O NÃO CONFISCO TRIBUTÁRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: A CONSTRUÇÃO DE UM CONTEÚDO MÍNIMO À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Fabrício Emmanuel Lima Santos*

RESUMO: O presente trabalho teve como proposta a análise do instituto jurídico do não confisco tributário sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, a fim de se reconhecer conteúdo mínimo que o classifique como direito fundamental, desvinculando-se, assim, da clássica definição como princípio reflexo do direito fundamental de propriedade. Para tanto, foram realizadas pesquisas e estudos da doutrina abalizada de renomados autores de Direito Constitucional e Tributário, como também consagrados doutrinadores estrangeiros, expondo e confrontando teses, a fim de delimitar o raciocínio jurídico ao alcance da proposta temática. Foi traçado estudo centrado na teoria geral dos direitos fundamentais e a relação entre tributação e dignidade da pessoa humana. A partir de tais premissas, traçou-se o núcleo essencial que qualifica o não confisco tributário como direito fundamental. Assim, constatou-se que o não confisco tributário apresenta-se como direito fundamental, sob a forma constitucional de princípio, possuindo, para tanto, como seu conteúdo mínimo, à luz da dignidade da pessoa humana, qual seja, a tributação justa (concepção ideológica), que resguarda a dignidade humana como valor comunitário. Ao final, foram apresentadas as consequências deste reconhecimento, quais sejam, a aplicabilidade imediata do não confisco e sua proteção de cláusula pétrea.

PALAVRAS-CHAVE: Não confisco. Direito Fundamental. Dignidade da Pessoa Humana. Valor Comunitário. Tributação Justa.

ÁREA DO DIREITO: Constitucional. Tributário.

* Especialista em Direito Constitucional pela Escola Judicial do Estado de Sergipe. Especialista em Direito Processual Civil. Pós-graduando em Direito Penal Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem como proposta a análise do instituto jurídico do não confisco tributário sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, a fim de se reconhecer conteúdo mínimo que o classifique como direito fundamental, desvinculando-se, assim, da clássica definição como princípio reflexo do direito fundamental de propriedade.

O estudo inicial será sobre a relação entre tributação e dignidade da pessoa humana para, a partir de tais premissas, traçar o núcleo essencial que qualifica o não confisco tributário como direito fundamental.

Para tanto, o tópico inicial servirá a discorrer brevemente acerca da teoria geral dos direitos fundamentais, delineada por alguns dos principais doutrinadores nacionais e estrangeiros, como Ingo Sarlet, Dimitri Dimoulis, Leonardo Martins e Alexy, a fim de direcionar o estudo à dignidade da pessoa humana e à tributação, passando-se pelo estudo da teoria dos quatro *status*, de George Jellinek, a classificação trialista dos direitos fundamentais e as dimensões dos direitos fundamentais, com enfoque nos ensinamentos de Paulo Bonavides, bem como a relação entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, consoante proposta de Jürgen Habermas.

Abordados conceitos sobre a teoria geral dos direitos fundamentais, e tendo por base a íntima relação destes com a dignidade da pessoa humana, o segundo tópico do segundo capítulo será dedicado a uma breve exposição sobre a dignidade humana, tendo por base, dentre renomados doutrinadores, o trabalho científico desenvolvido por Luís Roberto Barroso, sobre a dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo, discorrendo-se sobre a origem, evolução, natureza jurídica e conteúdo mínimo, e sobre a dignidade humana em seus aspectos de valor intrínseco, autonomia e valor comunitário.

Em prosseguimento ao estudo desenvolvido, os tópicos seguintes se destinam a apresentar raciocínio jurídico teórico da relação entre o fenômeno da tributação e a dignidade humana em seu aspecto de valor comunitário, a fim de estabelecer um conteúdo mínimo de dignidade humana presente no instituto jurídico do não confisco tributário, a fim de se o reconhecer como direito fundamental.

Por fim será tecida análise dos efeitos do reconhecimento do não

confisco como direito fundamental, quais sejam, a aplicação imediata e a proteção de cláusula pétrea. Para tanto, serão expostos ensinamentos de doutrinadores como José Afonso da Silva, Eros Grau e Gilmar Mendes.

A proposta do trabalho se desenvolve em torno do exame da legislação aplicável ao tema, junto à captação de estudos de diversos doutrinadores consagrados, bem como do entendimento formado no âmbito da jurisprudência, em especial do Supremo Tribunal Federal, analisando e confrontando os raciocínios divergentes.

A importância dos temas abordados se revela em face de não haver corrente firmemente dominante acerca desses, sendo muitas as divergências entre as vertentes doutrinárias que circundam a matéria.

Assim, como tema deste trabalho, tem-se a análise do não confisco como direito fundamental, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, plenamente justificável, ante as controvérsias e necessidade de estudos que venham a contribuir na consolidação de entendimentos acerca da matéria.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente tópico tem por finalidade discorrer brevemente acerca da teoria geral dos direitos fundamentais, delineada por alguns dos principais doutrinadores nacionais e estrangeiros, a fim de direcionar o estudo à dignidade da pessoa humana e à tributação.

Inicialmente, deve ser abordada a questão terminológica entre direitos humanos e direitos fundamentais, estes reconhecidos como os positivados no ordenamento constitucional de cada Estado, ao passo que os direitos humanos são aqueles reconhecidos em tratados internacionais, de forma que "aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional)" (SARLET, 2009, p. 29).

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que direitos fundamentais são direitos humanos que cada Estado internamente positivou em seu ordenamento jurídico constitucional.[1]

Há, ainda, a expressão "direitos do homem"[2], esta mais ligada à concepção de direitos naturais, ou seja, um estado pré-positivo, assim, distinto de "direitos humanos"[3].

A fim de sistematizar, pode-se distinguir as expressões direitos do homem como direitos naturais ou não positivados, direitos humanos como direitos positivados na esfera internacional, e direitos fundamentais como os positivados na esfera constitucional interna de cada Estado.[4]

Quanto à natureza dos direitos fundamentais, atualmente são reconhecidos como verdadeiras normas positivas constitucionais, podendo assumir o caráter de princípios e regras, não somente simples declarações de valor moral.[5]

Isso posto, passa-se ao breve estudo sobre a classificação dos direitos fundamentais. Para tanto, devem ser tecidas considerações iniciais acerca da teoria dos *status* de Georg Jellinek (1970). O *status* não se confunde com direito, visto que este se apresenta como ter algo, ao passo que o *status* revela uma qualificação de um indivíduo, qualificação esta, sob a ótica desta teoria, em relação ao Estado. Dessa forma, "um *status* é alguma forma de relação entre cidadão e Estado. Como relação que qualifica o indivíduo, o *status* deve ser uma situação, e, como tal diferenciar-se de um direito" (ALEXY, 2008, p. 255).

Jellinek apresenta quatro relações de *status* em sua teoria. O *status* passivo é aquele no qual o indivíduo encontra-se sujeito a alguma obrigação ou proibição perante o Estado, ou seja, não confere direitos ao indivíduo, mas sim deveres.[6] O *status* negativo (também denominado *status libertatis*) corresponde à clássica concepção liberal de impor limites ao poder estatal, a fim de preservar a liberdade pessoal, sob a forma de abstenções, ao contrário do *status* passivo, em que o Estado cria deveres ou proibições ao indivíduo. Dessa forma, caracteriza-se o *status* negativo pela obrigação endereçada ao Estado de se abster de intervir na esfera de liberdade do indivíduo, concepção compartilhada pela ampla doutrina, da qual militam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, p. 65).[7]

Por sua vez, o *status* positivo (ou *status civitatis*) refere-se ao direito do cidadão à ação estatal, ou seja, que o indivíduo possui pretensão a algo em face do Estado, bem como competência em relação ao seu cumprimento (ALEXY, 2008, p. 263-268).

Por fim, o *status* ativo refere-se à capacidade de participação e formação da vontade estatal (ALEXY, 2008, p. 268).

Tecidos tais comentários, passa-se à análise da classificação dos

direitos fundamentais, sob a ótica da classificação trialista, na qual cada um dos grupos de direitos corresponde a um *status* da Teoria de Jellinek.

Os Direitos de Defesa relacionam-se ao *status* negativo ou *libertatis* e impõem ao Estado o dever de não interferir, reprimir ou censurar determinadas liberdades individuais, ou seja, impõe um limite ao poder estatal.

Os Direitos a Prestações correlacionam-se ao *status* positivo e correspondem ao direito a prestações estatais (dever de agir), de forma a promover a proteção ou fruição de determinados bens jurídicos.

Nesse contexto, conforme lecionam Dimoulis e Martins (2007, p. 67), as prestações estatais podem ser materiais, sob a forma de bens e serviços, e jurídicas, sob a forma de normas para tutelar interesses individuais.

Ao final, os Direitos de Participação, que se relacionam ao *status* ativo, visam a garantir a participação do indivíduo na vontade estatal.

Os direitos fundamentais são ainda classificados em dimensões[8] que revelam o caráter progressivo e evolutivo do reconhecimento dos direitos fundamentais através da história, em decorrência das mudanças econômicas, sociais, políticas e culturais no passar do tempo.

Tal complementaridade histórica revela o caráter de unidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais, tanto no plano constitucional interno, como no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos (Marmelstein, 2008, p. 57).

O lema da Revolução Francesa, "Liberdade, Igualdade e Fraternidade", sequenciou, quase que de forma profética, o surgimento dos direitos fundamentais em suas três primeiras e tradicionais dimensões.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão caracterizam-se por direitos de defesa (*status* negativo), que exprimem o valor de liberdade individual em face do Estado. De origem liberal-burguesa e conotação jusnaturalista[9], a primeira dimensão guarda os direitos à vida, propriedade, igualdade formal (perante a lei) e liberdade (incluindo liberdade de expressão, reunião, imprensa e manifestação), bem como garantias processuais como o devido processo legal e o *habeas corpus*. Além dos direitos civis descritos, os direitos políticos também se incluem na primeira dimensão dos direitos fundamentais, tais como o voto e a capacidade eleitoral passiva, "revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia" (SARLET, 2009, p. 47).[10]

A segunda dimensão dos direitos fundamentais guarda relação com direitos à prestação (*status* positivo), fazendo surgir os direitos sociais, econômicos e culturais. Diferentemente da primeira dimensão, em que as liberdades perante o Estado evocam direitos de defesa, ou seja, abstenção de intervenção estatal, a segunda dimensão conclama igualdade material, atribuindo ao Estado comportamento ativo para a implementação da justiça social. Tais direitos são frutos do impacto da industrialização e dos problemas sociais que fizeram eclodir doutrinas e movimentos socialistas, no final do século XIX[11], decretando a necessidade de ir além da igualdade formal, que não era capaz de garantir efetiva liberdade. "Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado" (SARLET, 2009, p. 47).

Os direitos de segunda dimensão, até hoje, caracterizam-se principalmente pelas prestações sociais estatais, como saúde e educação, por exemplo. Contudo, um novo conteúdo surge com os direitos fundamentais de segunda geração, as chamadas garantias institucionais, que não se confundem com direitos, mas correspondem a proteções constitucionais a determinadas instituições (públicas e privadas) essenciais à sociedade (BONAVIDES, 2005, p. 518-522).

Além dos direitos à prestação, há também direitos de defesa decorrentes da segunda geração. São as chamadas liberdades sociais, tais como os direitos dos trabalhadores e direito de greve.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, chamados de direitos de fraternidade ou solidariedade, são decorrentes das profundas desigualdades entre as nações no segundo pós-guerra, da corrida armamentista, do avanço tecnológico e das necessidades em escala muito além da individual, até mesmo mundial.[12]

A terceira geração refere-se a uma dimensão transindividual de direitos, tendo, pois, como destinatário "o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta" (BONAVIDES, 2005, p. 523).

Os mais reconhecidos como direitos fundamentais transindividuais são a autodeterminação dos povos, o desenvolvimento, a comunicação, a qualidade de vida e ao meio ambiente. O titular desses direitos é a coletividade, podendo assumir-se por um grupo indeterminado ou determinado (como uma nação em relação à autoderminação), ou,

ainda, podendo traduzir-se por todo o gênero humano (como é o caso da qualidade de vida e meio ambiente).

Essas três dimensões são as mundialmente consagradas pela doutrina. No entanto, alguns doutrinadores vêm trabalhando em desenvolver uma quarta geração de direitos fundamentais. No Brasil, Paulo Bonavides desenvolveu sua teoria em torno de uma quarta dimensão, que vem sendo bastante reconhecida. Segundo Bonavides, a quarta dimensão de direitos compreende a democracia direta[13], informação e pluralismo, que correspondem à progressão dos direitos fundamentais à globalização.

O doutrinador reconhece que tais direitos representam o futuro, mas se encontram em fase embrionária, de forma que "compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política" (BONAVIDES, 2005, p. 526).

Além da quarta dimensão, o citado professor também leciona acerca de uma quinta dimensão de direitos fundamentais, representado pelo direito à paz, que assume uma relevância e reclama a si uma nova importância dentro da evolução do contexto global (BONAVIDES, 2008, p. 82).

Sob essa perspectiva, a paz, no âmbito constitucional, não deve ser compreendida apenas como ausência de guerras e conflitos armados, mas, consoante ensina Ingo Sarlet (2009, p. 52), "condição para a democracia, o desenvolvimento e o progresso social, econômico e cultural, pressuposto, portanto (embora não exclusivo), para a efetividade dos direitos humanos e fundamentais de um modo geral".

Traçadas tais premissas, é de se salientar que as classificações acima não são suficientes para caracterizar os direitos fundamentais, os quais são ditos fundamentais por guardarem íntima relação com a dignidade da pessoa humana, que é o fundamento dos direitos fundamentais, e estes possuem sua razão de ser na promoção da dignidade humana, consoante propõe Jürgen Habermas (2010, p. 466-469):

> Dignidade humana significa um conceito normativo de fundo a partir do qual os direitos humanos podem ser deduzidos ao especificar as condições e que a dignidade é violada [...] a dignidade humana, que é uma e a mesma em

> toda e para todos, fundamenta a indivisibilidade de todas as categorias dos direitos humanos. Só em colaboração uns com os outros podem os direitos fundamentais cumprir a promessa moral de respeitar igualmente a dignidade humana de cada pessoa.

A relação com a dignidade da pessoa humana conduz a certas características dos direitos fundamentais, que podem ser identificados como a universalidade[14], inalienabilidade, imprescritibilidade, historicidade e irrenunciabilidade.

Causa divergência a característica da relatividade, que determina que nenhum direito fundamental possui caráter absoluto, visto que encontra limites nos demais direitos fundamentais.

Noberto Bobbio (1992, p. 41), no entanto, leciona que há poucos direitos fundamentais que não encontram limites em outros direitos fundamentais, e, portanto, assumem caráter absoluto. Tais seriam o direito a não ser escravizado e a não ser torturado.

O mais aceito pela doutrina, contudo, é que os direitos fundamentais possuem certa relatividade, sendo a dignidade da pessoa humana o direito[15] (no sentido genérico de conteúdo jurídico) com valor absoluto.[16]

3 ASPECTOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. A CONTRIBUIÇÃO DE LUÍS ROBERTO BARROSO

Abordados conceitos sobre a teoria geral dos direitos fundamentais, e tendo por base a íntima relação destes com a dignidade da pessoa humana, presta-se este tópico a uma breve exposição sobre a dignidade humana, tendo por base, dentre renomados doutrinadores, o trabalho científico desenvolvido por Luís Roberto Barroso, sobre a dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo, discorrendo-se sobre a origem, evolução, natureza jurídica e conteúdo mínimo.

O primeiro conceito de dignidade remonta à Roma antiga e atinge até o século XVIII, estando associada a um *status* social ou a um cargo público ocupado por um indivíduo, ou seja, a dignidade não era decorrente da pessoa, mas sim de sua posição social.[17] Nesse diapasão, não se pode conceber que uma dignidade intrínseca ao ser humano possua relação com tal noção de dignidade, visto que a *dignitas hominis*

romana mais se relaciona à posição ocupada do que à pessoa em si.

A origem do atual conceito de dignidade humana remonta a uma filosofia metafísica acerca de um valor intrínseco a todo ser humano, e desenvolveu-se através do pensamento clássico, do Cristianismo, passando pelo Iluminismo e o segundo pós-guerra.

Cícero (2009), em seu clássico *Dos Deveres*, de 44 a.C., retrata uma dignidade inerente ao ser humano, que o tornaria superior aos outros animais.

O Cristianismo, por seu turno, teve grande influência sobre a civilização ocidental, tendo decisiva contribuição à noção de dignidade humana. A noção judaica, descrita no *Gênesis*, de que todo homem é imagem e semelhança de Deus criador, impõe uma essência comum e mais elevada a todo ser humano. Tal caráter é reafirmado no Novo Testamento, como descrito por São Paulo em sua Carta aos Gálatas (cap. 3, vers. 28), de que "Não há judeu ou gentio, nem escravos ou libertos, nem homens ou mulheres, pois todos vocês são um só em Jesus Cristo".

Forma-se, assim, um conceito de dignidade humana associado à essência divina de que todo ser humano é portador, o que torna todos iguais perante Deus.

O Iluminismo, por sua vez, trouxe um novo passo ao entendimento sobre a dignidade da pessoa humana, indo além do conceito religioso que dominou a Idade Média, trazendo a razão, o conhecimento e a liberdade para o centro da dignidade humana, fazendo emergir "a centralidade do homem, ao lado do individualismo, do liberalismo, do desenvolvimento da ciência, da tolerância religiosa e do advento da cultura dos direitos individuais" (BARROSO, 2014, p. 18).

O conceito de dignidade humana ganha, assim, as noções de razão, liberdade e direitos individuais à sua ideia de essência comum a todo ser humano (seja divina ou por outra acepção), ou seja, de que todo homem é portador de direitos (inicialmente associados à liberdade) inerentes à sua condição (essência) humana.[18]

A Segunda Guerra Mundial marcou outro passo evolutivo à dignidade humana, em reação aos horrores do nazismo, incorporando-a à esfera política e jurídica, e não apenas filosófica e religiosa, com a inclusão da dignidade humana em vários tratados internacionais e Constituições de Estado.

Na perspectiva filosófico-religiosa, a dignidade humana pode ser

caracterizada como "o valor intrínseco de cada pessoa e a capacidade individual de ter acesso à razão, de fazer escolhas morais e determinar seu destino", bem como, sob a ótica política, "um fim a ser alcançado por instituições nacionais e internacionais" (BARROSO, 2014, p. 61).[19]

Na esfera jurídica, com o pós-positivismo, fruto do segundo pós-guerra, que reaproximou o direito e a moral, a dignidade da pessoa humana ganhou amplo relevo na interpretação das normas legais, conforme leciona Barroso (2014, p. 62-63):

> Não demorou muito, entretanto, para que essas metas políticas e valores morais inscritos na dignidade migrassem para o direito. [...] Isso é particularmente verdadeiro nas decisões envolvendo casos difíceis, em que não há soluções claras e acabadas no direito positivo. Esses casos envolvem lacunas, princípios conflitantes, desacordos morais ou ambiguidades. Nesse novo ambiente pós-positivista, no qual a Constituição e os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, desempenham uma função central, os juízes e as cortes frequentemente necessitam recorrer à moralidade política com a finalidade de aplicar os princípios corretamente. Isso tudo favoreceu à ascensão da dignidade humana.

Assim, na perspectiva jurídica, a dignidade humana caracteriza-se como um valor fundamental, sob a forma (natureza jurídica) de princípio jurídico com *status* constitucional.[20] Dessa forma, a dignidade da pessoa humana deixa de ser apenas um valor moral, metafísico e abstrato e alcança uma dimensão normativa de aplicabilidade prática, expressa sob a forma de princípio constitucional, no qual se alicerçam todos os direitos fundamentais.[21]

A dignidade humana assume no ordenamento jurídico, enquanto princípio, duas funções: uma como fonte de direitos não expressos, mas que fazem parte do núcleo essencial da dignidade humana[22]; e a interpretativa, como já mencionado.

Tecidos tais comentários acerca da evolução e natureza jurídica da dignidade humana, passa-se à análise de seu conteúdo mínimo.

Conceituar a dignidade humana é tarefa praticamente impossível,

levando-se em conta as inúmeras diversidades mundiais, sendo colocada nos documentos jurídicos nacionais e internacionais sem um conceito concreto. Ante tal impossibilidade, deve-se buscar um conteúdo mínimo a identificar a dignidade humana, "capaz de ser aceito por conservadores, liberais ou socialistas, assim como por pessoas que professam diferentes concepções razoáveis de bem e de vida boa" (BARROSO, 2014, p. 73).

Barroso identifica o conteúdo mínimo da dignidade humana em três elementos. Segundo o autor "a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses coletivos (valor comunitário)" (BARROSO, 2014, p. 72).

A dignidade como valor intrínseco refere-se às características que são comuns a todos os seres humanos e os torna distintos de outras espécies. Entre tais características identificam-se a inteligência, sensibilidade e a capacidade de se comunicar. O valor intrínseco não pode ser concedido ou perdido, tornando a dignidade como algo que independe de qualquer condição. Segundo Dworkin (2006, p. 910), esta característica revela a dignidade como um valor objetivo.[23]

Esse valor objetivo implica também que o homem não pode ser meio para realização de outros fins, mas sim consiste num fim em si mesmo, e que o Estado serve ao indivíduo e não o inverso, em contraposição à dignidade do Estado[24]. Direitos fundamentais à vida[25], integridade (física[26] e psíquica[27]) e igualdade perante a lei[28] são decorrentes da dignidade humana como valor intrínseco.

A dignidade como autonomia, por sua vez, relaciona-se com autodeterminação, ou seja, a liberdade individual de viver, segundo seus valores, princípios e desejos.[29]

Autonomia não se confunde com liberdade de forma ampla, visto que esta acaba por ser restringida. A autonomia refere-se ao núcleo essencial da liberdade que não pode ser suprimida. "A autonomia, portanto, corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo de sua vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas" (BARROSO, 2014, p. 82). Decorrem da dignidade humana como autonomia direitos fundamentais de autonomia privada[30], autonomia pública[31] e mínimo existencial[32].

A dignidade humana como valor comunitário relaciona-se ao elemento social (relação entre os indivíduos) que se contrapõe ou restringe a autonomia individual com fins de promover a própria dignidade humana como um todo (individual, em relação a terceiros e da sociedade em geral). As formas de restrição ocorrem através dos valores e crenças de determinado grupo social e pela atividade normativa estatal.[33]

O valor comunitário refere-se, pois, ao convívio harmônico entre os indivíduos e às metas coletivas para se promover a dignidade humana, que ocorre por meio de normas morais, éticas e jurídicas, que de algum modo podem implicar restrições à esfera de direitos individuais.

No entanto, a linha que separa a dignidade como valor comunitário e a afronta à própria dignidade pode revelar-se tênue. Apenas a atuação legítima e razoável pode ser considerada como digna. O abuso, por sua vez, traduz-se em ofensa à dignidade humana, seja como autonomia ou valor intrínseco.

Dessa forma, é legítimo que haja limitações à autonomia individual a fim de se promover a dignidade em relação a terceiros, mas o uso de tal restrição não pode ser de tal forma a ultrajar a própria dignidade. Nesse sentido, leciona Barroso (2014, p. 89):

> Não é difícil compreender e justificar a existência de um conceito como a dignidade como valor comunitário, que faz parte do conteúdo e delineia os contornos da dignidade humana, ao lado do valor intrínseco e da autonomia. Os objetivos que ele busca alcançar são legítimos e desejáveis, caso suas linhas sejam corretamente traçadas.

Barroso (2014, p. 95) exemplifica com o caso do *hate speech*, assim denominado o discurso depreciativo ou violento destinado a grupos vulneráveis, que representa um conflito entre aspectos da dignidade humana como autonomia e como valor comunitário. Em lados opostos, a liberdade de expressão (autonomia privada) e a proteção ao vulnerável colidem, de forma que, a restrição à liberdade de expressão individual a fim de proteger a dignidade humana de terceiros vulneráveis (no caso, direitos como honra e autonomia estão envolvidos) torna-se legítimo e não significa ofensa à dignidade humana, mas sim a sua promoção.

Deve-se frisar, a fim de complementar o raciocínio acima, que a dignidade humana como autonomia corresponde ao núcleo essencial da liberdade de expressão e não a todo o conteúdo da liberdade de expressão, de modo que se faz racional e razoável concluir-se que, dentro da liberdade de expressão, determinado exercício (no caso, o *hate speech*) pode caracterizar-se como uma ofensa à dignidade humana como valor comunitário (como no caso do *hate speech*) ou como valor intrínseco.

Pode-se afirmar como decorrência do valor comunitário os direitos fundamentais à prestação estatal na forma de proteção individual e coletiva por meio de tutela normativa que visem à promoção e proteção da dignidade humana.

Dessa forma, conclui-se que todo ser humano é dotado de algo que o torna único e insubstituível, que o diferencia de todos os outros objetos e o torna fim em si mesmo e autônomo de seu destino (livre arbítrio), bem como agente social e partilhante desta característica com os demais homens e responsável pela promoção deste caráter em si e nos demais semelhantes. Assim, parafraseando o pensamento Kantiano, o homem não possui preço, mas sim dignidade. Tal dignidade humana está presente no valor intrínseco do ser humano, ou seja, do homem em si mesmo, enquanto ser natural, e em sua autonomia, isto é, no agir livre e consciente humano, bem com na interação do homem (valor comunitário) que manifesta a dignidade em relação a terceiros e ao meio social como um todo.

4 TRIBUTAÇÃO JUSTA COMO VALOR COMUNITÁRIO DA DIGNIDADE HUMANA

Estabelecidas as premissas acerca da dignidade da pessoa humana, presta-se o presente tópico a esboçar uma relação entre o fenômeno da tributação e a dignidade humana em seu aspecto de valor comunitário.

Como visto, o valor comunitário da dignidade humana perfaz-se por restrições à autonomia, a fim de promover dignidade humana de forma social, tal como se fosse um contrapeso a fim de harmonizar a dignidade humana como um sistema. A tributação, por sua vez, é um fenômeno estatal, classicamente entendido como decorrente do *jus imperii* do Estado em face do indivíduo. Dessa forma, parece quase

que incompatível relacionar uma demonstração do poderio estatal com dignidade humana, que, estando no núcleo essencial dos direitos fundamentais, se origina como contraposição ao poder estatal.

No entanto, faz parte da acepção de dignidade humana a desconstituição do Estado como um fim em si mesmo, pois é o homem que é um fim em si mesmo e, o Estado, uma "coisa" dos homens para servi-los. A evolução da sociedade e a emersão da segunda dimensão de direitos fundamentais (direitos sociais) transformaram o Estado em um agente da promoção e proteção da dignidade humana, de forma que clássicos fenômenos decorrentes de seu poderio passam a ser desconstituídos de sua natureza de *jus imperii*, para serem compreendidos, também, como promotores de um conteúdo mínimo da dignidade humana. Sob essa lógica, a tributação pode ser revista para além de um fenômeno estatal puro, como um fenômeno da dignidade humana, pois que servível à promoção e proteção da dignidade por meio da atuação estatal.

O Estado coerente e humanizado é aquele servível à promoção e proteção do valor intrínseco do homem (vida, saúde, por exemplo), da autonomia (educação, mínimo existencial) e do valor comunitário (por meio de normas e garantias, por exemplo).

A tributação, em seu âmago, contudo, representa uma ofensa ao direito fundamental de propriedade, que limita a autonomia do homem.

Todavia, com visto, a dignidade humana representa o conteúdo mínimo do direito fundamental, de sorte que sua limitação não significa necessariamente uma ofensa à dignidade humana, se utilizada à promoção da própria dignidade humana em seu sentido mais amplo. Tal limitação, trilhando o raciocínio traçado, é a dignidade humana como valor comunitário. Nesse diapasão, a tributação pode se apresentar como uma manifestação do valor comunitário da dignidade humana, no sistema jurídico.

Contudo, apenas a tributação legítima e razoável é servível à promoção da dignidade humana, ou seja, a tributação justa, visualizada numa perspectiva metafísica. A tributação injusta, por sua vez, ilegítima ou desrazoável, pura manifestação do poder estatal em desconformidade com o bem de seus indivíduos, fere a dignidade humana.

Assim, a tributação justa pode ser entendível como manifestação da dignidade humana como valor comunitário, que impõe limites à

propriedade (direito fundamental) de um indivíduo a fim de promover e proteger a dignidade humana dele próprio, de terceiros, e de todos no meio social (coletivo).

Se, por um lado, a tributação justa (valor comunitário) promove a autonomia por meio da promoção dos direitos à prestação estatal, também protege a autonomia enquanto direito de propriedade por meio da limitação da própria tributação. Sob essa ótica, a tributação justa (como ideal) é o conteúdo essencial que limita a própria tributação como poder estatal e harmoniza o fenômeno da tributação.

Portanto, a tributação justa, vista como valor comunitário da dignidade humana, traduz-se por um equilíbrio que limita o direito de propriedade ao mesmo tempo em que o protege, pois o seu parâmetro de legitimidade e razoabilidade limita o poder estatal.

A dignidade humana como valor comunitário traduzido na tributação justa é, assim, um binômio, que infere a tributação ao indivíduo até certo limite, ou seja, dela decorre uma permissão e uma proibição, que é o limite da permissão.

5 O NÃO CONFISCO COMO DIREITO FUNDAMENTAL COROLÁRIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A vedação ao confisco é aceito pela doutrina como tendo natureza de princípio jurídico, que norteia a administração pública e a legislação tributária, com aplicação, em sua maioria, meramente retórica. Por estar descrito como um dos limites constitucionais ao poder de tributar, o não confisco é facilmente relacionado aos direitos de defesa (primeira dimensão).

No entanto, como visto, para ser direito fundamental faz-se necessário ter a dignidade humana como conteúdo mínimo. Assim, a vedação ao confisco é tradicionalmente identificada como um princípio decorrente do direito fundamental de propriedade, e este guarda em seu núcleo a dignidade humana como autonomia.

Todavia, com a evolução da sociedade e a compreensão de novas dimensões de direitos, a concepção de não confisco puramente ligada à ideia de propriedade não satisfaz esta nova dicotomia. Como descrito no tópico anterior, a emersão da segunda dimensão de direitos fundamentais transmutou o Estado dominador em Estado provedor, de

forma que a tributação deixa de ser puro fenômeno do *jus imperii* estatal e passa a ser fenômeno social a fim de atender a dignidade humana como um todo.

Dessa forma, a tributação como justo limite à propriedade privada não fere a dignidade humana, mas harmoniza-a como um sistema transindividual, de forma que a tributação justa, sob essa nova ótica, assume um caráter seja de valor, meta-princípio ou direito fundamental implícito, que materializa em si o aspecto da dignidade humana como valor comunitário. Desse núcleo essencial (que contém a dignidade humana) irradia um binômio: direitos sociais e parâmetros razoáveis à própria tributação.

Direitos sociais contêm tributação justa em seu núcleo essencial visto que, além de promover a dignidade como valor intrínseco e autonomia, requerem recursos financeiros a fim de garantir esta proteção, o que revela a dignidade em seu valor comunitário, por meio da tributação.

Todavia, como também estabelecido no tópico anterior, apenas a tributação legítima e razoável traduz a dignidade humana como valor comunitário. Sob essa ótica, o não confisco materializa tal parâmetro de legitimidade e razoabilidade da tributação.

Dessa forma, o não confisco tributário resta-se caracterizado por direito fundamental, visto que possui em seu núcleo essencial a dignidade da pessoa humana como valor comunitário traduzida em tributação justa (conteúdo mínimo). O não confisco faz-se, por conseguinte, útil à proteção da propriedade privada, liberdade de profissão, atividade econômica, mas, de forma mais contundente, serve-se à harmonização do sistema da tributação ao sistema da dignidade humana, evocando uma expressão mais ampla, ou seja, de direito fundamental.

Tendo a dignidade humana como valor comunitário como seu conteúdo mínimo, torna-se mais visível a aplicação concreta do não confisco tributário, ou seja, parâmetro de justiça à limitação de outros direitos fundamentais (propriedade, profissão, dentre outros) por meio da tributação, o que evoca uma análise de razoabilidade ao caso concreto.

Assim, o não confisco deve promover não apenas a propriedade, mas sim a tributação justa como um todo, que possui em sua essência a promoção da dignidade humana em sua acepção para além do individual. Ou seja, aplicar o direito fundamental ao não confisco perfaz-se por

auferir o ideal de tributação justa e promoção da dignidade humana.

Não se trata apenas de uma abstenção (deixar de tributar). A satisfação ao não confisco exige o atendimento à tributação justa, a qual somente será justa se observados parâmetro de razoabilidade e se servível à promoção da dignidade humana. Como visto, o binômio deve ser respeitado, ou haverá lesão à dignidade humana. Sob essa perspectiva, não basta a simples aferição numérica de um percentual de alíquota ou base de cálculo, ou ainda o valor de uma multa fiscal. Ainda que parâmetros sejam observados na fixação de alíquotas, por exemplo, se a destinação do montante de tributo recolhido não for utilizado à promoção e proteção da dignidade humana (em acepção social), caracterizando-se o mau uso do dinheiro público, restar-se-á configurado o efeito de confisco tributário e lesão à dignidade da pessoa humana.

Por fim, o não confisco tributário encontra-se normatizado sob a forma de princípio constitucional, consoante a divisão estabelecida por Alexy[34], em razão de seu alto grau de abstração, ou seja, trata-se de um princípio fundamental ou princípio de direito fundamental.

6 CONSEQUÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DO NÃO CONFISCO TRIBUTÁRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: APLICABILIDADE IMEDIATA E CLÁUSULA PÉTREA

A primeira característica do reconhecimento do não confisco tributário como direito fundamental é sua aplicabilidade imediata, ou seja, independe de norma complementar ou regulamentadora, por força no disposto no art. 5º, §1º, da Constituição Federal[35].

Faz-se um adendo para expor a classificação das normas constitucionais, segundo as clássicas lições de José Afonso da Silva, pelas quais as normas constitucionais podem ser divididas em normas de eficácia limitada, contida e plena.

As normas de eficácia limitada caracterizam-se por não possuírem por completo os elementos que possibilitam sua aplicação, necessitando de norma complementar infraconstitucional.[36] Dessa forma, a norma constitucional não possui os elementos linguísticos suficientes, de forma que a proposição prescritiva da norma geral e abstrata[37] será formada por enunciados do texto constitucional e infraconstitucional,

obrigatoriamente, por ser impossível a leitura apenas com base da Constituição.[38]

As normas constitucionais de eficácia contida, por sua vez, podem ser entendidas como aquelas que possuem elementos suficientes para sua aplicabilidade, todavia, podem ter sua amplitude reduzida por lei infraconstitucional.[39] Em outras palavras, sob o enfoque hermenêutico, constituem proposições prescritivas com elementos linguísticos suficientes à prescrição da norma geral abstrata, sendo permitido, no entanto, que elementos linguísticos veiculados por norma infraconstitucional a componham, reduzindo o âmbito original de sua incidência.[40]

As normas de eficácia plena, por fim, são as normas dotadas de aplicabilidade direta, pois seus termos não dependem de legislação infraconstitucional, ou seja, são proposições prescritivas constituídas unicamente pela disposição constitucional, possuindo elementos linguísticos suficientes para a formação da norma geral abstrata.[41]

Apesar de o art. 5º, §1º, da CF, como mencionado, tratar expressamente que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, parte da doutrina reconhece que muitas das normas de direitos fundamentais se revelam normas de eficácia limitada, por simples impossibilidade de aplicação prática. José Afonso da Silva (2008, p. 165), nesse sentido, leciona que:

> Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no §1º do art. 5º da Constituição, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para o seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.

Nesse diapasão, parece não haver dúvidas de que o art. 7º, IV[42] e XIX[43], da CF, ao estabelecer o direito ao salário mínimo e licença-paternidade, nos termos fixados em lei, é verdadeira norma de direito

fundamental abstrata de eficácia limitada. Trata-se, pois, de caso em que a falta de norma complementar impede a aplicação da norma de direito fundamental, por pura implicação lógica.

Feita tal análise, pode-se questionar se a norma abstrata de direito fundamental do não confisco tributário constitui uma norma de eficácia plena ou limitada. Poder-se-ia sustentar que o nível de abstração da vedação ao confisco implicaria uma insuficiência de elementos linguísticos a possibilitar a aplicação da norma, ou seja, não se poderia identificar o seu campo de incidência, o que levaria à necessidade de norma complementar.

No entanto, em face do mandamento constitucional que expressamente determina a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, não se pode simplesmente ignorar a norma e, por conseguinte, lesar direito fundamental, na análise de caso concreto, sob o pretexto de que a norma encontra-se com sua eficácia limitada à edição de norma completar que não existe e, por essa justificativa, negar aplicação à norma.

O certo é que o aplicador do direito, ao analisar o caso concreto, deverá definir a norma jurídica ao caso, norma esta que será individual e concreta, com base na aplicação de norma geral e abstrata, ou seja, todas as normas legais e constitucionais são, em sua natureza, abstratas, não podendo o julgador se furtar de aplicá-las sob esse pretexto, ainda mais quando se tratarem de normas que veiculam direitos fundamentais, que não podem ser anuladas em hipótese alguma, devendo sempre ser ponderadas e harmonizadas.[44]

Diversamente do exemplo do salário mínimo, que depende da fixação de seu valor por ato normativo para que possa existir, a vedação ao confisco, por mais ampla e indeterminada que seja a terminologia, não há nada que impeça sua aplicação pelo Poder Judiciário, exceto, por óbvio, se inexistissem tributos. Este é o entendimento compartilhado por Barroso (2009, 139-140):

> Ainda quando se afigure pouco lógica a existência de uma regra afirmando que as normas constitucionais são aplicáveis, parece bem a sua inclusão no texto, diante de uma prática que reiteradamente nega tal evidência. Por certo, a competência para aplicá-las, se descumpridas por seus destinatários, há de

> ser do Poder Judiciário. E mais: a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente, consoante se extrai do art. 4º da LINDB.

Não se pode deixar de registrar a posição de Ingo Sarlet (2009, p. 271), pela qual a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais determina um mandado de otimização, de forma que deve ser conferida a máxima eficácia aos direitos fundamentais.[45]

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já proferiu entendimento de que as normas de direitos fundamentais possuem aplicação imediata, independentemente da existência de norma regulando sua aplicabilidade, podendo o Judiciário valer-se de tais normas a fim de proteger o direito fundamental em questão. Foi esse o entendimento que a Corte Suprema consagrou ao julgar a questão de ordem levantada no MI 107, entendendo pela possibilidade de impetração de Mandado de Injunção, previsto no art. 5º, LXXI, da CF, ainda que inexistente norma regulamentadora, nos seguintes termos:

> Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua autoaplicabilidade, ou não. Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, é ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão entidade ou autoridade de que ela dependa (…) Assim fixada a natureza desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte – que está devidamente definida pelo artigo 102, I, "Q" -, autoexecutável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber.

> Questão de ordem que se resolve no sentido da autoaplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107 QO. Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 21/09/1990)[46]

Isso posto, não merece prosperar a tese de que as normas de direitos fundamentais possuem eficácia limitada, visto que tal raciocínio se mostra propriamente inconstitucional, por força do disposto no art. 5º, §1º, da CF. Pensar o inverso seria admitir a inutilidade de tal norma constitucional, bem como aceitar que outras diretrizes, que não o texto constitucional, regem a Constituição Federal.

O sistema constitucional deve ser harmônico como um todo, de modo que, se as normas que veiculam direitos fundamentais são, por determinação do próprio texto constitucional, de aplicação imediata, elas devem possuir, no caso concreto, sua margem de eficácia, ainda que alto o grau de abstração, como é o caso do não confisco.

Não se pode aceitar a inutilização da norma da vedação ao confisco, simplesmente por conta da abstração do termo confisco, e da inexistência de norma que regule sua amplitude de incidência. Cabe, pois, ao julgador, na análise do caso concreto, a aplicação da norma constitucional a fim de proteger o direito fundamental.

Por tais razões, a aplicabilidade imediata da norma do não confisco encontra respaldo e harmonia nos termos de racionalidade da Constituição Federal, a permitir que o Judiciário atue no caso concreto de forma a corrigir os excessos que caracterizem efeito de confisco.

Deve-se concluir, também, que se tratando o não confisco como norma de direito fundamental de nítido caráter de princípio (princípio de direito fundamental) e com aplicação imediata, deve nortear a atividade legislativa e os atos administrativos, bem como deve ser aplicado pelo Judiciário no enfrentamento do caso concreto, a fim de propiciar a garantia do direito fundamental ao não confisco tributário.

A segunda consequência do reconhecimento do não confisco tributário como direito fundamental é sua característica de cláusula pétrea, conferida pela Constituição Federal aos direitos e garantias individuais, em seu art. 60, §4º, IV[47], de forma que não pode ser suprimido do ordenamento jurídico.

As cláusulas pétreas, consoante os ensinamentos de Gilmar Mendes

(2007, p. 1029), "traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade".[48]

De igual forma, leciona Paulo Bonavides (2005, p. 660) que as cláusulas pétreas exprimem a essência do pacto social e refletem a vontade inviolável do constituinte.

Todavia, há corrente que considera as cláusulas pétreas verdadeiras cláusulas antidemocráticas. Segundo os que advogam esta tese, as cláusulas pétreas limitam a democracia por impedirem a efetivação da vontade popular. Joaquim Barbosa, então Ministro do Supremo Tribunal Federal, em seu voto no julgamento da ADI 3105-DF, manifestou-se contrário às cláusulas pétreas:

> Essa teoria [das cláusulas pétreas] é antidemocrática porque, em última análise, visa a impedir que o povo, por intermédio de seus representantes legitimamente eleitos, promova de tempos em tempos as correções de rumo necessárias à eliminação paulatina das distorções, dos incríveis e inaceitáveis privilégios que todos conhecemos.[49]

Alexy (2003, p. 38), por seu turno, admite o papel antidemocrático exercido pelas cláusulas pétreas, mas o defende por entender necessário que alguns assuntos não sejam objeto de deliberação pelas maiorias.

Com respeito ao pensamento de Joaquim Barbosa e dos que defendem que as cláusulas pétreas são antidemocráticas, mas não merece prosperar tal raciocínio. O termo antidemocrático é por deveras pejorativo e tão somente reflete um posicionamento político particular de alguns. As cláusulas pétreas desempenham verdadeiro papel contramajoritário, que, diverso de antidemocrático, objetiva a proteção da própria democracia e a supremacia da Constituição, frente a oportunismos, movimentos e ideologias políticas momentâneas, pois, como assevera Bobbio (1992, p. 15), sem efetiva proteção aos direitos do homem não existe democracia.[50]

Um Estado Constitucional Democrático de Direito não se compreende por uma ditadura da maioria, que representa uma falsa noção de democracia. O sistema majoritário não pode se sobrepor à

ordem constitucional democrática, sob pena de desconstituí-la. Uma verdadeira democracia guarda sua dimensão material, que não pode ser decidida pela maioria, conforme leciona Ferrajoli (1997, p. 99):

> A dimensão material daquilo a que podemos chamar "democracia substancial", respeita ao que não pode ou deve ser decidido pela maioria, e que é garantida pelas normas substanciais que das mesmas decisões disciplinam a substância ou o significado, vinculando-as, sob pena de invalidade, ao respeito dos direitos fundamentais e dos outros princípios axiológicos por elas estabelecidos.

As cláusulas pétreas servem, portanto, ao propósito de proteger determinados conteúdos essenciais da Constituição "contra os casuísmos da política e o absolutismo das maiorias (mesmo qualificadas) parlamentares" (SARLET, 2009, p. 418). Assim, direitos fundamentais, que se incorporam ao patrimônio jurídico individual e social, devem ser protegidos contra possíveis manobras políticas tendentes a subtrair tais direitos e garantias.

Poder-se-ia questionar o fato de que a vedação ao confisco não se encontra prevista no art. 5º da Constituição Federal, o que levaria ao não alcance da cláusula de imutabilidade, prevista no art. 60, §4º, IV, da Carta Magna. Tal raciocínio, que parte de uma análise puramente literal, considera que o disposto no inciso IV do §4º, do art. 60, da CF, refere-se ao texto do Capítulo I, do Título II, "Dos direitos e deveres individuais e coletivos", ou seja, abrangeria apenas o que nele se encontra descrito.

A análise puramente literal poderia conduzir a este equívoco, que seria desprezar os demais direitos e garantias individuais espalhados no texto constitucional, de forma expressa ou implícita. Nesse aspecto, Gilmar Mendes (2007, p. 451) considera que o legislador constituinte não optou pela melhor técnica ao disciplinar os direitos e garantias em suas várias dimensões.[51]

Sob o mesmo ponto de vista literal, é de se reconhecer que o inciso IV do §4º do art. 60 da CF não faz menção ao art. 5º, mas sim aos direitos e garantias individuais como um todo, não cabendo interpretações restritivas quanto a direitos fundamentais. Nesse sentido, José Afonso da Silva (2006, p. 191) leciona que direitos e garantias individuais não

são apenas os dispostos no art. 5º da CF, mas sim todos os "direitos fundamentais do homem indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado".

O Supremo Tribunal Federal ainda não analisou a questão do não confisco sob esse enfoque, mas já enfrentou matéria semelhante, em relação à anterioridade tributária, considerando-a garantia fundamental individual, amparada, logo, sob a proteção de cláusula pétrea:

> O poder constituinte derivado não é ilimitado, visto que se submete ao processo consignado no art. 60, § 2º e § 3º, da CF, bem assim aos limites materiais, circunstanciais e temporais dos parágrafos 1º, 4º e 5º do aludido artigo. A anterioridade da norma tributária, quando essa é gravosa, representa uma das garantias fundamentais do contribuinte, traduzindo uma limitação ao poder impositivo do Estado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 587.008, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 02/02/2011, DJe em 06/05/2011, com repercussão geral)[52].

Dessa forma, sendo o não confisco tributário um direito fundamental individual, encontra-se revestido como cláusula pétrea, não podendo ser abolido do sistema constitucional vigente.

Todavia, é certo que o art. 60, §4º, IV, da CF, veda a proposta legislativa tendente a abolir a norma de direito fundamental individual, mas não faz menção à supressão parcial, ou seja, novamente utilizando-se de interpretação puramente literal, poder-se-ia aceitar que tais direitos fossem parcialmente reduzidos. Como já mencionado, tais direitos incorporam-se ao patrimônio jurídico dos cidadãos, e a abolição total ou parcial destes implica lesão ao patrimônio jurídico, verdadeiro retrocesso.

O sistema jurídico constitucional não contempla uma interpretação que obstrua a evolução ou, pior, que implique retrocesso. A esse raciocínio denomina-se cláusula de vedação ao retrocesso, extraída dos princípios da máxima efetividade e supremacia da Constituição.

Dessa forma, entende-se que o direito fundamental ao não confisco tributário está revestido sob a proteção de cláusula pétrea, não podendo ser abolido do sistema constitucional, bem como não pode sofrer limitações ou restrições que impliquem retrocesso social.

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como proposta a análise do instituto jurídico do não confisco tributário sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, a fim de se reconhecer conteúdo mínimo que o classifique como direito fundamental, desvinculando-se, assim, da clássica definição como princípio reflexo do direito fundamental de propriedade.

A abordagem inicial teve por proposta um estudo sobre a relação entre tributação e dignidade da pessoa humana e, a partir de tais premissas, foi traçado o núcleo essencial que qualifica o não confisco tributário como direito fundamental. Para tanto, o tópico inicial discorreu brevemente acerca da teoria geral dos direitos fundamentais, assentando-se que direitos fundamentais, atualmente são reconhecidos como verdadeiras normas positivas constitucionais, podendo assumir o caráter de princípios e regras, não somente simples declarações de valor moral.

Ato contínuo fora analisada a teoria dos quatro *status*, de George Jellinek, que são divididos em passivo, negativo, positivo e ativo. O *status* não se confunde com direito, visto que este se apresenta como ter algo, ao passo que o *status* relava uma qualificação de um indivíduo, qualificação esta, sob a ótica desta teoria, em relação ao Estado.

Após, foi explanada a classificação trialista dos direitos fundamentais, que se dividem em direitos de defesa, a prestações e de participação, bem como a classificação das dimensões dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais de primeira dimensão caracterizam-se por direitos de defesa (*status* negativo), que exprimem o valor de liberdade individual em face do Estado, e guardam os direitos à vida, propriedade, igualdade formal (perante a lei) e liberdade (incluindo liberdade de expressão, reunião, imprensa e manifestação), bem como garantias processuais como o devido processo legal e o *habeas corpus*, além dos direitos políticos. A segunda dimensão conclama igualdade material,

atribuindo ao Estado comportamento ativo para implementação da justiça social, configurando os chamados direitos sociais. A terceira geração refere-se a uma dimensão transindividual de direitos como a autodeterminação dos povos, o desenvolvimento, a comunicação, a qualidade de vida e ao meio ambiente. Paulo Bonavides reconhece a quarta dimensão de direitos, que compreende a democracia direta, informação e pluralismo, e a quinta dimensão que se refere ao direito universal à paz.

Conclui-se, após tais premissas, que a dignidade humana é o fundamento dos direitos fundamentais, e estes possuem sua razão de ser na promoção da dignidade.

O segundo ponto de estudo foi dedicado a uma breve exposição sobre a dignidade humana, tendo por base, dentre renomados doutrinadores, o trabalho científico desenvolvido por Luís Roberto Barroso, sobre a dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. A origem do atual conceito de dignidade humana remonta a uma filosofia metafísica acerca de um valor intrínseco a todo ser humano, e desenvolveu-se através do pensamento clássico, do Cristianismo, passando pelo Iluminismo e o segundo pós-guerra. Na esfera jurídica, com o pós-positivismo, fruto do segundo pós-guerra, que reaproximou o direito e a moral, a dignidade da pessoa humana ganhou amplo relevo na interpretação das normas legais. A dignidade humana assume no ordenamento jurídico, enquanto princípio, duas funções: uma como fonte de direitos não expressos, mas que fazem parte do núcleo essencial da dignidade humana, e a interpretativa.

O conteúdo mínimo da dignidade humana pode ser visto em três perspectivas: o valor intrínseco de todos os seres humanos; a autonomia de cada indivíduo; e a limitação por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses coletivos (valor comunitário). A dignidade humana como valor comunitário relaciona-se ao elemento social (relação entre os indivíduos) que se contrapõe ou restringe a autonomia individual com fins de promover a própria dignidade humana como um todo (individual, em relação a terceiros e da sociedade em geral). No entanto, a linha que separa a dignidade como valor comunitário e a afronta à própria dignidade pode revelar-se tênue. Apenas a atuação legítima e razoável pode ser considerada como digna. O abuso, por sua vez, traduz-se em ofensa à dignidade humana,

seja como autonomia ou valor intrínseco.

Em prosseguimento ao estudo desenvolvido, os tópicos seguintes foram destinados a apresentar raciocínio jurídico teórico de relação entre o fenômeno da tributação e a dignidade humana em seu aspecto de valor comunitário, a fim de estabelecer um conteúdo mínimo de dignidade humana presente no instituto jurídico do não confisco tributário, a fim de se o reconhecer como norma princípio de direito fundamental. Restou-se demonstrado que a dignidade humana representa o conteúdo mínimo do direito fundamental, de sorte que sua limitação não significa necessariamente uma ofensa à dignidade humana, se utilizada à promoção da própria dignidade humana em seu sentido mais amplo. Tal limitação, trilhando o raciocínio traçado, é a dignidade humana como valor comunitário. Assim, a tributação legítima e razoável, ou seja, a tributação justa, pode se apresentar como uma manifestação do valor comunitário da dignidade humana no sistema jurídico.

Dessa forma, a tributação como justo limite à propriedade privada não fere a dignidade humana, mas harmoniza-a como um sistema transindividual, de forma que a tributação justa, sob esta nova ótica, assume um caráter seja de valor, metaprincípio ou direito fundamental implícito, que materializa em si o aspecto da dignidade humana como valor comunitário. Desse núcleo essencial (que contém a dignidade humana) irradia um binômio: direitos sociais e parâmetros razoáveis à própria tributação. Dessa forma, o não confisco tributário caracteriza-se por direito fundamental autônomo, visto que possui em seu núcleo essencial a dignidade da pessoa humana como valor comunitário traduzida em tributação justa (conteúdo mínimo).

Tendo a dignidade humana como valor comunitário como seu conteúdo mínimo, torna-se mais visível a aplicação concreta do não confisco tributário, ou seja, parâmetro de justiça à limitação de outros direitos fundamentais (propriedade, profissão, dentre outros) por meio da tributação, o que evoca uma análise de razoabilidade ao caso concreto.

O estudo final foi destinado à análise dos efeitos do reconhecimento do não confisco como direito fundamental, quais sejam, a aplicação imediata e a proteção de cláusula pétrea.

O sistema constitucional deve ser harmônico como um todo, de modo que, se as normas que veiculam direitos fundamentais são, por

determinação do próprio texto constitucional, de aplicação imediata, elas devem possuir no caso concreto sua margem de eficácia, ainda que alto o grau de abstração, como é o caso do não confisco. Não se pode aceitar a inutilização da norma da vedação ao confisco, simplesmente por conta da abstração do termo confisco, e da inexistência de norma que regule sua amplitude de incidência. Cabe, pois, ao julgador, na análise do caso concreto, a aplicação da norma constitucional a fim de proteger o direito fundamental. Por tais razões, a aplicabilidade imediata da norma do não confisco encontra respaldo e harmonia nos termos de racionalidade da Constituição Federal, a permitir que o Judiciário atue no caso concreto de forma a corrigir os excessos que caracterizem efeito de confisco.

Direitos fundamentais incorporam-se ao patrimônio jurídico individual e social, devendo ser protegidos contra possíveis manobras políticas tendentes a subtrair tais direitos e garantias. O sistema jurídico constitucional não contempla uma interpretação que obstrua a evolução ou, pior, que implique retrocesso. A esse raciocínio denomina-se cláusula de vedação ao retrocesso, extraída dos princípios da máxima efetividade e supremacia da Constituição. Desta forma, conclui-se que o direito fundamental ao não confisco tributário está revestido sob a proteção de cláusula pétrea, não podendo ser abolido do sistema constitucional, bem como não pode sofrer limitações ou restrições que impliquem retrocesso social.

Por fim, conclui-se como alcançada a proposta do presente trabalho monográfico, definindo-se o não confisco tributário como direito fundamental (princípio de direito fundamental), traçando-se, para tanto, o seu conteúdo mínimo, à luz da dignidade da pessoa humana, qual seja, a tributação justa (concepção ideológica), que resguarda a dignidade humana como valor comunitário.

THE CONFISCATION NOT TAX AS FUNDAMENTAL RIGHT: THE CONSTRUCTION OF A MINIMUM CONTENT IN THE LIGHT OF HUMAN DIGNITY

ABSTRACT: This work aimed at analyzing the legal principle of non-tax confiscated from the perspective of human dignity, in order to recognize minimum content that classify as a fundamental right, decoupling is thus the classic definition as principle reflects the fundamental right to

property. To this end, we carried out research and studies of authoritative doctrine of renowned authors of constitutional and tax law, as well as established foreign scholars, exposing and confronting theses in order to define the legal reasoning to reach the proposed theme. Was traced study focused on the general theory of fundamental rights and the relationship between taxation and human dignity. From these premises, it drew up the essential core that qualifies not tax confiscation as a fundamental right. Thus, it was found that the non-tax confiscation is presented as a fundamental right under the constitutional form of principle, having to do so, as their minimum content, in the light of human dignity, which is the fair taxation (design ideological) which protects human dignity as a community value. In the end, the consequences of recognition were presented, namely, the immediate applicability of the non-forfeiture and its entrenchment clause protection.

KEYWORDS: Not confiscation. Fundamental right. Dignity of human person. Community value. Fair taxation.

RIGHT AREA: Constitutional. Tax.

Notas

1 Nesse sentido, Robert Alexy (1998, p. 6) discorre: "Direitos fundamentais são essencialmente direitos humanos transformados em direito positivo. Direitos humanos reclamam institucionalização. Assim, não existe apenas direito humano à vida se não direito humano a que exista um Estado que implemente esse direito."

2 "A utilização da expressão "direitos do homem", de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, nada obstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma "pré-história" dos direitos fundamentais." (SARLET, 2009, p. 30)

3 Segundo Bobbio (1992, p. 26), direitos humanos não podem ser equiparados com direitos naturais, tendo em vista que a positivação no direito internacional revela a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos.

4 A Constituição brasileira de 1988 adota o termo "direitos fundamentais" para designar os direitos nela positivados, e "direitos humanos" para referir-se a direitos consagrados em tratados e convenções internacionais.

5 Canotilho (2000, p. 1141-1142) leciona que os direitos fundamentais são dotados de "força normativa independente do ato de transformação legislativa".

6 "Estar em *status* de passivo nada mais significa que se encontrar em uma determinada posição que possa ser descrita com o auxílio das modalidades de dever, proibição e competência – ou de seu converso, a sujeição." (ALEXY, 2008, p. 256)

7 Alexy (2008, p. 258), no entanto, leciona que o sentido original traçado por Jellinek ao *status* negativo refere-se apenas às liberdades jurídicas não protegidas, que são faculdades do indivíduo,

e não à obrigação de abstenção do Estado de forma ampla. *In verbis*: "Ao membro do Estado é concedido um *status*, no âmbito do qual ele é o senhor, uma esfera livre do Estado, que nega o seu *imperium*. Essa é a esfera individual de liberdade, do *status* negativo, do *status libertatis*, na qual os fins estritamente individuais encontram a satisfação por meio da livre ação do indivíduo".

8 A doutrina também utiliza o termo "gerações". Contudo, tal terminologia é alvo de várias críticas, sob o argumento de que carrega ideia de alternância de direitos (uma geração que dá lugar à posterior), o que se revela equivocado, pois os direitos fundamentais se complementam, numa verdadeira progressão evolutiva. Neste sentido, dentre outros, lecionam Ingo Sarlet (2009, p. 45) e Brega Filho (2003, p. 25).

9 Sobre esta característica, comenta Ingo Sarlet (2009, p. 46): "Os direitos fundamentais da primeira dimensão encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (nomes como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), segundo a qual, a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental."

10 Acerca dos direitos fundamentais de primeira dimensão, conclui o autor que: "cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos, que, em sua maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições no limiar do terceiro milênio, ainda que lhes tenha sido atribuído, por vezes, conteúdo e significado diferenciados" (SARLET, 2009, p. 47).

11 Algumas Constituições deste século já contemplavam alguns direitos sociais, como a Constituição Imperial do Brasil de 1824, a Constituição Francesa de 1848 e a Constituição Alemã de 1849. No entanto, é apenas no segundo pós-guerra que os direitos fundamentais de segunda dimensão passaram a ser amplamente consagrados nas Constituições dos Estados (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 68).

12 Nesse sentido, leciona Ingo Sarlet (2009, p. 48-49): "Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais. [...] Compreende-se, portanto, porque os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação."

13 A Constituição Federal de 1988 consagra a democracia representativa como direito fundamental. Porém a democracia participativa (direta) é timidamente consagrada.

14 Universalidade não deve ser confundida com uniformidade, visto que as sociedades devem guardar um núcleo mínimo, porém as diversidades culturais irão conferir certas variações a determinado direito fundamental, as quais devem ser respeitadas (HESSE, 2001, p. 85).

15 Alguns doutrinadores preferem classificar a dignidade humana como "[...] verdadeiro superprincípio constitucional [...]" (PIOVESAN, 2012, p. 87).

16 Nesse sentido, Fernando Ferreira dos Santos (1999, p. 94) e Cleber Francisco Alves (2001, p. 178). Em sentido contrário, vale registrar o posicionamento de Carlos Ayres Britto (2001, p. 39), para quem, não a dignidade humana, mas sim a democracia ocupa o centro fundamental do sistema constitucional, pois "a democracia há de resistir a tantos golpes, porque ela, no fundo, é o verdadeiro ser, a verdadeira alma da Constituição brasileira de 1988".

17 Barroso (2014, p. 14) leciona que, "na cultura ocidental, começando com os romanos e chegando até o século XVIII, o primeiro sentido atribuído à dignidade – enquanto categorização dos indivíduos – estava associado a um *status* superior, uma posição ou classificação social mais alta".

18 Immanuel Kant (1998, p. 42), em sua filosofia, relaciona dignidade com autonomia (vontade livre), de forma que o homem é um fim em si mesmo e não um meio. "No reino dos fins

tudo tem um preço ou uma dignidade. As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes; as coisas, por outro lado, que estão acima de todo preço e não podem ser substituídas por outras equivalentes têm dignidade".

19 Comenta o autor: "Não é difícil perceber, nesse contexto, a dupla dimensão da dignidade humana: uma interna, expressa no valor intrínseco ou próprio de cada indivíduo; outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros. A primeira dimensão é por si só inviolável, já que o valor intrínseco do indivíduo não é perdido em nenhuma circunstância; a segunda pode sofrer ofensas e violações" (BARROSO, 2014, p. 61-62).

20 Nesse sentido, Barroso (2014, p. 64) leciona: "Como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais".

21 Alguns doutrinadores preferem considerar a dignidade humana, sob a ótica jurídica, como um direito autônomo. Barroso (2014, 67-68) defende a posição de natureza jurídica de princípio, visto que, "uma vez que a dignidade é tida como alicerce último de todos os direitos verdadeiramente fundamentais e como fonte de parte de seu conteúdo essencial, seria contraditório considerá-la um direito em si, já que ela é parte de diferentes direitos. Além disso, se a dignidade humana fosse considerada um direito fundamental específico ela necessariamente iria ter que ser ponderada com os outros direitos fundamentais, o que a colocaria em uma posição mais fraca do que ela teria caso fosse utilizada como um parâmetro externo para aferir soluções possíveis nos casos de colisões de direitos. Como um princípio constitucional, contudo, a dignidade humana pode precisar ser ponderada com outros princípios ou metas coletivas".

22 Barroso (2014, p. 66) exemplifica o caso dos direitos ao voto e à privacidade que não estão expressos na Constituição dos Estados Unidos, e o direito contra a autoincriminação, que não está enumerada na Constituição do Brasil.

23 "Cada vida humana tem um tipo especial de valor objetivo (...) O sucesso ou fracasso de qualquer vida humana é importante em si mesmo (...) todos nós deveríamos lamentar uma vida desperdiçada como algo ruim em si, seja a vida em questão a nossa ou a de qualquer outra pessoa."

24 No regime nazista predominava a ideia de Dignidade do Estado, em detrimento da dignidade humana. De forma semelhante, a Constituição de 1977 da União Soviética mencionada dignidade da cidadania soviética e dignidade nacional. Ainda hoje, a Constituição da China prevê que o Estado deve proteger a dignidade do sistema legal socialista.

25 Em relação ao direito à vida, deve-se frisar que repousam controvérsias em algumas questões como o aborto, o suicídio assistido e a pena de morte, esta última abolida na maioria dos países, sendo expressamente proibida pela Carta Europeia, mas persiste em países como os Estados Unidos da América.

26 "O direito à integridade física abrange a proibição da tortura, do trabalho escravo e das penas cruéis ou degradantes. É no âmbito desse direito que se desenvolvem discussões acerca da prisão perpétua, técnicas de interrogatório e condições nas prisões" (BARROSO, 2014, p. 78).

27 A integridade psíquica também compreende o direito à honra pessoal, à imagem e à privacidade.

28 Acerca da igualdade formal, discorre Barroso (2014, p. 78): "Todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração. Isso implica na proibição de discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia ou nacionalidade, sexo, idade ou capacidade mental (o direito à não discriminação) e no respeito à diversidade cultural, linguística ou religiosa (direito ao reconhecimento)."

29 Nesse sentido, leciona Barroso (2014, p. 79): "A autonomia é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e ter uma vida boa."

30 Autonomia privada refere-se a direitos como a liberdade de religião, expressão e associação.

31 Autonomia pública refere-se a direitos de participação política, como o voto e a capacidade eleitoral passiva.
32 O mínimo existencial refere-se ao conteúdo essencial dos direitos sociais e econômicos. Barroso (2014, p. 87) defende que "o mínimo existencial está no cerne da dignidade humana, e que a autonomia não pode existir onde as escolhas são ditadas apenas por necessidades pessoais. Desse modo, portanto, aos muito pobres deve ser conferida proteção constitucional".
33 Nesse sentido, complementa Barroso (2014, p. 87): "O indivíduo, portanto, vive dentro de si mesmo, de uma comunidade e de um Estado. Sua autonomia pessoal é restringida por valores, costumes e direitos de outras pessoas tão livres e iguais quanto ele, assim como pela regulação estatal coercitiva."
34 Conforme leciona Alexy (2008, p. 51), as "normas de direitos fundamentais são normas. Por isso, o conceito de norma de direito fundamental compartilha todos os problemas que dizem respeito ao conceito de norma", ou seja, podem assumir a forma de princípios ou regras. Ainda, conforme Alexy (2008, p. 90), a diferença entre as regras e princípios reside, além do grau de generalidade e abstração, na seara do campo qualitativo; as regras refletem mandamentos definitivos, de forma que ou se aplicam ou não se aplicam, (conforme a já mencionada lógica do tudo ou nada traçada por Dworkin) e os princípios configuram mandamentos de otimização, ou seja, devem ser aplicados de forma a conferir a maior eficácia possível ao caso concreto.
35 § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
36 Nas palavras de José Afonso da Silva, são "aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte" (SILVA, 2008, p. 118).
37 Utiliza-se a expressão "norma geral abstrata" para identificar o conteúdo extraído dos elementos textuais de corpo normativo, em contrapartida à "norma jurídica" (individual e concreta), fruto da aplicação concreta da norma abstrata, que resulta num determinado comando a determinada pessoa ou grupo de pessoas em determinada situação concreta, consoante os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho (2012, p. 284-285). Exemplificando com o ato administrativo de lançamento tributário, "cabe à autoridade administrativa ou ao contribuinte, conforme o caso, aplicar a norma geral e abstrata, produzindo norma individual e concreta, nela especificando os elementos do fato e da obrigação tributária, com o que fará surgir o correspondente crédito fiscal" (CARVALHO, 2008, p. 432).
38 Como exemplo de norma constitucional de eficácia limitada tem-se o inciso IX do art. 37, que dispõe: "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público".
39 Assim define José Afonso da Silva: "são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos em que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados" (SILVA, 2008, p. 116).
40 O mais clássico exemplo dessas normas é o disposto no art. 5º, XIII: "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer."
41 Consoante leciona José Afonso da Silva, tais normas são "de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são autoaplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos" (SILVA, 2008, p. 101/102).
42 IV – salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
43 XIX – licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

44 Nesse sentido leciona Eros Grau (2008, p. 321): "Para fazê-lo sucintamente, relembro, ainda outra vez, que o preceito inscrito no §1º do art. 5º da Constituição de 1988 afirma a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, Isso significa que tais normas devem ser imediatamente cumpridas pelos particulares, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo. Significa, ainda, que o Estado também deve prontamente aplicá-las, decidindo pela imposição do seu cumprimento, independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo, e as tornando jurídica ou formalmente efetivas. Por essa razão é que tais normas já não têm mais caráter meramente programático, assumindo a configuração de preceitos autoexecutáveis, aos quais o aplicado último do direito – o Poder Judiciário – deve conferir efetividade jurídica ou formal."

45 "Levando-se em conta esta distinção, somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, §1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, entendimento este sustentado, entre outros no direito comparado, por Gomes Canotilho e compartilhado, entre nós, por Flávia Piovesan. Percebe-se, desde logo, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma de suas diferenças essenciais relativamente às normas-princípio), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o *quantum* de aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta".

46 Noutro caso, o STF manteve o mesmo entendimento para aplicar a impenhorabilidade de pequena propriedade rural: "Impenhorabilidade da pequena propriedade rural de exploração familiar (Const., art. 5º, XXVI): aplicação imediata. (…) A falta de lei anterior ou posterior necessária à aplicabilidade de regra constitucional – sobretudo quando criadora de direito ou garantia fundamental -, pode ser suprida por analogia: donde, a validade da utilização, para viabilizar a aplicação do art. 5º, XXVI, CF, do conceito de "propriedade familiar" do Estatuto da Terra" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 136.753-9, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 25/04/1997).

47 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais.

48 Conclui o autor: "É que, como ensina Hesse, a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito Democrático sob a forma da legalidade" (MENDES, 2007, p. 1029).

49 O trecho voto do Ministro Joaquim Barbosa relativo às cláusulas pétreas foi bastante criticado pelos demais ministros da Corte Suprema, mas merece ser transcrito em sua íntegra: "Com a devida vênia daqueles que têm outro ponto de vista, eu sempre vi com certa desconfiança a aplicação irrefletida da teoria das cláusulas pétreas em uma sociedade com as características da nossa, que se singulariza pela desigualdade e pelas iniquidades de toda sorte. […] Vejo a teoria das cláusulas pétreas como uma construção intelectual conservadora, antidemocrática, não razoável, com uma propensão oportunista e utilitarista a fazer abstração de vários outros valores igualmente protegidos pelo nosso sistema constitucional. Conservadora porque, em essência, a ser acolhida em caráter absoluto, como se propõe nesta ação direta, sem qualquer possibilidade de limitação ou ponderação com outros valores igualmente importantes, tais como os que proclamam o caráter social do nosso pacto político, a teoria das cláusulas pétreas terá como consequência a perpetuação da nossa desigualdade. Constituiria, em outras palavras, um formidável instrumento de perenização de certos traços da nossa organização social. A Constituição de 1988 tem como uma das suas metas fundamentais operar profundas transformações em nosso quadro social. É o que diz seu art. 3º, incisos III e IV. Ora, a absolutização das cláusulas pétreas seria um forte obstáculo para a concretização desse objetivo. Daí o caráter conservador da sua pretendida maximização. Essa teoria é antidemocrática

porque, em última análise, visa a impedir que o povo, por intermédio de seus representantes legitimamente eleitos, promova de tempos em tempos as correções de rumo necessárias à eliminação paulatina das distorções, dos incríveis e inaceitáveis privilégios que todos conhecemos. O povo tem, sim, o direito de definir o seu futuro, diretamente ou por meio de representantes ungidos com o voto popular" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3105, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento em 18/08/2004, DJ 18-02-2005).

50 "Sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre as grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticos que são os Estados."

51 "A simples enunciação do problema e a utilização de terminologia diferenciada parecem demonstrar que o constituinte não obrou com o melhor apuro técnico quando disciplinou os direitos e garantias nas sua diversas dimensões. É certo, por outro lado, que o constituinte pretendeu conferir disciplina destacada aos direitos individuais e aos direitos sociais, tal como se pode depreender dos dispostos nos arts. 5º, 7º e 8º do texto constitucional. A cláusula pétrea do art. 60, §4º, não parece abranger os direitos sociais, que, como visto, não se confundem com os direitos individuais" (MENDES, 2007, p. 451).

52 Em outro julgado, o STF assim sedimentou entendimento: "Uma emenda constitucional, emanada, portanto, de constituinte derivado, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo STF, cuja função precípua é de guarda da Constituição. A EC 3, de 17-3-1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica o art. 150, III, b, e VI, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, § 2º, art. 60, § 4º, inciso IV, e art. 150, III, b, da Constituição)." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgamento em 15/12/1993, DJ de 18/03/1994).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais.* Palestra proferida na fundação casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10/12/1998.

_____. "Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático". In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. "Sobre a Estrutura dos Princípios Jurídicos". In: *Revista Internacional de Direito Tributário.* Belo Horizonte: ABRADT, v.3, p. 155-167, jan./jun. 2005.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*: o enfoque da doutrina social da igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed., ver e compl. à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/1996. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
BALERA, Wagner. *Competência jurisdicional na previdência privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.
BÍBLIA SAGRADA. Tradução dos originais mediante a versão dos Monges de Maredsous (Bélgica) pelo Centro Bíblico Católico. 87. ed. São Paulo: Ave Maria, 1992.
BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral I. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999, p. 104.
BONAVIDES, Paulo. "A quinta geração de direitos fundamentais". In: *Direitos Fundamentais & Justiça,* Porto Alegre, ano 2 - nº 3, abr./jun. 2008.
_____. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
BORGES, José Souto Maior. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. 40. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988:* Conteúdo Jurídico das Expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
BRITTO, Carlos Ayres. "Poder Constituinte *versus* Poder Reformador".

In: *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
_____. *Direito Tributário*: Fundamentos Jurídicos da Incidência, 9. edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
_____. *Direito Tributário*: Linguagem e método, 2. edição. São Paulo: Noeses, 2008.
CASTILHO, Paulo César Bária de. *Confisco Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
_____. "Infrações e sanções tributárias no estado democrático de direito". In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 66, jan. 2006.
CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. Tradução Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2009.
COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição 1988 – Sistema Tributário.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
_____; SANTIAGO, Igor Mauler; MANEIRA, Eduardo. *Constitucionalidade da Lei Federal nº 10.165/2000, que criou a taxa de controle e fiscalização ambiental.* Disponível em http://sachacalmon.com.br, 2015.
DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.
DÓRIA, Antônio R. Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e "due processo of Law"*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here*: principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006.
_____. *Uma questão de princípios.* Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
FERRAJOLI, Luigi. "O Direito como sistema de garantias". In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *O princípio do não-confisco no direito tributário.* São Paulo: RT, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.* 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
HABERMAS, Jürgen. "The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights". In: *Metaphilosophy*, Oxford, vol. 41, n. 4, p. 464- 480, jul. 2010.
HARET, Florence. "Princípios (e interpretações) aplicáveis às sanções tributárias: análise das imposições de ordem constitucional e da exegese mais recente da jurisprudência em matéria de ilícitos tributários". In: *Revista tributária das Américas*, São Paulo, v. 9, jan. 2014.
HESSE, Konrad. "Significado de los derechos fundamentales". In: *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Tradução da segunda edição alemã por LOS RIOS, Fernando de. Buenos Aires: Albatros, 1970.
KANT, Immanuel. *The mataphysics of morals*. NewYork: Cambridge University Press, 1998.
LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 1983.
MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais.* São Paulo: Atlas, 2008.
MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sistema Tributário na Constituição de 1988.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001.
MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
_____. "O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras". In: *Revista Diálogo jurídico*, Salvador, ano 1, vol. 1, nº 5, agosto de 2001.
MENKE, Cassiano. *A proibição aos efeitos de confisco no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2008.
PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional*

internacional. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
PONTES, Helenilson Cunha. *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário.* São Paulo: Dialética, 2000.
ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.
SANTIAGO, Igor Mauler. *Construindo o Direito Tributário na Constituição:* uma análise da obra do Ministro Carlos Mário Velloso. Praticabilidade e razoabilidade na quantificação das taxas. A visão do Ministro Carlos Velloso. Comentários às decisões tomadas na ADIn-Mc n. 1.772-7/MG e no RE n. 232.393-1. São Paulo. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*. v. 1. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
STRECK, Lenio. "As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*". *In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.
TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.