO DA PROPRIEDADE (2005)**

**BRASÍLIA  
2021**

**GUSTAVO SALTON ROTUNNO ABREU LIMA DA ROSA**

**DIREITOS E JUSTIÇA À LUZ DO REALISMO DO CUSTO DOS DIREITOS (2019)  
E DO MITO DA PROPRIEDADE (2005)**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Dr. Arnaldo Sampaio Moraes Godoy de Oliveira

**BRASÍLIA  
2021**

**GUSTAVO SALTON ROTUNNO ABREU LIMA DA ROSA**

**DIREITOS E JUSTIÇA À LUZ DO REALISMO DO CUSTO DOS DIREITOS (2019)  
E DO MITO DA PROPRIEDADE (2005)**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Dr. Arnaldo Sampaio Moraes Godoy de Oliveira

**BRASÍLIA, OUTUBRO, 2021**

**BANCA AVALIADORA**

---

**Professor Orientador**

---

**Professor(a) Avaliador(a)**

## **DIREITOS E JUSTIÇA À LUZ DO REALISMO DO CUSTO DOS DIREITOS (2019) E DO MITO DA PROPRIEDADE (2005)**

**Gustavo Salton Rotunno Abreu Lima da Rosa**

**Resumo:** Neste artigo, apresentamos a visão do realismo de Holmes e Sunstein (2019) presente na obra “O Custo dos Direitos” e a visão de Murphy e Nagel presente na obra “O Mito da Propriedade”, buscando, através dos elementos a elas comuns, apresentar uma análise acerca da dependência que existe entre os direitos e os tributos, bem como sobre quais são os elementos de justiça aplicáveis a um sistema de tributos. Ao final deste trabalho, também apresentamos algumas conclusões a que chegam esses autores, buscando estabelecer um diálogo entre ambas as obras.

**Palavras-chave:** Realismo jurídico norte americano. Custo dos direitos. Tributos e justiça.

## Sumário

Introdução.....	5
1. Tributos, Estado de Guerra, Direitos e Justiça sob uma Perspectiva Realista	5
2. Os Direitos, seus Custos e Limitações.....	8
3. A Justiça, a Propriedade e os Impostos.....	12
4. As Repercussões Conjuntas das Ideias Apresentadas.....	17
Considerações Finais.....	19
Referências.....	21

## Introdução

Este artigo aborda a visão realista de Holmes e Sunstein (2019) e de Murphy e Nagel (2005) acerca de como os direitos em geral são dependentes dos tributos, bem como quais são os elementos possíveis de serem utilizados em uma avaliação de justiça do sistema de tributos. Decidiu-se utilizar as obras acima citadas em função de que partem de pressupostos comuns e utilizam-se de critérios argumentativos similares, apesar de cada uma possuir objeto distinto.

No primeiro capítulo abordamos o contexto em que as obras se situam e apontamos um elemento comum de análise presente em ambos os discursos. No segundo capítulo apresentamos com maior profundidade a abordagem proposta por Holmes e Sunstein (2019) acerca do custo dos direitos, trazendo a noção de que estes dependem dos tributos para existir.

No terceiro capítulo apresentamos as noções de justiça no sistema de tributos proposta por Murphy e Nagel (2005), que afastam a aplicação de critérios que dependam de uma situação hipotética em que o governo não existe e afirmam que a justiça em relação a tributos somente pode ser avaliada no contexto pós gasto do governo. No quarto capítulo, abordamos ambas as obras e, do conjunto de suas noções, apresentamos algumas consequências da aplicação dessas concepções.

Ao final, tecemos considerações finais, salientando a importância do prisma do realismo adotado por esses autores para fins de uma interpretação tangível da realidade.

### **1. Tributos, Estado de Guerra, Direitos e Justiça sob uma Perspectiva Realista**

É impossível pensar a existência de uma instituição que disciplina o funcionamento da sociedade sem os recursos necessários para a consecução de suas finalidades. Os ingressos financeiros constituem, portanto, uma condição *sine qua non* para o funcionamento do Estado.

Conforme afirma Paulsen (2013, p. 15),

[a] tributação é inerente ao Estado, seja totalitário ou democrático. Independentemente de o Estado servir de instrumento da sociedade ou servir-se dela, a busca por recursos privados para a manutenção do Estado é uma constante na história.

Essa análise põe em foco a questão da dependência do Estado em relação aos setores responsáveis por administrar tributos. É o que Baleeiro (2010, p. 1) assim assentou:

O tributo é vetusta e fiel sombra do poder político há mais de 20 séculos. Onde se ergue um governante, ela se projeta sobre o solo de sua dominação. Inúmeros testemunhos, desde a Antiguidade até hoje, excluem qualquer dúvida

Dentro das inúmeras possibilidades de interpretação dessa realidade, há aquela provida por parte da escola do realismo jurídico norte americano. É importante, antes de adentrarmos ao tema específico deste artigo, enfatizarmos que essa escola parte da ideia de que juízes (e demais aplicadores das normas) primeiro decidem para depois aplicarem modelos lógicos-rationais que fundamentam e ostentam em suas decisões (GODOY, 2013, p. 15).

Essa premissa tem em conta o fato de que o pensar jurídico deve ser entendido como ferramenta da vida real e essa finalidade permeia o raciocínio do realismo jurídico norte americano. A escola em questão nasce da crítica ao fato de que, nos EUA, a partir do início do século XX, o direito havia se descolado da realidade, o que pode ser sintetizado na seguinte frase proferida por Oliver Wendell Holmes Jr: “a razão do direito não tem sido a lógica: tem sido a experiência” (HORWITZ, 1992, p. 110, tradução livre).

Ao longo dos anos, o realismo jurídico norte americano deu origem ao movimento *critical legal studies* e ao movimento “direito e economia”, escolas com pontos de vista contrários entre si, razão pela qual esse desenrolar dos fatos foi interpretado pelo que se designa teoria da ferradura (GODOY, 2005, n.p.). Lateralmente a isso surge, a partir da década de 1990, novas perspectivas sob a ideia do direito como ferramenta da vida real, entre as quais nos interessam as obras de Cass R. Sunstein e Stephen Holmes (O Custo dos Direitos, 2019) e de Liam Murphy e Thomas Nagel (O Mito da Propriedade, 2005).

O contexto presente em ambas essas obras que interessa a esse artigo é o

fato de que elas utilizam a ideia de que sem tributos não há quaisquer direitos ou mesmo liberdades. A inexistência da arrecadação leva à inexistência do próprio Estado, o que acaba por levar a sociedade a um estado de barbárie.

Salienta-se que raciocínio similar já foi utilizado por diversos autores importantes, entre os quais está, por exemplo, Hobbes (2003, p. 109), ao justificar o Estado monarquista na seguinte passagem:

(...) durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de mantê-los todos em temor respeitoso, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens.

Outro distinto autor que podemos citar é Rousseau (2006, p. 20), sob seu próprio viés iluminista, na seguinte passagem:

Suponho que os homens tenham chegado àquele ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza sobrepujam, por sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para se manter nesse estado. Então, esse estado primitivo já não pode subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse seu modo de ser.

Tanto na obra de Hobbes, quanto na obra de Rousseau, o argumento da barbárie foi explorado para justificar a existência do Estado. Por outro viés, o realismo jurídico norte americano utiliza-se desse argumento para justificar a tributação e tem, com isso, chegado a conclusões bastante promissoras.

Por exemplo, Holmes e Sunstein (2019, p. 187), investindo esforços acerca da natureza dos direitos, afirmam que

Os direitos dos norte-americanos não são nem dons de Deus nem frutos da natureza; não se garantem por si mesmos e não podem ser protegidos de modo confiável por um Estado insolvente ou incapaz; não constituem necessariamente um estímulo ao egoísmo irresponsável; não implicam que os indivíduos sejam capazes de assegurar sua liberdade pessoal sem a cooperação da sociedade; e não são pretensões inegociáveis.

Uma abordagem mais adequada dos direitos parte de uma premissa surpreendentemente simples: toda liberdade privada tem um custo público.

Já Murphy e Nagel (2005, p. 238), buscando uma resposta acerca do que



poderia ser considerado uma política tributária justa à luz das diversas teorias da justiça, chegam à peculiar conclusão de que

(...) o valor que orienta a política fiscal não pode ser a justiça tributária, mas sim a justiça social, e de que os direitos de propriedade são convencionais: em grande medida, são o produto de políticas tributárias que têm de ser avaliadas por critérios de justiça social; por isso mesmo, não podem ser usados para determinar quais impostos são justos e quais não são.

Sob essa abordagem, tanto pelo enfoque da justiça tributária, quanto pelo enfoque da essência dos direitos, é possível concluir que a liberdade privada e a justiça são bastante dependentes dos esforços públicos. Tendo-se estabelecido o critério de análise utilizado nessa exposição, passamos a apresentar, no capítulo segundo, a noção de que os direitos e a liberdade decorrem dos tributos e, no capítulo terceiro, uma discussão sobre justiça tributária.

## **2. Os Direitos, seus Custos e Limitações**

Esse capítulo é dedicado à apresentação da visão de Holmes e Sunstein (2019) acerca do custo dos direitos.

A análise desses autores parte da premissa (bastante realista) de que os direitos são pretensões sociais concretizadas. Estas, por sua vez, dependeriam da atuação do Estado e, principalmente, dos tributos que possibilitam essa atuação.

A primeira abordagem dada por Holmes e Sunstein (2019) ao tema é a recusa da tradicional distinção dos direitos entre aqueles com natureza de direitos positivos e aqueles com natureza de direitos negativos. Essa distinção é bem resumida na seguinte lição de Bobbio (2004, p. 14-15):

Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas.

Essa visão deriva, em grande parte, das regras jurídicas que determinam, em seus verbos nucleares, deveres de agir ou deveres de se abster. É dito, inclusive, haver grande antagonismo entre as duas naturezas jurídicas descritas, o que, na lição de Bobbio (2004, p. 15), significa que eles

[s]ão antinômicos no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral dos outros. Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos.

Ao adentrar essa temática, Holmes e Sunstein (2019, p. 6) lembram da característica de que os direitos possuem eficácia, possuindo capacidade de produzir efeitos concretos no mundo prático. Assim, não seria possível haver direito sem o remédio jurídico correspondente à sua violação, ideia que Holmes e Sunstein (2019, p. 30) justificam nos seguintes termos:

Os indivíduos só gozam de direitos no sentido jurídico, e não apenas no sentido moral, quando as injustiças de que são objeto são reparadas pelo Estado de maneira justa e previsível. Essa realidade simples já revela o quanto é insuficiente a distinção entre direitos negativos e positivos. O que ela demonstra é que todos os direitos passíveis de imposição jurídica são necessariamente positivos.

Isto é, mesmo nos direitos tipicamente decorrentes da liberdade privada, como é a possibilidade de contratar entre particulares ou, quando, da livre ação de quaisquer um de nós, resultar dano a outrem, haveria a necessidade de interpretação e garantia, inclusive por meios coercitivos, desses direitos. O mesmo entendimento poderia ser aplicado aos direitos constitucionais fundamentais que, para existirem, necessitam de ação governamental para determinar que autoridades ajam, se abstenham de agir ou, principalmente, sejam punidas por terem inobservado seu dever.

Ao explicar esse contexto, Holmes e Sunstein (2019, p. 41-42) dispõem que

[o]s direitos implicam invariavelmente um confronto entre dois poderes. Na responsabilidade civil, os direitos valem-se do poder do Estado para extorquir indenizações compensatórias ou punitivas de pessoas que cometeram injustiças no âmbito privado. No direito constitucional, os direitos empregam o poder de um dos ramos do Estado contra os malfeitores pertencentes a outros órgãos do mesmo Estado. (...) Portanto, a proteção "contra" o governo é impensável sem a proteção oferecida "pelo" governo.

Um segundo ponto abordado por esses autores adicionado a essa explicação é o fato de que qualquer ação do governo possui um custo. Isso significa que os direitos e garantias “apenas são passíveis de proteção porque há uma estrutura financeira que assegura a existência de instituições que têm por função executar os comandos constitucionais no que se refere à realização do Estado” (PISCITELLI, 2018, n.p.). Esse argumento possibilitaria estabelecer uma profunda dependência dos direitos ao organismo impositivo estatal mantido pelo público.

No caso brasileiro, por exemplo, segundo o Tesouro Nacional, somente em 2020 foram liquidados pela União na função orçamentária de Segurança Pública o montante de R\$ 11.225.169.000,00<sup>1</sup>, que corresponde apenas à fração das suas competências relativas a essas atividades (Constituição Federal, de 1988, art. 144, I a III e VI e §§1º a 3º e 5º-A<sup>2</sup>). Aplicando-se a isso a análise anterior, significaria afirmar que os direitos e garantias relacionados à prevenção e repressão do tráfico ilícito de entorpecentes, à segurança aeroportuária e de fronteiras, à segurança nas rodovias federais são obras da arrecadação e do gasto desses valores.

É possível, ainda, aplicando esse entendimento às demais áreas de atuação estatal, concluir que quaisquer direitos somente existem por obra da atividade do Estado, mormente a atividade legislativa que o define e a atuação de autoridades judiciárias e executivas que o aplicam. Justifica esse ponto de vista o argumento de que, na inexistência desse aparato, o que existe não é livre-iniciativa, mas a barbárie (HOLMES E SUNSTEIN, 2019, pg. 56).

Em outras palavras, a materialização dos direitos e garantias somente se revelaria possível através dos organismos estatais, o que implica um custo ao contribuinte para mantê-los. Especificamente no caso da União, em 2020, os valores totais liquidados para manutenção da administração direta, autárquica e fundacional representaram a impressionante cifra de R\$ 2.876.194.763.000,00<sup>3</sup>, o que pode ser

---

<sup>1</sup> BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO). p. 17. Disponível em: [https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relatorio-resumido-da-execucao-orcamentaria-rreo/2020/12?ano\\_selecionado=2020](https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relatorio-resumido-da-execucao-orcamentaria-rreo/2020/12?ano_selecionado=2020). Acesso em: 21/09/2021.

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21/09/2021.

<sup>3</sup> BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO). p. 16. Disponível em: [https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relatorio-resumido-da-execucao-orcamentaria-rreo/2020/12?ano\\_selecionado=2020](https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relatorio-resumido-da-execucao-orcamentaria-rreo/2020/12?ano_selecionado=2020). Acesso em: 21/09/2021.

entendido como o custo de se manter todos os direitos e garantias por ela tutelados e que inexisteriam sem a atuação dela.

Holmes e Sunstein (2019, p. 37) salientam que mesmo os direitos contra o Estado necessariamente envolvem a atuação do próprio Estado. No Brasil, são exemplos desses direitos os remédios constitucionais do *habeas corpus*, *habeas data* e mandado de segurança<sup>4</sup>, que determinam o controle judicial de atos de autoridades que violam a liberdade de locomoção, de informação e outros direitos líquidos e certos. Tamanha é a força desse último instituto que Streck (2018, n.p.) afirma o seguinte:

Vale dizer que a concepção do mandado de segurança como um direito fundamental vincula o Estado (aí pensado não só o Poder Executivo, mas também, e especialmente, o Judiciário e o Legislativo) a conferir a essa figura a maior eficácia possível. Elimina-se, com isso, a possibilidade de outorgar qualquer interpretação ao procedimento do mandado de segurança – não extraída diretamente do texto constitucional – que possa limitar, inviabilizar ou neutralizar seu uso em caso específico.

Não somente esses institutos visam salvaguardar os direitos dos cidadãos contra ações ou omissões estatais, havendo vários outros exemplos na nossa Constituição Federal. No entanto, um terceiro ponto que se suscita na abordagem proposta por Holmes e Sunstein (2019) diria que o fato de esses direitos lá estarem previstos não significa que eles sejam efetivamente existentes ou mesmo pretensões pétreas e irrenunciáveis.

Holmes e Sunstein (2019, pg. 70) são claros ao definir que a Constituição “só protege os indivíduos contra a ação de outros particulares quando o governo de algum modo autoriza, encoraja ou patrocina essa ação ou se envolve de maneira significativa em sua consecução”. Soma-se a isso o fato de que nada que custe dinheiro pode ser absoluto, uma vez que os recursos disponíveis são sempre limitados. Ao juntar essas duas premissas, Holmes e Sunstein (2019, pg. 78) afirmam que, entendidos por esse prisma, quaisquer direitos somente podem ser pretensões relativas limitadas à possibilidade de atuação do aparato estatal financiado pela sociedade.

Adotando-se esse entendimento, quaisquer direitos, inclusive os direitos à

---

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º, LXIX, LXX, LXXII e LXXVII. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21/09/2021.

vida, à igualdade, à liberdade da manifestação do pensamento, à resposta, à liberdade de crença<sup>5</sup> não seriam absolutos. Isso porque eles somente produziriam efeitos concretos no mundo prático na medida em que sejam arrecadados tributos e estes sejam destinados ao financiamento de um organismo estatal capaz de impor a observância desses direitos.

Ao rapidamente adentrarmos à matéria afeta ao custeio estatal, para fins de justificar o último ponto que suscitamos da análise de Holmes e Sunstein (2019), infere-se que, no ordenamento pátrio, a base para arrecadação de tributos encontra limites na capacidade contributiva, que é, para Coêlho (2000, p. 79), “a possibilidade econômica de pagar tributos (*ability to pay*)”. Acerca da base tributável, é natural o entendimento de que não há possibilidade de arrecadar em montantes maiores que a riqueza nela disponível, o que determinaria um limite insuperável à garantia irrestrita de direitos.

É esse limite insuperável que elucida o caráter relativo dos direitos, que serão mais ou menos presentes na medida em que o estado arrecadar e direcionar mais ou menos recursos para tanto. Holmes e Sunstein (2019, p. 99) sintetizam esse ponto ao inferir que mesmos os interesses mais profundos da sociedade não escapam da necessidade de passarem pelo crivo orçamentário, que define a amplitude e extensão em que eles existirão, sendo assim, aspirações da sociedade que, a depender do contexto real, serão ou não atendidas.

### **3. A Justiça, a Propriedade e os Impostos**

Apresentou-se até aqui o ponto de vista de que os direitos possuem custo, bem como não pretensões absolutas na medida em que são limitados por uma realidade orçamentária e arrecadatória. Neste capítulo, através de uma abordagem semelhante, apresentar-se-á uma discussão sobre justiça e tributos proposta por Murphy e Nagel (2005), que rechaçam certas noções predominantes no âmbito tributário, firmando o entendimento de que somente os resultados após o governo

---

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º, I, IV, V e VI. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21/09/2021.

arrecadar e gastar que podem ser avaliados como justos ou não justos.

O primeiro elemento abordado por esses autores diz relação à equidade vertical e horizontal, que deveriam permear o sistema tributário. Ambos são expressamente adotados no nosso ordenamento pátrio, que prevê, respectivamente, que “os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte” e que é vedado “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente (...)”<sup>6</sup>.

A equidade horizontal se mostra, nas palavras de Baleeiro (2010, p. 863), na vedação à distinção entre quem possui as mesmas forças econômicas. Já a equidade vertical, conforme Paulsen (2013, p. 51), significa que a carga tributária deve incidir mais fortemente na medida em que maior for a demonstração de riqueza.

A análise proposta por Murphy e Nagel (2005, p. 19-20) suscita que a busca pela equidade vertical de forma isolada é um critério de avaliação incompleto, já que não são observados o destino que se dá aos recursos arrecadados. Essa incompletude da análise, ou miopia na linguagem autoral, é exemplificada por Murphy e Nagel (2005, p. 20-21) da seguinte forma:

(...) se fossem levados em conta todos os benefícios prestados pelo governo, sem exceção alguma, constataríamos que quase ninguém tem de arcar com um ônus líquido imposto pelo governo. Seríamos obrigados a concluir que a questão da justa distribuição das cargas tributárias não pode ser separada de uma questão mais geral: a de saber se o governo efetua ou não a justiça distributiva.

A aludida miopia residiria no fato de que, para ser possível a análise da equidade vertical e horizontal da tributação de forma isolada, ter-se-ia que adotar um parâmetro. Nesse sentido, dever-se-ia imaginar uma distribuição hipotética inicial de recursos em uma fase pré-tributária para fins de comparabilidade (MURPHY E NAGEL, 2005, p. 21).

Na abordagem proposta por esses autores, somente a partir disso que poderia ser realizada a avaliação do resultado após a tributação. Como exemplo, ao avaliar o critério de equidade na incidência de imposto sobre a renda de pessoas físicas, poder-

---

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 145, §1º e art. 150, II. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21/09/2021.

se-ia questionar a alíquota que incide sobre ganhos de capital na alienação de bens ou direitos, de 15%, para os ganhos que não ultrapassam R\$ 5 milhões, a 22,5%, para os ganhos que ultrapassam R\$ 30 milhões<sup>7</sup>, e a alíquota incidente sobre os rendimentos sujeitos à tabela<sup>8</sup>, que variam de 0% a 27,5%.

No primeiro caso, o indivíduo possuiria 100% de sua renda no momento pré-tributário e 77,5% no momento pós-tributário, caso aufera ganho de capital sujeito à alíquota máxima, ou um pouco mais de 72,5%, caso aufera somente rendimentos sujeitos à tabela. Seriam esses os resultados que poderiam ser comparados frente a uma situação inicial para fins dos critérios de equidade vertical e horizontal.

Ocorre que essa noção de que o indivíduo possuía algo na situação pré-tributária começa a encontrar obstáculos na ideia de que o direito sobre a renda e o patrimônio pessoal só pode existir na medida em que há tributos sendo arrecadados (HOLMES E SUNSTEIN, 2019). Murphy e Nagel (2005, p. 46) também concordam com essa ideia ao argumento de que a situação pré-tributária seria similar ao estado de guerra hobbesiano, uma situação catastrófica, e a situação pós-tributária pareceria ser melhor e mais justa que a inicial, seja ela qual for:

Não existe mercado sem governo e não existe governo sem impostos; o tipo de mercado existente depende de leis e decisões políticas que o governo tem de fazer e tomar. Na ausência de um sistema jurídico sustentado pelos impostos, (...) não haveria nenhuma das instituições que possibilitam a existência de quase todas as formas contemporâneas de renda e riqueza.

Esses autores, utilizando-se desse raciocínio, confrontam uma série de ideias de justiça, as quais passamos a apresentar pontualmente.

A primeira é a conclusão do ponto já suscitado de que deve prevalecer no ordenamento tributário a equidade vertical e horizontal. São elencadas, para análise disso, as ideias de que se deve tributar mais quem aufera maiores benefícios econômicos, de que se deve tributar mais quem tem maiores talentos ou de que se

---

<sup>7</sup> BRASIL. Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, art. 21. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8981.htm#art21](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8981.htm#art21). Acesso em: 21/09/2021.

<sup>8</sup> BRASIL. Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018, art. 76 e art. 79. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm#anexoart134](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm#anexoart134). Acesso em: 21/09/2021.

deve tributar igual a todos.

Haveria aí a noção de que todas essas proposições se resolveriam exclusivamente no âmbito da tributação, sem ser necessário observar os resultados da aplicação dos recursos. Isso esbarraria no seguinte argumento proposto por Murphy e Nagel (2005, p. 43):

(1) Se a ideia de tributação segundo a capacidade contributiva se concretiza pelo princípio da igualdade de sacrifícios, ela depende da noção radical de que a distribuição de bem-estar produzida pelo mercado é justa por pressuposto. (2) Se, pelo contrário, a ideia de tributação de acordo com a capacidade contributiva é entendida em função da noção de que a justiça exige uma redistribuição outra que não a efetuada pelos retornos de mercado, o objetivo da equidade vertical da tributação não tem sentido fora do contexto mais geral da justiça dos gastos do governo.

A abordagem desses autores sugere, em um primeiro momento, que a justiça da equidade vertical e horizontal somente poderia fazer sentido se avaliado o resultado pós-tributário, incluindo aí o resultado dos gastos do governo. Essa conclusão poderia justificar a noção de que certos sistemas que impõem uma carga tributária bastante elevada podem ser considerados mais justos que outros, que possuem carga tributária inferior: traz-se aqui, a título de exemplo, os casos da Dinamarca e México<sup>9</sup>.

Uma segunda noção de justiça parte do pressuposto de que quaisquer intervenções governamentais na renda individual são injustas. Isso é rechaçado de plano porque os impostos são elemento intrínseco do sistema de propriedades e a ideia de um direito natural e isolado à propriedade não faria sentido para Murphy e Nagel (2005, p. 51).

As próximas ideias de justiça adentram o campo dos fins legítimos que justificam o sistema de impostos. Suscita-se disso a existência de duas correntes: uma consequencialista, para a qual o critério de avaliação da justiça é o benefício líquido auferido por determinado instituto, e outra deontológica, para a qual existem outros critérios não consequencialistas justificantes (MURPHY e NAGEL, 2005, p. 57-58).

---

<sup>9</sup> OECD. *Data: Tax Revenue*. Disponível em: <https://data.oecd.org/tax/tax-revenue.htm>. Acesso em: 21/09/2021.



A corrente consequencialista, terceira noção de justiça discutida, pode ser bem ilustrada pela escola utilitarista, para a qual “o objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor” (SANDEL, 2012, p. 48). Na visão de Murphy e Nagel (2005, p. 70), verificar justiça através desse pressuposto consequencialista não é possível uma vez que, para ser medido uma melhora ou piora na felicidade geral, é necessária uma situação de comparação, o que, conforme já foi exposto, inexistiria quando o elemento objeto de análise são os próprios tributos.

Sobram, portanto, aquelas teorias que avaliam a legitimidade por outros critérios, quarta noção de justiça que elencamos. Dentre essas, salienta-se a noção de Rawls, para quem a justiça distributiva não é questão de compensar a virtude ou mérito moral, mas de atender às expectativas legítimas que existem quando são definidas as regras do jogo (SANDEL, 2012, p. 199). Esse raciocínio não contrariaria, *per se*, as noções anteriormente apresentadas desde que ele seja aplicado ao contexto pós-tributário.

Sobre essa temática, argumentam Murphy e Nagel (2005, p. 98) o seguinte:

Todas as questões normativas acerca de quais impostos são justificados e quais não são devem antes ser interpretadas como questões acerca de como o sistema deve definir os direitos de propriedade que surgem em virtude das diversas transações - emprego, legado, contrato, investimento, compra e venda - sujeitas à tributação.

Esses autores reforçam, assim, o argumento de que a justiça envolve necessariamente o arranjo pós-tributário, não se podendo imaginar a propriedade individual (bem como outros direitos) como algo arrancado do indivíduo pelos impostos na situação pré-tributária, mas como algo criado através da tributação. Para esses autores, a verdadeira justiça residiria nos efeitos pós-tributários e especificamente na política que cobriria de forma satisfatória os custos dos serviços governamentais e ao mesmo tempo promoveria uma justiça socioeconômica (MURPHY e NAGEL, 2005, p. 225).

Um dos critérios mais aceitos por eles é a ideia de que se deve buscar uma base fiscal distributiva, privilegiando os menos favorecidos. Visão essa que coaduna com o fato de que os impostos não podem ser vistos como algo que se retira das pessoas, mas um rearranjo de recursos em relação ao que elas teriam em um sistema

menos redistributivo (MURPHY e NAGEL, 2005, p. 240).

#### **4. As Repercussões Conjuntas das Ideias Apresentadas**

Identificou-se, nos capítulos precedentes, que tanto o ponto de vista de que os direitos são custos (ou tributos) materializados, quanto de que uma justiça tributária deve observar aspectos de justiça distributiva partiram de premissas comuns. Dessa forma, ambas essas abordagens dialogam entre si, embora não o façam explicitamente. No ímpeto de fazer esse debate ocorrer, dedicou-se esse capítulo à apresentação das implicações conjuntas de ambas as obras.

O primeiro ponto que se apresenta é a ênfase que Murphy e Nagel (2005) dão a uma política distributiva para o provimento das necessidades dos menos favorecidos. Uma das críticas comumente feitas a essa proposição é a de que um Estado provedor reduz a responsabilidade dos indivíduos em buscar o progresso.

É de se destacar que a análise feita por Holmes e Sunstein (2019) recusa a ideia acima colocada sob o argumento de que estabelecer direitos seria reforçar a responsabilidade coletiva em mantê-los. Contrariando a noção de que “as pessoas se viciam em direitos”, é arguido que a própria responsabilidade pode ser entendida como um resultado do sistema jurídico: o governo, ao gastar de forma responsável o que se arrecada de forma justa, também alimenta a “virtude cívica” e o progresso individual (HOLMES E SUNSTEIN, 2019, p. 120).

Assim, a responsabilidade individual em buscar o progresso, portanto, sairia fortalecida ao se instituir direitos. Principalmente se os direitos estabelecidos forem aqueles distributivos que MURPHY e NAGEL (2005) tanto defendem.

É essa noção que surge desse outro corolário das abordagens apresentadas: uma das grandes funções da tributação é determinar os recursos que estão sobre controle do governo e realizar a divisão do produto social (MURPHY e NAGEL, 2005, p. 101). Acerca disso, Holmes e Sunstein (2019, p. 159) salientam que o estabelecimento de direitos ocorre normalmente de forma a estabilizar as relações sociais, *verbatim*:

Como impedir que as pessoas sem propriedades - e esta pergunta se refere à forma mais básica de cooperação social - saqueiem as que as possuem? A justiça penal ajuda a preservar a riqueza acumulada por particulares, não somente contra a cobiça dos inescrupulosos, mas também contra a indignação dos pobres.

Para essa visão, a ordem jurídica dependeria de um mínimo de esforços e concessões daqueles que são os maiores beneficiários dos direitos instituídos aos mais desfavorecidos (HOLMES E SUNSTEIN, 2019, p. 160):

Os menos favorecidos terão muito mais facilidade de contribuir para o bem comum se acreditarem que também os mais privilegiados estão fazendo a sua parte. (...) Até os mais ardorosos defensores da propriedade privada podem tentar garantir que todos tenham acesso a níveis básicos de alimento e abrigo.

É de se notar que essa ideia também ressoa na obra de Murphy e Nagel (2005, p. 129-130), *in litteris*:

“o esquema tributário justo é aquele que se insere num conjunto de instituições econômicas que, em sua totalidade, produzem resultados sociais eficientes e justos”.

Nessa toada, ambas as obras concordam e sustentam que a garantia de padrões mínimos e socialmente justos é vital para a manutenção da sociedade. Sem esses padrões, a própria manutenção da coesão social ficaria desguarnecida, bem como os direitos dos mais favorecidos.

Por fim, completando esse raciocínio, também se salienta que é resultado das análises apresentadas a ideia de que a liberdade individual pode ser compreendida como a dependência de um conjunto de direitos liberais, os quais não existiriam caso os impostos não fossem arrecadados e o Estado não atuasse na defesa dessas liberdades (HOLMES E SUNSTEIN, 2019, pg. 174). Ao lado disso, Murphy e Nagel (2005, pg. 188) ponderam que um critério válido de justiça deve observar os efeitos sociais do arranjo de direitos atribuídos.

À luz disso, seria possível estabelecer o que pode ser entendido como o moderno acordo de classes: uma combinação de direitos de propriedade e direitos de bem-estar social característicos dos regimes liberais-democráticos que pacificam e orientam a sociedade em busca da prosperidade (HOLMES E SUNSTEIN, 2019, pg. 177).

## Considerações Finais

Partiu-se da noção geral da imprescindibilidade dos tributos através do realismo de Holmes e Sunstein (2019) para apresentarmos, em um primeiro momento, uma noção acerca da natureza dos direitos. Nessa abordagem, tendo em vista que quaisquer direitos somente existiriam se garantidos por uma estrutura Estatal e que esta somente possuiria condições de operar através dos impostos, concluiu-se que os direitos somente existem na medida em que os tributos são arrecadados.

Sabendo-se que os recursos são finitos, é consequência dessa análise que os próprios direitos não podem ser pretensões absolutas, já que são garantidos na extensão dos recursos aplicados na sua manutenção. Tendo em conta essa conclusão, adentrou-se à análise de Murphy e Nagel (2005) acerca do que seriam critérios de justiça aplicáveis dentro desse sistema de arrecadação de recursos.

Para fins dessa abordagem, esses critérios não podem passar pela comparação de situações pré-tributárias e pós-tributárias. Isso porque a própria noção de propriedade na situação pré-tributária seria irreal na medida em que esse direito somente existe através dos impostos. Esses autores descartam, portanto, as teorias de justiça que necessitam dessa comparação e aceitam aquelas que avaliam a eficiência no contexto pós-tributário, dando ênfase às teorias que justificam uma maior distribuição dos recursos.

Da exposição conjunta das ideias desses quatro autores, é possível definir que a instituição de direitos, principalmente em favor dos menos favorecidos reforça a coesão social e a responsabilidade individual em progredir. Isso é reforçado ao se constatar que esses mesmos benefícios acabam por manter os direitos daqueles mais favorecidos.

É possível concluir que essa análise pelo ponto de vista do realismo permite-nos abordar elementos do direito sob o prisma de como eles produzem efeitos concretos no mundo real. Por esse meio, tornou-se possível interpretar os direitos não somente como um conjunto de enunciados e princípios hipotéticos ou abstratos.

Ao contrário, sob o ponto de vista do realismo, os direitos são vistos como um objeto concreto. É justamente isso que autoriza definir a forte ligação, nem sempre aparente, sobre os tributos e os direitos. Também é isso que permite a constatação que uma situação tributária justa não depende somente dos critérios normalmente aplicados em tributação, mas principalmente dos resultados alcançados com os direitos instituídos.

São leituras que possibilitam profunda reflexão acerca da importância das funções de arrecadar tributos e de distribuir direitos e recursos. Claro que essa abordagem não prescinde das demais, mesmo aquelas mais abstratas, embora esta adicione importantes elementos de tangibilidade à discussão.

## Referências

BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. 8. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21/09/2021.

BRASIL. Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8981.htm#art21](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8981.htm#art21). Acesso em: 21/09/2021.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO). Disponível em: [https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relatorio-resumido-da-execucao-orcamentaria-rreo/2020/12?ano\\_selecionado=2020](https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relatorio-resumido-da-execucao-orcamentaria-rreo/2020/12?ano_selecionado=2020). Acesso em: 21/09/2021.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e economia: introdução ao movimento *law and economics*. Revista Jurídica da Presidência da República. Brasília, v.7, n. 73. jun./jul. 2005.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. Brasília: edição do autor, 2013.

HOBBS, Thomas. Leviatã. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOLMES, Stephen e Sunstein, Cass R. O custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

HORWITZ, Morton J. *The transformation of American Law, 1870-1960: the crisis of legal orthodoxy*. Nova York: Oxford University Press Inc., 1992.

MURPHY, Liam e NAGEL, Thomas. O mito da propriedade: os impostos e a justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

OECD. *Data: Tax Revenue*. Disponível em: <https://data.oecd.org/tax/tax-revenue.htm>. Acesso em: 21/09/2021.

PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário: completo. 5. ed. rev. atual em apl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional à luz da doutrina e da jurisprudência. 15. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2013.

PISCITELLI, Tathiane. Direito Financeiro. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social: princípios de direito político. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SANDEL, Michael J. Justiça: O que é fazer a coisa certa. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

STRECK, Lênio. In: Canotilho, J. J. Gomes. Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP).