

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Alexandre Dias de Andrade Furtado

**ANÁLISE DA RELEVÂNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO
CRITÉRIO DELIMITADOR DA APLICAÇÃO DO PRIMADO DO NÃO-CONFISCO**

MESTRADO EM DIREITO

**São Paulo
2017**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Alexandre Dias de Andrade Furtado

**ANÁLISE DA RELEVÂNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO
CRITÉRIO DELIMITADOR DA APLICAÇÃO DO PRIMADO DO NÃO-CONFISCO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos, sob a orientação do Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho.

**São Paulo
2017**

Banca Examinadora

Catálogo da Publicação

A Vanessa e Leonardo, que sempre estão em meus pensamentos.

"A vida é muito maior que a soma de seus momentos." Zygmunt Bauman

Agradeço a minha eterna companheira de jornada Vanessa e ao meu amado filho Leonardo. Os dois são meu maior motivo de felicidade e de gratidão nesse curto espaço de tempo que passamos por aqui.

Aos meus pais, pelo amor recebido e pela eterna e inabalável confiança em mim. Sem isso, nada seria possível.

Exteriorizo o meu profundo agradecimento ao meu orientador, Willis Santiago Guerra Filho, por sua amizade e generosidade em compartilhar seu vasto conhecimento e ideias durante o tempo que passamos juntos.

A Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho, dileto amigo que me incentivou e ajudou na consecução dessa importante realização.

Ao amigo Henrique Garbellini Carnio, pelas preciosas colaborações e ajuda durante as aulas do mestrado e fora delas.

Lista de Abreviaturas

CF: Constituição Federal

CTN: Código Tributário Nacional

OCDE: Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

STF: Supremo Tribunal Federal

COFINS: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social

RESUMO

Tendo em vista a indeterminação do conceito do não-confisco contido no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, surge, com grande preocupação, dúvida sobre quais seriam os limites para que a tributação não atinja o núcleo básico de proteção ao indivíduo, privando-o de uma vida digna. Por outro lado, sem recursos, não é possível ao Estado Social cumprir com sua obrigação de prover aos cidadãos os direitos consagrados na Constituição Federal. O desenvolvimento social – erradicação da pobreza e igualdade entre os indivíduos – é que guia a atividade estatal para a consecução do projeto estipulado pelo Legislador Originário. Ainda assim, o Estado não pode deixar de atentar para a capacidade contributiva do indivíduo como limitação ao poder de tributar, sob pena de restar configurado o confisco. O princípio do não-confisco é o último baluarte na proteção dos direitos do indivíduo e da sua existência com dignidade.

Palavras-chave: Tributação, Não-confisco, Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

In view of the indeterminacy of the no-confiscation concept contained in article 150, item IV, of the Federal Constitution, there is great concern about the limits of taxation not to reach the basic nucleus of protection of the individual, depriving him of a dignified life. On the other hand, without resources, it is not possible for the Social State to fulfill its obligation to provide citizens with the rights enshrined in the Federal Constitution. Social development, with the eradication of poverty and with equality between individuals, is what guides the state activity to the achievement of the project stipulated by the Original Legislator. However, the State cannot ignore the individual's ability to contribute as a limitation to the power to tax, because if it does, invariably, the state's progress will be considered confiscation. It is thus the principle of non-confiscation the last bulwark in the protection of the rights of the individual and their existence with dignity.

Key-Words: Taxation, Non-confiscation, Fundamental Rights, Dignity of the Human Person

SUMÁRIO

Lista de Abreviaturas

Resumo

Abstract

Introdução.....	13
1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE ESTADO.....	16
1.1. O Estado Liberal.....	16
1.2. As Condições para a Instalação do Estado Total na Alemanha.....	27
1.3. O Estado Total.....	40
1.4 O Retorno ao Estado Social.....	61
1.5. O Neoliberalismo.....	71
1.6. Os fins do Estado.....	75
1.7. Os fins do Estado brasileiro.....	79
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	92
2.1. Conceito de Direitos Fundamentais.....	92
2.2. Direitos Fundamentais na Teoria Constitucional de Carl Schmitt.....	94
2.3 Características e Elementos dos Direitos Fundamentais.....	97
2.4. A Teoria dos Quatro Status de Jellinek.....	102
3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	108
3.1. A Dignidade da Pessoa Humana em Kant.....	108
3.2. A Dignidade da Pessoa Humana na visão da doutrina brasileira.....	112
3.3. Teoria dos Valores.....	117
3.4. O Mínimo Existencial.....	126
4. O ESTADO E A TRIBUTAÇÃO.....	133
4.1. A função social do tributo.....	133
4.2. O dever fundamental de pagar tributos como instrumento de concretização de direitos.....	137
5. O PRINCÍPIO DO NÃO-CONFISCO.....	141
5.1. Os Impostos e sua Tipologia.....	141
5.2. Conceito de Confisco: Posicionamento da doutrina.....	144
5.3. O Confisco No Brasil, um panorama geral	153

6. Conclusão.....	160
7. Bibliografia.....	163

INTRODUÇÃO

Questão de grande relevância se encontra no contorno dos limites do artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, que reza acerca do princípio que veda a imposição, pelo Estado, de tributos com efeito confiscatório. A ausência de uma definição, nos moldes existentes na Constituição Federal de 1934, dificulta a interpretação a ser feita acerca de quais núcleos de proteção o Legislador Originário tinham em mente quando da sua estipulação.

É certo afirmar que mesmo não havendo uma definição quantitativa, o princípio da dignidade humana, por si só, já impõe uma delimitação ao poder de tributar do Estado. Problema reside no fato de que referido cânone, da mesma forma que o princípio do não-confisco, sobra de imprecisão semântica, sendo, deste modo, necessária a busca de uma definição do que venha a ser o mínimo existencial, como limite inferior de proteção ao indivíduo.

A construção dos direitos de liberdade do indivíduo se desenvolveu no decorrer da história humana, a partir de momentos críticos, onde o homem deixou de ser considerado como um fim em si mesmo, conforme a doutrina de Kant, passando a ser considerado como um mero objeto a ser utilizado para a manutenção do poder. A *Magna Charta Libertatum*, de 1215, a Constituição Americana, de 1787, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, do ano de 1789, e mais recentemente, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do ano de 1948, tiveram o escopo de formar o atual arcabouço jurídico universal de proteção aos direitos humanos.

O mínimo existencial, como direito inerente a todos os seres humanos, e, portanto, decorrente da dignidade da pessoa humana, propõe a alteração do núcleo de proteção contra o poder arreatório do Estado, que nas teorias clássicas davam ênfase a uma visão patrimonialista, passando, posteriormente, para uma ideia fiel à Kant de que o próprio homem seria sujeito da proteção conferida contra a espoliação estatal.

Apesar da insuficiência dos conceitos firmados pela doutrina em face da dificuldade em se compreender os contornos que o princípio visa a proteger, constata-se que o Supremo Tribunal Federal, em arestos mais recentes sobre o tema, vem alargando o núcleo de direitos a serem protegidos, com efeito de limitar o exercício do poder de tributar. O mínimo existencial,

deste modo, afigura-se como a exteriorização da dignidade da pessoa humana plasmada no Estado Democrático de Direito e na concretização de justiça social¹.

Em razão disso foi feito um histórico acerca da evolução do Estado no decorrer da história, pontuando as principais características na sua formação e no desenvolvimento dos direitos de liberdade e sociais.

Deste modo, o primeiro capítulo mostra a evolução do Estado Liberal, onde a intervenção estatal era mínima, não sendo garantido nenhum direito social, apenas os direitos de liberdade. Posteriormente, partimos para o estudo do Estado Social, que teve o seu surgimento iniciado a partir da eboição de movimentos sociais, em razão dos excessos cometidos pela ausência de regulamentação estatal e dos abusos cometidos na revolução industrial, chegando à influência que tais movimentos tiveram no constitucionalismo da época com o surgimento das primeiras Constituições que passaram a incluir um rol de direitos sociais em seu corpo, como foi a do México (1917) e de Weimar (1919).

Prosseguimos com o estudo do Estado Total que, mesmo sendo social em sua forma embrionária, acabou por ser progressivamente desconfigurado ao ponto de se verem suprimidos todos os direitos conferidos aos indivíduos, sejam os de liberdade ou mesmo os sociais.

Com o surgimento do neoliberalismo, como alternativa para a crise que se instalou no seio do Estado Social diante do aumento de suas competências e do custeio para a manutenção do sistema de bem-estar social, encerramos o estudo do Estado e entramos na teoria dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Analisaremos, de igual maneira, dentro do tópico relativo à dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, no segundo e terceiro capítulos, as teorias de Imanuel Kant e de Georg Jellinek. O primeiro afirma que o homem deve ser o centro na formulação de uma lei universal que verse acerca de uma representação racional dos princípios morais. Georg Jellinek, por sua vez, propôs uma teoria onde o indivíduo pode se encontrar em quatro status em relação ao Estado. Tais status partem da diferenciação entre os direitos e deveres entre eles.

¹ Häberle, Peter. El Estado Constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. pp. 356-362.

Progredimos para a análise da tributação e da dificuldade de conceituação do princípio do não-confisco e suas implicações, no quarto e quinto capítulos, partindo-se de análise doutrinária para mostrar a dicotomia na interpretação, sendo que alguns levam em consideração a carga tributária total para tentar quantificar o que venha a ser o confisco, enquanto que outros acreditam que tal mensuração somente seria possível a partir da análise dos tributos, individualmente.

Por último, ainda dentro do quinto capítulo, demonstramos a falta de racionalidade de nosso sistema tributário, que onera os mais pobres em desfavor dos mais ricos, tendo em vista a carga tributária se concentrar mais nos impostos indiretos, como é o caso do consumo, do que nos tributos incidentes sobre a renda e patrimônio.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE ESTADO

2.1. O Estado Liberal

O Estado Liberal, conhecido também como “Estado Constitucional”, originou-se a partir de eventos históricos de grande relevância.

Foi na Inglaterra onde teve início o processo gradual de diminuição da concentração do poder dos Estados absolutistas. A *Magna Charta Libertatum*, de 1215 – que não era propriamente uma constituição – buscou instituir princípios básicos de uma estruturação política e jurídica do Estado. Essa nova organização tinha como base a limitação dos poderes do então Rei João Sem Terra. O documento não menciona e nem garante expressamente a proteção aos direitos individuais de todos os cidadãos, mas tão somente prerrogativas aos barões quanto à inviolabilidade de seus direitos à vida, liberdade e propriedade. A supressão desses direitos somente poderia se dar por meio da “lei da terra” (*law of the land*), configurando-se, assim, a diminuição do poder real. Tais premissas foram posteriormente reafirmadas na *Petition of Rights* (1628), no *Habeas Corpus Act* e no *Bill of Rights* (1688), esse último decorrente da Revolução Inglesa de 1688, firmando a definitiva supremacia do Parlamento ao reduzir, sensivelmente, o poder do monarca, que ficou impedido de legislar autonomamente, de impor tributos ou convocar o exército sem autorização.

A partir do desenvolvimento do capitalismo e da industrialização, a burguesia não mais admitia ter papel coadjuvante dentro da concertação estatal, o que tornava inevitável uma confrontação direta com o absolutismo e a nobreza. Assim se deu com a Revolução Gloriosa (1688-1689), onde o rei católico, Jaime II, – considerado um obstáculo aos interesses comerciais da burguesia, tendo em vista sua orientação religiosa e política –, foi deposto em favor de Maria e Guilherme de Orange. Esses reis protestantes e de direção mais progressista tinham interesses no desenvolvimento do comércio e da industrialização, bandeira defendida pelos burgueses. A deposição de Jaime II foi evento marcante no sentido de pôr termo ao absolutismo monárquico britânico e de reforçar o poder do Parlamento, que, como já afirmado, orientou mudança substancial nos direitos e garantias dos indivíduos, com a adoção do *Bill of Rights*, além de outras medidas de suma importância como a impossibilidade do Rei majorar tributos sem a prévia autorização parlamentar.

Segundo preciosas lições de Dalmo de Abreu Dallari, a Revolução Inglesa conseguiu “[...] estabelecer limites ao poder absoluto do monarca e a influência do protestantismo”. A afirmação dos direitos naturais dos indivíduos, “nascidos livres e iguais, justificando-se, portanto, o governo da maioria, que deveria exercer o poder legislativo assegurando a liberdade dos cidadãos”².

De forma diversa, na Europa Continental, com o abatimento do poder da aristocracia feudal, a partir da revolução liberal-democrática, percebeu-se a necessidade da adoção de uma técnica de limitação de poder. Isso porque se feita a transição nos moldes ingleses, o poder passaria das mãos do monarca diretamente ao povo, fato esse que desagradava em muito a burguesia que tinha como aspiração a tomada do Estado.

Paulo Bonavides, com propriedade, assevera que a burguesia, com a adoção da separação de poderes, impossibilitou que o Estado abraçasse o princípio democrático, como dito por Rousseau. É que Montesquieu acreditava em uma transição relativista, ou seja, afastando-se o absolutismo da monarquia sem entregar o poder diretamente nas mãos do povo. A divisão de poderes seria, portanto, uma forma de se evitar a concentração do poder, servindo, assim, de anteparo às liberdades obtidas em desfavor das monarquias absolutistas³.

A separação de poderes, portanto, prevenindo a concentração do poder, permitiu a proteção da liberdade, do governo da lei e não o governo dos homens. Com a adoção do governo da lei, indiscutivelmente surge a igualdade entre os homens.

Outro marco histórico de grande importância e consequência direta do que ocorrido na Inglaterra foi a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, no ano de 1776. A luta contra o absolutismo inglês levou as 13 colônias na América a adotar os direitos naturais do homem como fundamento para a sua independência. Afirma Dalmo de Abreu Dallari⁴, que de nada adiantaria aos americanos trocar um rei absoluto inglês por outro americano. Dessa maneira, a Declaração de Independência foi o documento que veio a plasmar

² DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Direito. São Paulo: Saraiva. 2007, 26 ed. p. 148.

³ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. São Paulo. Malheiros. 2009. p. 70-72.

⁴ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Op. Cit. p. 148.

as ideias de Locke, em seu Segundo Tratado sobre o Governo⁵, acerca dos direitos naturais inalienáveis do indivíduo à liberdade, vida e propriedade.

Thomas Jefferson⁶, influenciado por Locke quando da redação da Declaração de Independência, arrolou quais seriam os direitos inalienáveis dos homens, como a vida, liberdade, igualdade e a procura pela felicidade. Ou seja, a fundação dos Estados Unidos teria como pedra fundamental a proteção dos indivíduos frente ao poder do Estado, reconhecendo-se, dessa maneira, direitos absolutamente inerentes ao ser humano:

Consideramos essas verdades como evidentes: que todos os homens são criados de certo igual; Que eles são dotados por seu criador com direitos inerentes e inalienáveis; Que entre estes são a vida, a liberdade e a busca da felicidade: para garantir esses direitos, os governos são instituídos entre os homens, obtendo seus poderes justos do consentimento do governado; Que sempre que qualquer forma de governo se tornar destrutiva desses fins, é o direito das pessoas de alterá-lo ou aboli-lo, e instituir um novo governo, estabelecendo-se o fundamento de tais princípios e organizando seus poderes sob essa forma, a eles Parece mais provável que afete sua segurança e felicidade⁷.

A Revolução Francesa de 1789 teve como origem o embate entre as três classes sociais então existentes: os burgueses (capitalista), a realeza (monarquia) e a nobreza (antigos senhores feudais).

Foi uma revolução burguesa que objetivava retirar o *ancien régime* do poder com a eliminação dos sustentáculos que ainda mantinham o absolutismo. O ideário revolucionário - que teve como expressão máxima a expressão *Liberté, Égalité, Fraternité* -, buscava pôr fim ao Estado absolutista estatuinto a liberdade, igualdade e fraternidade entre os indivíduos.

Tais valores, presentes na Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos de 1789, tiveram o condão de universalizar os direitos dos homens, conforme se lê no seu artigo

⁵ LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo Civil e outros Escritos. Petrópolis: Vozes. 2001. 3 ed. p. 159.

⁶ JEFFERSON, Thomas. Political Writings. Cambridge: Cambridge University Press. 1999, p. 97.

⁷ “We hold these truths to be self-evident: that all men are created certain equal; that they are endowed by their creator with inherent and inalienable rights; that among these are life, liberty, & the pursuit of happiness: that to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed; that whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or abolish it, & to institute new government, laying it’s foundation on such principles, & organizing it’s powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their safety & happiness”. (JEFFERSON, 1999, p. 97).

1º: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais podem ser fundadas somente após o bem geral”⁸⁹.

O liberalismo teve como pilar a liberdade total dos indivíduos com pequena intervenção estatal. Entretanto, fator indissociável do Estado Liberal foi a divisão de poderes.

Ricardo Lobo Torres¹⁰, citando Karl Löwenstein, afirma que o poder é demoníaco, pois em si mesmo já traz o germe de sua degeneração, se não for limitado. A liberdade somente poderá ser exercitada pelos cidadãos se for observada a divisão de poderes, vez que se trata de uma forma de garantia da liberdade.

A construção doutrinária da separação de poderes surgiu, primeiramente, em Locke, com a separação entre o legislativo e o executivo. Uma vez que aquele que faz a lei também se subordina aos seus efeitos, os poderes devem ser colocados nas mãos de pessoas diferentes. Contudo, a atual configuração da separação dos poderes somente apareceu com Montesquieu, quando preceitua que em cada Estado há três espécies de poderes: o executivo, o legislativo e o judiciário, enfatizando que não existe liberdade se o poder judiciário não se separa do poder legislativo e do executivo.

A ideia da divisão de poderes foi levada aos Estados Unidos e lá amplamente defendida por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, que, logo após a independência, publicaram uma coletânea de artigos na imprensa de Nova York, no ano de 1788, conhecido pelo nome de “O Federalista”. Os três autores já eram conhecidos pela luta intransigente pela independência americana, sendo que após a promulgação da constituição tiveram importantes cargos na administração federal. Ofereceram enorme contribuição à teoria da separação das funções do Estado, debruçando-se intensamente sobre a contenção do poder.

Madison no “O Federalista” de nº 51 afirma: “Mas afinal, o que é o próprio governo senão o maior de todos os reflexos da natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria

⁸ “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune”.

⁹ Disponível na Internet via <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 29/07/2017.

¹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. Sistemas Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 453-454.

necessário haver governos”¹¹. A declaração de Madison deixa claro que a natureza humana é, quem sabe, o que Hobbes defendeu como sendo *bellum omnium contra omnes* (guerra de todos contra todos) do Estado de Natureza, algo a ser domado, evitando-se, desse modo, a tendência natural de que o poder venha a se tornar arbitrário e tirânico.

Logo, somente com a criação do Estado é que se poderá evitar a guerra entre os homens, sendo que a limitação do poder somente se dará desde que haja a contraposição a outro poder, ou seja, poder freando poder.

O princípio da separação de poderes foi construído por meio de medidas constitucionais que busquem a garantir a autonomia aos diferentes ramos do poder, havendo, deste modo, a fiscalização e o controle de cada um dos poderes pelos demais. O fim último de tal medida seria, obviamente, um obstáculo às características humanas de acumular poder “[...] onde *todo* o poder de um dos ramos é concentrado nas mãos que enfeixam *todo* o poder de outro ramo, os princípios fundamentais de uma Constituição livre estarão subvertidos”¹².

Assim, o Estado Liberal, pós-período revolucionário, detinha como características principais a não intervenção do Estado na economia, vigência dos princípios da liberdade e da igualdade, adoção da teoria da divisão dos poderes de Montesquieu, supremacia da Constituição como norma limitadora do poder governamental e garantia de direitos individuais fundamentais, em especial a liberdade¹³.

Como bem asseverado por Milton Friedman:

Ao desenvolver-se em fins do século XVIII e princípios do século XIX, o movimento intelectual que tomou o nome de liberalismo enfatizava a liberdade como o objetivo último e o indivíduo como a entidade principal da sociedade. O movimento apoiou o *laissez-faire* internamente como uma forma de reduzir o papel do Estado nos assuntos econômicos ampliando assim o papel do indivíduo; e apoiou o mercado livre no exterior como um modo de unir as nações do mundo pacífica e democraticamente¹⁴.

¹¹ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. O Federalista. Campinas: Russell. 2005. p. 302.

¹² MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. Op. Cit. p. 302.

¹³ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. Malheiros: São Paulo, 2006, 4ª ed. 7ª tiragem, p. 102.

¹⁴ FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e Liberdade. São Paulo: Gen. LTC, 2014. p. 9.

A expressão francesa, *laissez-faire, laissez-passar, le monde va de lui-même* – deixe fazer, deixe passar, o mundo vai por si mesmo –, é conhecida como a exteriorização máxima do Estado Liberal e dá a exata dimensão da mínima intervenção do Estado no indivíduo, na vida social, na econômica e na política. Não há, desse modo, no Estado Liberal uma participação estatal na garantia de outros direitos que não sejam o da liberdade e da igualdade.

Reinhold Zippelius, acerca do Estado Liberal, aduz que “o Estado não deve regulamentar a vida econômica, como fazia até então sob a influência do mercantilismo. Deve limitar-se a garantir a segurança e a prosperidade dos cidadãos e, quanto ao mais, deixar o campo livre à iniciativa dos indivíduos. Os mais capazes entre estes são os que terão êxito e que levantarão afinal o nível do bem-estar geral, automaticamente, enquanto prosseguem os seus fins”¹⁵.

Entretanto, essa falta de intervenção estatal no campo econômico e social acabou por resultar em uma piora significativa na condição de vida e de trabalho dos indivíduos, impossibilitando a difusão do bem-estar até então prometido pelo Estado Liberal. O desnível de força socioeconômica entre os trabalhadores e os grandes industriais, que exploravam a mão-de-obra, inclusive infantil, deixou claro que a atividade econômica deveria sofrer uma maior intervenção a fim de se coibir tais abusos.

Willis Santiago Guerra Filho e Henrique Garbellini Carnio, com propriedade, asseveram que:

[...] a produção organiza-se sob o pressuposto de uma falsa igualdade entre o patrão e o operário, e sob a falsa liberdade de contratar como esses bem quisessem, o que, inevitavelmente, conduz a uma situação de exploração da parte necessitada de trabalhar, por parte de quem possuía o capital necessário para empresariá-lo¹⁶.

O fato da exploração ocorrida no período chegou à Igreja Católica – papado de Leão XIII, Carta Encíclica *Rerum Novarum* – Das Coisas Novas¹⁷ –, escrita em 15 de maio de 1891–

¹⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1971. p. 141.

¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago, CARNIO, Henrique Garbellini. Teoria Política do Direito. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013. 2ª ed. p. 136.

¹⁷ Leão XIII. *Rerum Novarum*, 2017. Disponível em: < https://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html />. Acesso em: 27 de junho de 2017.

que, ciente da condição desumana enfrentada pelos operários nas fábricas, denunciou os abusos cometido pelos grandes conglomerados industriais demandando a imediata intervenção do Estado para que fosse coibida tal situação.

José Ortega Y Gasset, em suas reflexões sobre a rebelião das massas, afirma que os direitos da população mais simples, em especial dos operários, somente seriam conquistados por meio da luta, discorrendo que “desde 1900 começa também o operário a ampliar e assegurar a sua vida. Entretanto, tem de lutar para consegui-lo. Não se encontra, como o homem médio, com um bem-estar posto diante dele solicitamente por uma sociedade e um Estado que são um portento de organização”¹⁸.

O Poder Legislativo concentrava o poder estatal, que, por sua vez, atendia aos interesses da burguesia. Assim, o controle político e do Estado era exercido pelo estamento político ligado à burguesia, havendo o alijamento das demais classes na discussão afeita à organização e condução das matérias de importância ao Estado. Com o estabelecimento do império da lei, o poder do Executivo sofreu grande restrição, pois ficou adstrito a cumprir o que as leis enunciavam, sendo que a correção dos atos exarados pelo Poder Executivo passou a ser controlada pelo Poder Judiciário, que tinha como mister garantir a observância da supremacia da legalidade.

Os interesses burgueses foram, desse modo, impostos a partir da legislação produzida pelo Parlamento, onde prevalecia a proteção jurídica à liberdade e à propriedade. Portanto, a limitação de poder do Estado relacionava-se com um núcleo de direitos individualistas.

A situação viria a mudar com o flagelo da Primeira Guerra Mundial (1914-1917) e a quebra da Bolsa de Nova Iorque (1929). Tais eventos levaram o sistema capitalista ao colapso e colocaram o mundo em uma crise humanitária de proporções nunca antes vistas.

¹⁸ ORTEGA Y GASSET, José. A rebelião das massas. São Paulo: Martins Fontes. 2ª ed. 2007. p. 86.

O marxismo, por seu turno, entendia que os “direitos dos homens” seriam resultado da submissão dos operários aos interesses da classe dirigente, sendo, assim, um reflexo da imposição do sistema econômico¹⁹.

Conforme leciona Thomas Piketty, a tragédia do desemprego nos países afetados pela Grande Depressão e o término do *laissez-faire* foram fatores determinantes para um “desânimo” generalizado com o Estado Liberal²⁰.

A Grande Depressão, desencadeada em outubro de 1929 pelo colapso do mercado de ações de Wall Street, atingiu os países ricos com brutalidades sem precedentes até esse momento: a partir de 1932, o desemprego afetou uma quarta parte da população ativa nos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido e França. A doutrina tradicional de “deixar ir” (*laissez faire*) e não-intervenção do poder público na vida econômica, que prevaleceu em todos os países no século XIX e em grande parte até o início dos anos 1930, foi desacreditada por muito tempo²¹.

O esgotamento do ideário liberal acabou por determinar o esfacelamento dos antigos regimes estabelecidos na Alemanha – Casa dos Hohenzollern – e na Rússia – Casa dos Romanov –, depois de dois importantes levantes populares. O primeiro, decorrente da derrota da Alemanha na Primeira Guerra Mundial, foi a denominada Revolução Alemã de 1918-1919. Já na Rússia, a Revolução Bolchevique foi a causa que precipitou a saída do país do conflito bélico e pôs fim ao czarismo. Tais movimentos populares retrataram a demonstração de descontentamento com as ideias liberais e com o sistema capitalista defendidos pelos regimes estabelecidos nos respectivos países.

Pontes de Miranda, com propriedade, afirma que a crise do liberalismo trouxe ao homem, independentemente de seu matiz ideológico, o egoísmo individualista.

Foi o egoísmo da extrema esquerda – correspondente ao egoísmo da individualista da direita, na alta finança. Tanto um quanto o outro lutaram

¹⁹ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. São Paulo. Martins Fontes. 2006, 1 ed. p. 81.

¹⁹ PIKETTY, Thomas. *El Capital en el Siglo XXI*. México: Fondo de Cultura Económica. 2014. 1 ed. eletrônica. p. 105.

²¹ “La Gran Depresión, desencadenada en octubre de 1929 por el colapso bursátil de Wall Street, golpeó a los países ricos con una brutalidad inigualada hasta ese momento: a partir de 1932, el desempleo afectó a la cuarta parte de la población activa tanto en los Estados Unidos como en Alemania, el Reino Unido y Francia. La doctrina tradicional de “dejar hacer” (*laissez faire*) y de no intervención del poder público en la vida económica, que prevalecía en todos los países en el siglo XIX y en gran medida hasta principios de los años de 1930, quedó desacreditada por mucho tiempo”.

contra qualquer intervenção do Estado, contra qualquer regramento que lhes cerceasse os impulsos individuais²².

Da mesma aceção partilha Pablo Lucas Verdù²³, afirmando que:

O Estado liberal de Direito apontava para a consecução da liberdade; mas, através do seu individualismo e a neutralidade que adotara ante as transformações sociais estava longe de realizar a justiça social²⁴.

O Estado Liberal foi, desse modo, incoerente na medida em que deu máxima efetividade à liberdade de arbítrio, sem, contudo, observar a liberdade ética, deixando de intervir quando denunciadas as situações de exploração da mão-de-obra, incluindo a infantil; igualmente, porque prometeu aos indivíduos a ilusória ideia de que a sociedade, sob a batuta de um sistema capitalista sem a intermediação dos Estados, se desenvolveria a ponto de acabar com as desigualdades, a fome e a pobreza extrema, garantindo, desse modo, o bem comum preceituado por Locke.

O sistema capitalista, nessa época onde não havia uma maior regulação pelos Estados, foi excludente, concentrando a riqueza ao invés de distribuí-la, causando o efeito inverso do que prometido pelo liberalismo. Como exemplo, na França e no Reino Unido, no período compreendido entre 1900 a 1910, a concentração de renda era tamanha que 10% dos mais ricos possuíam 90% do património nacional²⁵.

Thomas Piketty afirma que a concentração de renda é o elemento mais chamativo no liberalismo.

Por si só, 1% dos mais ricos tinham mais de 50% da riqueza total. A parcela do percentil superior ultrapassou 60% em certos países particularmente desiguais, como o Reino Unido. (...) A distribuição de capital consistiu de uma imensa maioria de pessoas que tinham quase nada e uma minoria possuindo praticamente todos os ativos²⁶.

²² PONTES DE MIRANDA, Francisco. Democracia, Liberdade, Igualdade. Campinas: Borsoi. 2002, 1 ed. p. 65.

²³ VERDÙ, Pablo Lucas. La Lucha por El Estado de Derecho. Op. Cit. p. 91.

²⁴ “El Estado liberal de Derecho apuntaba a la consecución da la libertad; pero, merced a su individualismo y a la neutralidad que adoptaba ante las transformaciones sociales estaba lejos de realizar la justicia social”.

²⁵ PIKETTY, Thomas. El Capital en el Siglo XXI. Ibidem. p. 193.

²⁶ “Por sí solos, el 1% de los más udientes tenían más del 50% del total de la riqueza. La participación del percentil superior incluso rebasaba el 60% en ciertos países particularmente desiguales, como el Reino Unido. (...) La distribución del capital consistía en una inmensa mayoría de personas que no tenían casi nada y una minoria poseedora de prácticamente todos los activos”.

Outros economistas, como Hayek, contudo, defendem a ideia de que o liberalismo teria sido mal compreendido, pois a falta de clareza no conceito de liberdade deixou de fornecer uma orientação clara aos governos quanto à necessidade de fortalecer a regulação do mercado²⁷.

Contudo, Hayek alerta para o fato de que o liberalismo e o individualismo, como objetivo social procurado pelo Estado Liberal, teriam a função de organizar a sociedade para que fossem atingidos o “bem comum” ou o “bem-estar geral”. Segundo ele, esses termos seriam vagos para o desenvolvimento de uma linha de ação por meio de políticas públicas. Logo, o bem-estar de milhões não poderia ser aferido por uma escala de valores única, ainda mais por ser impossível quantificar, dentro de uma hierarquia de objetivos que cada indivíduo possui, quais seriam as necessidades coletivas a serem adotadas, já que a felicidade e o bem-estar de um povo carecem de inúmeras coisas que lhe podem ser conferidas por uma série infindável de combinações. Para solucionar este problema, segundo aponta Hayek, seria necessário estabelecer um plano único onde para cada uma das necessidades seja atribuída uma posição numa ordem de valores humanos – fato este que pressupõe a existência de um prévio código ético²⁸.

A igualdade, tão preceituada como direito natural inerente ao ser humano e fundada na liberdade, foi deixada de lado por não se afinar com o sistema econômico e a exploração da mão-de-obra operária.

O desenvolvimento do Estado Liberal teve seu mais notório sucesso nos Estados Unidos da América, onde, até hoje, se busca implementar algumas políticas de maior proteção ao indivíduo, não sem antes haver manifestações contrárias pela parte mais conservadora do *establishment* político que defende a meritocracia e a liberdade absoluta em contratar sem a intervenção estatal.

Nesse sentido, Martin Kriele afirma que o Estado Constitucional não pode ter como base, somente, a economia de mercado. O liberalismo deve, conjuntamente, com os direitos humanos e a separação de poderes, garantir que o Estado Constitucional traga a estabilidade e a busca pelo bem comum. Contudo, nada garante que algum regime autoritário possa prometer

²⁷ HAYEK, Friedrich. *Law, Legislation and Liberty*. Londres. Routledge. 1998. p. 61.

²⁸ HAYEK, Friedrich. *O Caminho da Servidão*. São Paulo. Instituto Ludwig von Mises do Brasil. 2010. 6ª ed. p. 51.

a manutenção dessas liberdades para tomar o poder. Fato esse que veio, infelizmente, a se confirmar²⁹.

Martin Kriele aduz que existem duas vertentes do liberalismo econômico. O primeiro seria o *laissez-faire* propriamente dito, onde o mercado e a concorrência teriam plena e irrestrita confiança do Estado, sem levar em consideração a existência de monopólios e cartéis multinacionais que eventualmente levariam a sua auto-anulação. Já o segundo seria o liberalismo de ordem, oposição ao *laissez-faire*, onde a concorrência e o mercado recorrem a um parâmetro jurídico de ordem como meio de proteção. Paralelamente, no campo político haveria o *laissez-faire* das ideias e da força política, impondo e monopolizando, os mais fortes, o poder político. A liberdade política irrestrita, portanto, seria transitória e levaria à auto-anulação da liberdade. Com relação ao liberalismo de ordem, diz Kriele que há de se vincular a liberdade a uma ordem constitucional, ou seja, a regras do Direito, para que aquela seja mais duradoura³⁰.

No campo fiscal, o Estado Liberal não exercia grande papel arrecadador, uma vez que a política do *laissez-faire* não deu competência aos Estados para que estes exercessem relevantes papéis regulatórios ou mesmo extrafiscais, restando, somente, a arrecadação de impostos para funções essenciais como a manutenção das forças armadas. Não há, no Estado Liberal, o confisco para fins tributários, pois a arrecadação estava atrelada ao pagamento de despesas públicas a fim de garantir a segurança necessária ao exercício da liberdade. Com relação à tributação da propriedade, seus limites eram aqueles aceitos pelo próprio cidadão através do consentimento na lei.

O Estado Liberal tinha a neutralidade econômica e social como sendo a principal de suas características, pois era fundado na tributação limitada tendo em vista serem as suas necessidades restritas a satisfazer as despesas primordiais decorrentes do funcionamento da máquina burocrática. Contudo, isso vem a ser alterado no Estado Social, que veremos mais a frente, que tinha como característica principal a intervenção social – de característica paternalista – que acabou por impedir que o cidadão se emancipasse. A preocupação do Estado

²⁹ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2009. 1ª ed. p. 445-446.

³⁰ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ibidem. p. 445-446.

Liberal reside no funcionamento global da sociedade e da economia, sendo assim necessário um alargamento da tributação.

O liberalismo e o individualismo foram os catalizadores do colapso social e econômico que se aplacou sobre o mundo e, também, serviram como elemento principal para um dos períodos mais sombrios da humanidade, o Estado Total.

1.2. As Condições para a Instalação do Estado Total na Alemanha

A instituição na Alemanha pelo nacional-socialismo do Estado Total é fato histórico até hoje extremamente relevante. Especialmente porque a Constituição de Weimar, que antecedeu ao Estado nazista, foi extremamente generosa em termos de reconhecimento dos direitos humanos, sendo até hoje lembrada, ao lado da Constituição mexicana, como documento que pela primeira vez introduziu matérias relativas ao processo produtivo, como relações de trabalho, previdência, saneamento, saúde, educação, etc.

Contudo, mesmo sendo documento vanguardista no que diz respeito à proteção do bem-estar e dos direitos humanos, Weimar foi destruída pela ideologia do nacional-socialismo, com sua xenofobia, nacionalismo e controle absoluto de todos os aspectos da sociedade alemã. Foi, igualmente, o Estado Total nacional-socialista responsável pela deterioração da moral humana, com seus campos de concentração, a escravidão da mão-de-obra de internos, a perseguição política, o extermínio, a guerra e a fome. É desta maneira de suma importância o estudo do Estado Total com o propósito de apreender meios de se evitar a repetição de período tão desabonador da história da humanidade.

O alerta se faz necessário, uma vez que hoje vemos o recrudescimento do nacionalismo e da xenofobia no mundo, além da emergência da possibilidade de um conflito nuclear que afetaria a todos indiscriminadamente. O militarismo ganha força e com isso o prato da balança pende para uma menor eficácia dos direitos humanos. O Estado Social, carente de recursos, pois dependente da arrecadação de impostos, amarga prejuízos fiscais que resultam em uma diminuição na rede de proteção prometida ao cidadão desvalido. A crise econômica, debelada em 2008, e que até hoje mantém seus efeitos nefastos na camada mais carente da

população mundial, fez com que a concentração de renda ficasse maior, trazendo revés à justiça social.

Todos esses fatos, de certa forma, assemelham-se com o contexto vivido na República de Weimar. Por isso, se faz premente a necessidade de se conhecer e estudar tal período com a finalidade de se evitar a repetição. Vimos como o sistema político foi enfraquecido e minou a confiança da população a ponto de essa preferir a instalação de uma ditadura no lugar de lutar pelo regime democrático. Esse fato, de certa forma se repete no Brasil, pois o pluripartidarismo aqui vilipendia a nossa Constituição Federal.

Max Weber, em sua obra *Economia e Sociedade*, na visão de Herbert Marcuse³¹, tinha a industrialização como destino histórico dos países ocidentais e principalmente da Alemanha criada por Bismarck. A industrialização para Weber representava a racionalidade ocidental e seria a forma, na política adotada pelo Reich, para encerrar o Estado-Feudal conservador que ainda predominava. A luta pela democracia e pelo fim do socialismo seriam os objetivos do Estado-Nação.

Para Weber, segundo Marcuse, o racionalismo ocidental acabou por encontrar como caixa de ressonância o capitalismo, sendo este último um instrumento poderoso para a consecução do imperialismo, pois a independência da nação exigiria a industrialização intensiva e extensiva. A economia deveria servir à razão do Estado e ao poder nacional, que teriam a colonização e o exército como instrumentos poderosos para esses fins. O capitalismo ocidental é produto das condições sociais, políticas e econômicas do final da Idade Média, sendo que sua racionalidade decorre da conduta e da atitude psicológica e econômica dos atores do processo capitalista. Podemos, assim, afirmar que a Alemanha via na industrialização e no capitalismo o objetivo essencial para o seu reconhecimento como nação desenvolvida, situação essa que teve seu desenvolvimento interrompido pela derrota na Primeira Grande Guerra. A tecnologia, do mesmo modo como a burocracia, segundo Weber, fazia parte da racionalização dos meios de produção, logo, esses elementos somados seriam o suficiente para o progresso da sociedade alemã.

³¹ MARCUSE, Herbert. *La Sociedad Industrial Y El Marxismo*. Buenos Aires. Editorial Quintaría: 1969. 1ª ed. p. 10-11.

Weber afirmava que a concorrência entre os Estados nacionais, a fim de obter para si o capital, foi o catalizador para a implantação do moderno capitalista ocidental. A promessa que o capital traria as condições necessárias para tornar poderoso, o Estado que a executasse em seu território, acabou por determinar uma aliança – forçada – entre o capital e o Estado nacional. A união entre esses dois gestaria a classe burguesa nacional³². Assim, assevera Weber: “É, portanto, o Estado nacional fechado que garante ao capitalismo as possibilidades de sua subsistência e, enquanto não cede lugar a um império universal, subsistirá também o capitalismo”³³. O Estado racional, para Weber, seria o único a poder florescer o capitalismo moderno, em um funcionalismo especializado e em um direito racional³⁴.

Ilustrando bem a ideia weberiana, José Ortega Y Gasset aduz que:

Três princípios fizeram possível esse novo mundo: a democracia liberal, a experimentação científica e o industrialismo. Os dois últimos podem resumir-se num: a técnica. Nenhum desses princípios foi inventado pelo século XIX, mas procedem das duas centúrias anteriores. A honra do século XIX não estriba em sua invenção, mas em sua implantação. Ninguém desconhece isso. Mas não basta com o reconhecimento abstrato, e assim é preciso compreender perfeitamente suas inexoráveis consequências³⁵.

Segundo Habermas, a racionalização, para Weber, tinha como instrumento a “ampliação das esferas sociais que se submetem aos critérios da decisão racional”³⁶ sendo que os “critérios de ação instrumental penetram nos âmbitos da vida material que envolve a urbanização das formas de existência e tecnificação dos transportes e das comunicações”³⁷. Ou seja, para Habermas, Weber teria introduzido o conceito de racionalidade “para definir a forma de atividade econômica capitalista, do tráfego social regido pelo direito privado burguês e da dominação burocrática”³⁸³⁹.

³² WEBER, Max. Economia e Sociedade, Vol. II. São Paulo. UNB: 2004. 1ª ed. p. 517

³³ WEBER, Max. Economia e Sociedade. Ibidem. p. 517.

³⁴ WEBER, Max. Economia e Sociedade. Ibidem p. 518.

³⁵ ORTEGA Y GASSET, José. A rebelião das massas. Ibidem. p. 87.

³⁶ HABERMAS, Jürgen. Técnica e Ciência como ideologia. Lisboa: Edições 70, 2009. 1ª ed. p. 45.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. Técnica e Ciência como ideologia. Ibidem p. 45.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. Técnica e Ciência como ideologia. Ibidem. p. 45.

³⁹ “Racionalização significa, em primeiro lugar, a ampliação das esferas sociais, que ficam submetidas aos critérios da decisão racional. A isto corresponde a industrialização do trabalho social com a consequência de que os critérios da acção instrumental penetram também noutros âmbitos da vida (urbanização das formas de existência, tecnificação do tráfego e da comunicação). Em ambos os casos, trata-se da implantação do tipo de acção racional relativamente a fins: aqui, trata-se da organização dos meios e, além, da escolha entre alternativas. Por fim, a planificação pode conceber-se como uma acção racional e dirigida a fins de segundo grau: visa a instauração, melhoria ou ampliação dos próprios sistemas de acção racional e dirigida a fins. A “racionalização” progressiva da sociedade depende da institucionalização do progresso científico e técnico. Na medida em que a técnica e a

Ou seja, a racionalização progressiva da sociedade depende da institucionalização do progresso científico e técnico com a industrialização do trabalho social. Somados a isso, segundo Weber, a racionalização deveria seguir alguma forma de metodologia. Assim foi estabelecido que os fenômenos culturais seriam do tipo-ideal. O tipo-ideal é a forma de observação que usa o método histórico ao estudar a realidade e os fenômenos em sua especificidade. Weber entende que essa dinâmica pode ser observada independentemente do tempo e espaço, podendo ser simultânea.

A observação do tipo-ideal se dá quando há constante especialização profissional e ocorre a sua absorção pela máquina burocrática, conferindo sustentação, organicidade e suporte especializado, necessários às inovações tecnológicas. Weber entende que a burocracia é a forma que melhor retrata a racionalização dos meios de produção, pois segundo ele, há maior precisão, oficialidade, rapidez, uniformidade e a redução dos custos de produção⁴⁰. A burocratização é o sistema perfeito para a dominação e reflete o gradual processo de monetarização da sociedade e da evolução do capitalismo⁴¹.

O abatimento da população alemã era evidente pela carestia de recursos para fazer frente à hiperinflação, ao desemprego, e às duras condições previstas no Tratado de Versalhes quanto às reparações de guerra. O desalento moral foi mais duro de ser tolerado pelos alemães. Ao final da Primeira Guerra Mundial a população alemã, em geral, não conseguia entender os motivos que ensejaram a assinatura do armistício, fato esse que foi apontado pela extrema-direita como tendo sido uma traição cometida pelos comunistas, socialistas e judeus alemães

ciência pervadem as esferas institucionais da sociedade e transformam assim as próprias instituições, desmoram-se as antigas legitimações. Na medida em que a técnica e a ciência pervadem as esferas institucionais da sociedade e transformam assim as próprias instituições, desmoram-se as antigas legitimações. A secularização e o “desencantamento” das convicções orientadoras da ação, da tradição cultural no seu conjunto, é o reverso da uma “racionalidade” crescente da ação social”. HABERMAS, Jürgen. Técnica e Ciência como ideologia. p. 45-46.

³³ MARCUSE, Herbert. Op. Cit. p. 11-25.

⁴¹ “Estos factores han hecho posible el continuo crecimiento del capitalismo y la necesidad vital de la revolución ya no prevalece entre aquellas clases que, como "productores inmediatos", podrían ser capaces de detener la producción capitalista. La concepción de la revolución en Marx se basaba en la existencia de una clase pauperizada y deshumanizada, pero que al mismo tiempo estaba exenta de todo compromiso con el sistema capitalista y representaba, por consiguiente, una nueva fuerza histórica con necesidades y aspiraciones cualitativamente diferentes. En la terminología hegeliana, esta clase es la "negación determinada" del sistema capitalista y de las necesidades y satisfacciones vigentes. Pero la emergencia de tal fuerza negativa interna, cuya existencia y acción demostraría la necesidad histórica de la transición del capitalismo al socialismo está bloqueada en los países industriales avanzados, no por la represión violenta o por métodos terroristas de gobierno sino por una cierta coordinación y administración científicas y confortables. El lazo histórico interno entre el capitalismo y el socialismo parece así romperse no sólo ideológica sino también prácticamente, como resultado de los cambios en la propia base del sistema”. MARCUSE, Herbert. Op. Cit. p. 11-25.

para acabar com o *Reich*. A teoria da “punhalada nas costas” – *Dolchstoßlegende* – ganha força e dá ao nacional-socialismo, uma vez que em suas fileiras havia um grande número de veteranos de guerra, a capilaridade necessária à ascensão de Hitler ao *Reichstag*.

Além das especulações políticas acerca dos motivos que resultaram na assinatura da paz, o pagamento de pesadas compensações de guerra, principalmente à França, estabelecido no Tratado de Versalhes, agravou a grave crise econômica e ensejou a hiperinflação. A impressão de quantidades enormes de papel moeda para o pagamento das reparações de guerra fez com que o marco alemão se desvalorizasse e fosse corroído o poder de compra da população. O confisco, pelos Aliados, de quase todos os navios mercantes de bandeira alemã, com mais de 1.600 toneladas⁴², foi fator que restringiu o comércio e deflagrou a carestia de alimentos. O caos econômico estava instalado.

Segundo o economista britânico John Maynard Keynes, que participou ativamente da Conferência de Paz de Paris, em 1919, “(...) o valor do marco dentro da Alemanha precisaria ser aumentado de dezesseis a vinte vezes em relação ao seu valor de antes da guerra para ajustar-se aos preços no exterior”⁴³.

A reconstrução do país, diferentemente do que posteriormente ocorreria na Segunda Grande Guerra, restringia-se aos locais onde efetivamente os combates se desenvolveram, uma vez que naquela época não havia sido desenvolvido armamento ou aviação que tivesse poder suficiente para atingir os centros industriais e populacionais da Alemanha. O teatro de guerra restringia-se, após o início do período conhecido pelo nome de Guerra das Trincheiras (1915 – 1917), a localidades distantes, sendo a guerra desenvolvida de forma estática. A mudança nesse cenário só veio a ocorrer em 1918, quando os britânicos usaram, pela primeira vez na história, tanques em grande escala nas ofensivas contra o exército alemão, o que resultou na assinatura do armistício.

Logo, a reconstrução da infraestrutura destruída em decorrência dos combates foi algo pontual, não tendo grande relevância quanto ao desastre econômico e social desenvolvido.

⁴² KEYNES, John Maynard. *As Consequências Econômicas da Paz*. São Paulo. UNB: 2002. 1ª ed. p. 44.

⁴³ KEYNES, John Maynard. *As Consequências Econômicas da Paz*. Ibidem. p. 167.

Assim, pode-se dizer que a tragédia que se instalou na Alemanha foi em grande parte responsabilidade dos Aliados, pois houve uma exagerada e debilitante expropriação dos bens pertencentes aos alemães.

Keynes, atento ao fato, afirma que:

Em suma, não só a soberania e a influência da Alemanha são extirpadas de todas as suas antigas possessões de ultramar como os seus cidadãos nelas residentes, assim como a sua propriedade, perdem status e segurança legal⁴⁴.

Após a impossibilidade do pagamento das parcelas estipuladas pelos vencedores a título de reparação de guerra, os franceses e os belgas vieram ainda a ocupar o Vale do Ruhr, principal local de produção de carvão, ferro e aço e coração industrial alemão, nos anos de 1923 e 1924, o que veio a reforçar a ideia propagada pela extrema-direita de que a Alemanha fora traída internamente por indivíduos que tinham interesses econômicos na derrota do país.

Keynes afirma, diante da situação calamitosa da Alemanha no pós-guerra, que alertou a comunidade internacional, durante as tratativas que ocasionaram a assinatura do Tratado de Versalhes, acerca da possibilidade da convulsão política e social que poderia, não em um futuro muito longínquo, resultar no surgimento de um sentimento de revanchismo por parte dos alemães. Segundo Keynes, o Tratado de Versalhes sufocava os vencidos impondo-lhes pesados ônus em decorrência das reparações de guerra⁴⁵.

Em suas conclusões, acerca das reparações a serem pagas pela Alemanha à França, Bélgica e Inglaterra, Keynes assegura:

A política de reduzir a Alemanha à servidão por toda uma geração; de degradar a vida de milhões de seres humanos, de privar de felicidade uma nação inteira devia ser odiosa e repulsiva - mesmo se fosse possível, ainda que nos fizesse

⁴⁴ KEYNES, John Maynard. As Consequências Econômicas da Paz. Op. Cit. p. 46.

⁴⁵ KEYNES, John Maynard. As Consequências Econômicas da Paz. Op. Cit. p. 158. “O perigo que enfrentamos na Europa, portanto, é a rápida queda do padrão de vida, até um ponto em que parte da população passe fome (situação a que já se chegou na Rússia e de certa forma também na Áustria). Nem sempre as pessoas aceitam morrer de fome em silêncio: algumas são dominadas pela letargia e o desespero, mas outros temperamentos se inflamam, possuídos pela instabilidade nervosa da histeria, podendo destruir o que resta da organização social, e submergindo a civilização com suas tentativas de satisfazer desesperadamente as necessidades individuais. É contra esse perigo que todos os nossos recursos, nossa coragem e idealismo devem cooperar”.

enriquecer, mesmo que não semeasse a decadência na vida civilizada da Europa. Alguns a pregam em nome da justiça⁴⁶.

Se no campo econômico a Alemanha estava arruinada e sem condições de trazer bem-estar à sua população, no campo político a situação também não prosperava. O vácuo deixado pela abdicação do Kaiser Guilherme II, após o término do conflito armado, em decorrência da Revolução Alemã de 1918 – 1919, tirou do alemão comum o sentimento psicologicamente arraigado na sociedade alemã da necessidade de uma figura forte no comando do país. A unificação alemã foi tardia em relação aos demais países da Europa, exceção feita à Itália. No ano de 1871, os príncipes alemães, sob o olhar de Bismarck – representado na pintura de Anton Von Werner –, proclamaram Guilherme da Prússia, na Galeria dos Espelhos do Palácio de Versalhes, como Imperador do Império Alemão, logo após a capitulação francesa na guerra Franco-Prussiana.

Wilhelm Reich acredita que tanto o Estado Alemão como o Russo, por terem se formado a partir do despotismo, tinham em suas massas humana uma submissão à uma figura forte no comando do país. Tanto o é assim, afirma Reich, que em ambos os casos a revolução acabou por conduzir para novas formas de despotismo⁴⁷. Referido autor acrescenta, ainda, que o caráter das massas humanas é força “(...) decisiva para a forma assumida pelo Estado, independentemente de se manifestar de maneira passiva ou de maneira ativa”⁴⁸. Assim, para Reich, é a estrutura das massas que as leva a tolerar o imperialismo e o autoritarismo.

José Ortega Y Gasset diz que:

Por isso são bolchevismo e fascismo, as duas tentativas "novas" de política que na Europa e seus confinantes se estão fazendo, dois claros exemplos de regressão substancial. Não tanto pelo conteúdo positivo de suas doutrinas, que, isolado, tem naturalmente uma verdade parcial — quem no universo não possui uma porciúncula de razão? —, como pela maneira anti-histórica, anacrônica, com que tratam sua parte de razão. Movimentos típicos de homens-massa dirigidos, como todos os que o são, por homens medíocres, extemporâneos e sem memória extensa, sem "consciência histórica", comportam-se desde o início como se houvessem passado já, como se sucedendo nesta hora pertencessem à fauna de antanho⁴⁹.

⁴⁶ KEYNES, John Maynard. As Consequências Econômicas da Paz. Ibidem. p. 155.

⁴⁷ REICH, Wilhelm. Psicologia das Massas do Fascismo. São Paulo: Martins Fontes. 1988, 2 ed. p. 218.

⁴⁸ REICH, Wilhelm. Psicologia das Massas do Fascismo. Ibidem, p. 218.

⁴⁹ ORTEGA Y GASSET, José. A rebelião das massas. Ibidem. p. 125.

Sigmund Freud, antes de Reich, já professorava acerca da identidade entre a horda primeva com a massa popular. O indivíduo é governado pela massa, ou seja, deixa a sua individualidade para fazer parte do agrupamento. Nesse contexto do indivíduo deixar suas características individuais de lado enquanto faz parte do todo coletivo, há a figura de dominação do grupo, pelo pai, ou chefe da tribo. A ligação entre o pai da horda primeva e a massa era tão simbiótica que Freud quase denuncia a sua autossuficiência, afirmando que:

Os indivíduos da massa eram tão ligados como hoje, mas o pai da horda primeva era livre. Seus atos intelectuais eram fortes e independentes mesmo no isolamento, sua vontade não carecia do reforço dos demais. Supomos, conseqüentemente, que seu Eu tinha poucos laços libidinais, ele não amava ninguém exceto a si mesmo, ou amava outros apenas enquanto satisfaziam as necessidades dele. Seu Eu não dava nenhuma sobra para os objetos⁵⁰.

Para Freud, o líder tem absoluto controle sobre a massa primeva, que nele deposita toda a sua confiança acerca da sua própria continuidade. Assim, a massa quer ser dominada irrestritamente pelo pai primevo, ficando sob a sua vigilante guarda e autoridade⁵¹.

A ausência de senso crítico individual, conforme Sigmund Freud, é característica marcante da massa.

Trata-se de prover a massa daquelas mesmas qualidades que eram características do indivíduo e que nele foram extintas pela formação da massa. Pois o indivíduo tinha — fora da massa primitiva — sua continuidade, sua consciência de si, seus hábitos e tradições, seu trabalho e colocação particular, e mantinha-se apartado de outros, com quem rivalizava. Ele havia perdido esta especificidade por algum tempo, devido ao ingresso na massa não “organizada”⁵².

Hannah Arendt, com propriedade, assevera que:

A lealdade total só é possível quando a fidelidade é esvaziada de todo o seu conteúdo concreto, que poderia dar azo a mudanças de opinião. Os movimentos totalitários, cada um de seu modo, fizeram o possível para se livrarem de programas que especificassem um conteúdo concreto, herdados de estágios anteriores e não-totalitários da sua evolução⁵³.

⁵⁰ FREUD, Sigmund. *Psicologia das Massas e Análise do Eu e Outros Textos*. São Paulo. Companhia das Letras. 2011. p. 30.

⁵¹ FREUD, Sigmund. *Psicologia das Massas e Análise do Eu e Outros Textos*. Ibidem. p. 30-31.

⁵² FREUD, Sigmund. *Psicologia das Massas e Análise do Eu e Outros Textos*. Ibidem. p. 14.

⁵³ ARENDT, Hanna. *As origens do Totalitarismo*. São Paulo. Companhia das Letras. 3ª reimpressão. 1998. p. 373.

Foi o colapso da sociedade de classes que possibilitou o surgimento e o desenvolvimento do homem-de-massa da Europa. O fracasso individual, aliado à ausência de uma crítica acerca de si próprio, imputando a responsabilidade pelo infortúnio ao mundo, enfraqueceu o sentimento de auto conservação. O egocentrismo, somado com a consciência da desimportância e da dispensabilidade deixava de ser a expressão da frustração individual e tornava-se um fenômeno de massa⁵⁴.

A “banalidade do mal”, expressão cunhada por Hannah Arendt, é fenômeno ético-político que teve como origem o processo de massificação, a industrialização e a tecnificação das decisões e das organizações humanas. A ausência de pensamento resulta, invariavelmente, na privação da responsabilidade.⁵⁵ A banalização do mal leva à renúncia ao arbítrio de se alterar o curso de ações rotineiras a partir de sua própria vontade. A repetição é a clara demonstração da ausência do julgamento, ou seja, deixa-se de se exercitar a habilidade, peculiar aos homens, de falar e comunicar o que está vendo e sentindo⁵⁶.

Assim, a sociedade alemã, tomada pela força pelo Estado Total, deixou de lado sua consciência, seja por medo ou mesmo pela ideologia do nacional-socialismo e seguiu um rumo sem volta, que acabou por resultar na sua própria destruição. O racionalismo, o tecnicismo, a industrialização e a burocracia, utilizados como forma de controle social, provaram ser ferramentas eficientes para suprimir os direitos individuais tão bem defendidos pela Constituição de Weimar.

As Leis de Nuremberg (*Nürenberger Gesetze*) autorizaram o confisco de bens e de valores, expediente este amplamente utilizados contra as minorias na Alemanha. O confisco dos lares das minorias foi, segundo Hannah Arendt, “(...) a perda de toda a textura social na qual haviam nascido e na qual haviam criado para si um lugar peculiar no mundo”⁵⁷.

Willis Santiago Guerra Filho e Henrique Garbellini Carnio⁵⁸ mencionam que Hans Kelsen, em esquecido, mas interessante trabalho intitulado *Sociedad y Naturaliza*, já se

⁵⁴ ARENDT, Hannah. As origens do Totalitarismo. Ibidem. p. 365.

⁵⁵ ARENDT, Hannah, Eichmann em Jerusalém. Companhia das Letras: São Paulo, 2013. p. 156-160.

⁵⁶ ARENDT, Hannah, Eichmann em Jerusalém. Ibidem. p. 156-160.

⁵⁷ ARENDT, Hannah. As origens do Totalitarismo. Ibidem. p. 327.

⁵⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago, CARNIO, Henrique Garbellini. Introdução à Sociologia do Direito. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016. 1ª ed. p. 290-291.

preocupava em estudar acerca do pensamento primitivo. Segundo os autores, Kelsen verificou que a psique primitiva tinha a predominância do componente emocional sobre o racional. A estrutura emocional, deste modo, assumia o controle da sociedade e das normas que surgiam a partir dessa experiência. Outro ponto importante trazido por Kelsen foi de que o homem não se considerava um indivíduo isolado, e sim membro de grupo subordinado à figura do chefe. Segundo Kelsen, a investigação sociológica do homem primitivo e do grupo revelam dois pontos essenciais:

1) O sentido de justiça originário, altamente desenvolvido nas sociedades primitivas que não era outra coisa senão o fato de que a ordem que governava a comunidade era muito mais arraigada nela do que o direito e a moral no homem civilizado, que considera a si mesmo como um indivíduo mais ou menos independente do grupo dependendo das circunstâncias; 2) uma profunda revelação sociológica sobre a gênese do direito⁵⁹.

Desse modo, com muita propriedade Wilhelm Reich afirma que a Alemanha nunca havia chegado a ser contaminada pelo ideário democrático, tendo isso como consequência a subida ao poder do nacional-socialismo:

Por mais embaraçoso e difícil que isso nos pareça, o fato é que temos uma estrutura humana marcada por milênios de civilização mecanicista, manifestando-se atualmente através de um desamparo social e um desejo intenso por um führer⁶⁰.

Herbert Marcuse, citando Max Weber, reforça o fato de a Alemanha não ter a democracia como um elemento arraigado na sociedade, esperando, assim, a subida ao poder de alguém que pudesse colocar o país no caminho certo:

Esta crítica antecipa incrivelmente o futuro: a burguesia, essa classe escolhida pela história, não é "madura" na Alemanha e, em sua fraqueza, anseia por um novo César que cumpra sua função^{61,62}.

A sociedade alemã, destarte, aguardava o retorno da figura do pai primevo, que antes do nacional-socialismo era representado pelo Kaiser Guilherme II. A ausência da figura do

⁵⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago, CARNIO, Henrique Garbellini. Introdução à Sociologia do Direito. Ibidem. p. 291.

⁶⁰ REICH, Wilhelm. Psicologia das Massas do Fascismo. Ibidem. p. 217.

⁶¹ MARCUSE, Herbert. La Sociedad Industrial Y El Marxismo. Ibidem. p. 16.

⁶² “Esta crítica se anticipa al futuro de manera increíble: la burguesía, esa clase elegida por la historia, no está "madura" en Alemania y, en su debilidad, suspira por un nuevo César que cumpla su función”.

líder, na República de Weimar, explica, em parte, como as instituições, incluindo o exército e a igreja, não conseguiram conter o esfacelamento da democracia na Alemanha.

Max Weber afirma que o carisma seria resultante de situações extraordinárias externas, em especial políticas ou econômicas, ou internas, psíquicas, nascendo da excitação comum em um grupo de pessoas pelo extraordinário, a entrega ao heroísmo⁶³⁶⁴.

Para Freud, a massa, desde a sua origem, qual seja, a horda primeva, tem a necessidade de consolidar-se e incorporar-se ao redor do líder, para que esse venha a guiá-la.

A conclusão de Wilhelm Reich, acerca do aspecto emocional do fascismo, seria que:

Neste sentido caracterial, o "fascismo" é a atitude emocional básica do homem oprimido da civilização autoritária da máquina, com sua maneira mística e mecanicista de encarar a vida.
É o caráter mecanicista e místico do homem moderno que cria os partidos fascistas, e não vice-versa⁶⁵.

A figura do führer, portanto, vem para salvar o país, mesmo que para isso os direitos da população alemã de liberdade, propriedade e igualdade sejam aniquilados pela ditadura do nacional-socialismo, ou seja, pelo Estado Total.

Wilhelm Reich salienta quais foram os motivos que acabaram por resultar no sucesso do nacional-socialismo na Alemanha:

[...] do efeito produzido por Hitler na psicologia das massas parte forçosamente do pressuposto de que um führer ou o representante de uma ideia só pode ter êxito (se não numa perspectiva histórica, pelo menos numa perspectiva limitada) quando a sua visão individual, a sua ideologia ou o seu

⁶³ WEBER, MAX. Economia e Sociedade Vol. II. Ibidem. p. 339.

⁶⁴ “(...) quanto mais se quer impressionar as massas e quanto mais rigorosa se torna a organização burocrática dos partidos, tanto mais secundário fica nestas campanhas o conteúdo do discurso, pois seu efeito, desde que não estejam dadas simples situações de classe ou outros interesses econômicos que possam ser racionalmente considerados e tratados, é puramente emocional e tem apenas o mesmo sentido das manifestações e festas dos partidos: produzir nas massas a ideia do poder e da certeza de vitória do partido e, sobretudo, da qualificação carismática do chefe. O fato de que todo efeito emocional sobre as massas tem certo traço ‘carismático’ também faz com que a burocratização crescente dos partidos e das atividades eleitorais, precisamente quando alcança seu auge pelo súbito culto entusiástico a um herói carismático, possa ser forçada a servir a este último” WEBER, MAX. Economia e Sociedade Vol. II. Ibidem. p. 339.

⁶⁵ REICH, Wilhelm. Psicologia das Massas do Fascismo. Ibidem. p. 11.

programa encontram eco na estrutura média de uma ampla camada de indivíduos⁶⁶.

Conforme afirma Reich, o nacional-socialismo, para conseguir arregimentar milhões de pessoas à sua causa, fez diferentes promessas para cada uma das classes sociais que precisava para chegar ao poder⁶⁷.

A personalização dos anseios e ideais dos alemães na figura de um líder foi matéria de grande interesse da psicanálise, sendo objeto de apreciação por Sigmund Freud, quando analisa a questão relativa aos elementos que caracterizam a massa. Afirma ele que essa busca pela figura de liderança é sempre um elemento desejado, impondo sua crença à população, como foi o caso de Hitler ao garantir que a Alemanha tinha sido traída quando assinou o armistício em 1918, ou seja, a teoria da “punhalada nas costas” – *Dolchstoßlegende* seria o elemento de coordenação que resultaria na instituição do Estado Total⁶⁸.

Outro motivo para o insucesso da República de Weimar, foi, sem nenhuma dúvida, o enfraquecimento dos partidos políticos na Alemanha. Se no campo econômico a Alemanha estava arruinada, no campo político a situação não era melhor. O embate ideológico entre as agremiações – de esquerda, centro e de direita – contribuiu para a desordem e causou muitas mortes no período que antecedeu a ditadura do Estado Total.

Para Bruce B. Frye, a classe média alemã ainda não havia encontrado um partido político liberal que tivesse poder aglutinador suficientemente forte para sustentar um projeto político liberal. Essa mesma classe média alemã não vislumbrou nos partidos políticos liberais existentes a solução para os problemas do país, fazendo, assim, com que aflorasse uma grande popularidade do conservadorismo, socialismo e o catolicismo político, e, após 1930, do nacional-socialismo. A incapacidade demonstrada pelos liberais em se unificar em um só

⁶⁶ REICH, Wilhelm. *Psicologia das Massas do Fascismo*. Ibidem. p. 49.

⁶⁷ REICH, Wilhelm. *Psicologia das Massas do Fascismo*. Ibidem. p. 49.

⁶⁸ FREUD, Sigmund. *Psicologia das Massas e Análise do Eu e Outros Textos*. Ibidem. p. 31-32. “Assim, as necessidades da massa a tornam receptiva ao líder, mas este precisa corresponder a ela com suas características pessoais. Ele próprio tem de estar fascinado por uma forte crença (numa ideia), para despertar crença na massa; ele tem de possuir uma vontade forte, imponente, que a massa sem vontade vai aceitar. Le Bon discute então os diferentes tipos de líder, e os meios pelos quais atuam sobre a massa. No conjunto, entende que os líderes adquirem importância pelas ideias de que eles mesmos são fanáticos. A estas ideias, assim como aos líderes, atribui igualmente um poder misterioso, irresistível, que ele chama de ‘prestígio’. O prestígio é uma espécie de domínio que uma obra ou uma ideia exerce sobre nós”.

partido, seja por disputas pessoais, ou mesmo por uma indefinição de um projeto para retirar a Alemanha da crise, acabou por fortalecer seus inimigos ideológicos. A condução da Alemanha, seja sob o comando do Kaiser e, posteriormente, do führer, portanto, é decorrente dessa fragilidade dos partidos liberais em conseguir arregimentar a população em torno de um projeto político, social e econômico liberal⁶⁹⁷⁰.

A crise, portanto, levou a população alemã a desconfiar dos programas políticos que lhes eram oferecidos e da atuação dos partidos, pois a sucessão de governos – foram quatorze gabinetes de 1919 a 1933 –, independentemente de seus matizes programáticos, sociais democratas, centro ou independente, acabou por enfraquecer, nas mentes e corações dos alemães, a ideia de que o regime democrático seria o melhor caminho para a solução dos seus problemas.

A ausência de uma ordem programática serviu para o enfraquecimento do sistema político democrático conduzindo o país a uma desordem de valores e de prioridades das políticas públicas a serem efetivadas pelo Estado. A confusão criada pelo grande número de partidos acarretou, então, em uma séria dificuldade da população na identificação dos programas defendidos pelas agremiações, fortalecendo discursos mais extremados, seja da esquerda ou mesmo da direita. Os alemães, tendo em vista a confusão gerada por essa situação, acabaram por não se sentir representados por nenhum deles. Desse modo, procurou-se na figura do líder, do pai primevo, a estabilidade que o regime democrático estava longe de assegurar. A população, assim, procurou e garantiu o retorno da ditadura do nacional-socialismo para a

⁶⁹ FRYE, Bruce B. *Liberal Democrats in the Weimar Republic*. Estados Unidos: Southern Illinois University. 1985.

⁷⁰ “One of the most profound contrasts between Germany's political history and the political history of Britain, France, and most other western countries was the failure of the German middle classes to find a suitable instrument—a political party—to express their values and to forward their material interests. 1 The lack of a powerful and confident liberal political party in particular weakened the liberal impulse in Germany and contributed to the greater popularity of conservatism, socialism, political Catholicism, and, after 1930, nazism. The inability of the liberals to unite in one party not only contributed to their political impotence but to the general low regard with which most Germans viewed liberal values. The causes of this failure to unite were differences over political principles, clashes over material interests, and personality disputes and competing ambitions among the liberal leaders. Although several generations of liberal party leaders attempted to heal the divisions and unite the liberal forces, the differences were too compelling to be overcome. The weakness of the liberal parties in turn contributed to the strength of their partisan—and ideological—enemies. The failure of the liberals and the feebleness of liberalism in Germany contributed to the success of both the kaiser and the führer, and the "illiberalism of Germany" remains a compelling synthesis which has both fascinated and baffled historians”. (FRYE, Bruce B. 1985. p. 6).

unificação e condução do país no período, o que, no futuro, tragicamente acabou por quase destruí-lo.

A demonização do liberalismo, pelos partidos contrários, associado à ausência de perspectivas da população acabou por minar quaisquer tentativas feitas para estabilizar a república.

Segundo Franz Neumann, o que se buscou na República de Weimar foi:

Tínhamos que reconstruir um país empobrecido e exausto no qual os antagonismos de classe atingiram o extremo. Ele tentou unir três elementos: a herança do passado (especialmente a administração civil), a democracia parlamentar e um coletivismo pluralista que buscava incorporar poderosas organizações sociais e econômicas diretamente no sistema político⁷¹⁷².

Contudo, mencionado autor entende que Weimar padeceu de um maior aprofundamento da crise entre as classes sociais, a quebra da colaboração voluntária, a destruição das instituições parlamentares, a suspensão das liberdades políticas com o desenvolvimento de uma burocracia dominante e o renascimento do exército como fator decisivo⁷³.

Os pilares para a formação do Estado Total, portanto, surgiram antes mesmo da Primeira Grande Guerra, como bem mencionado por Herbert Marcuse. O racionalismo plasmado na industrialização e no capitalismo serviram como elemento coordenador de uma Alemanha na busca de seu lugar no mundo como *primus inter pares*. Programa esse interrompido com a deflagração da Primeira Grande Guerra e a Grande Depressão, sendo, posteriormente, retomado pelo nacional-socialismo.

2.3. O Estado Total

⁷¹ NEUMANN, Franz. Behemoth – Pensamiento y acción en el nacional-socialismo. México: Fondo de Cultura Económica. 1983, 1ª ed. p. 52.

⁷² “Había que reconstruir un país empobrecido y exausto en el que los antagonismos de clase habían llegado al extremo. Intentó fundir tres elementos: la herencia del pasado (sobre todo la administración civil), la democracia parlamentaria y un colectivismo pluralista que trataba de incorporar directamente al sistema político las organizaciones sociales y económicas poderosas”.

⁷³ NEUMANN, Franz. Behemoth – Pensamiento y acción en el nacional-socialismo. Ibidem. p. 52.

Enquanto no Estado Liberal, a intervenção estatal na vida do indivíduo ou mesmo da coletividade é mínima, quase inexistente, dando-se máxima amplitude à liberdade, no Estado Total todas as manifestações da vida social, incluindo as individuais, são absorvidas pelo Estado. Os direitos são transferidos do cidadão, que deixa de ser considerado como sujeito de direito, para o Estado, personificado na figura do Presidente ou do Rei, que vira o detentor da vontade e dos direitos dos indivíduos. Zippelius, discorrendo acerca do que venha a ser o Estado Total, faz uma distinção entre Estado-polícia absolutista e Estado totalitário moderno. O primeiro, tendo como exemplo a Prússia de Frederico Guilherme I, tinha por regulamentar todos os aspectos da vida social, incluindo “[...] a confissão e a missa até o vestuário, da profissão até a comida e bebida”⁷⁴. Com relação ao Estado totalitário moderno, o mencionado autor faz referência à Rússia estalinista e à Alemanha nacional-socialista, pois diferentemente do Estado-polícia absolutista, o Estado totalitário moderno se apodera, além da vida privada do cidadão, das ideias políticas, econômicas e sociais dos indivíduos, como forma de obter absoluto controle de todas as manifestações produzidas pela sociedade⁷⁵.

O Estado do nacional-socialismo não deixou de ser um Estado Social, contudo seu conteúdo democrático foi solapado pela ideologia e pelo programa do partido nazista, vindo a se tornar em uma ditadura unipartidária. O Estado Social se compadece com os mais diferentes regimes políticos, até mesmo com os aparentemente antagônicos, como se deu com o nacional-socialismo e a democracia.

O totalitarismo moderno, conforme Franz Neumann, justifica-se quando se fazem presentes cinco fatores. O primeiro deles seria a passagem de um Estado fundado no governo pelo direito para o Estado policial. Há, portanto, a inversão da presunção outrora prevalente no Estado de Direito, onde o cidadão encontra-se respaldado pelo direito face o poder de coação do Estado. O segundo fator diz respeito à difusão do poder estatal, que no Estado totalitário, diferentemente do Estado Liberal, encontra-se concentrado com o intuito de obter maior controle. Assim, conforme Neumann “não há no Estado totalitário lugar para os diversos dispositivos liberais de disseminação de poder como separação de poderes, federalismo, sistema pluripartidário, bicameralismo etc.”⁷⁶. O terceiro ponto difere o totalitarismo das monarquias

⁷⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Ibidem. p. 136.

⁷⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Ibidem. p. 137.

⁷⁶ NEUMANN, Franz. Estado Democrático e Estado Autoritário. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1969, 1 ed. p. 269.

absolutistas uma vez que existe um único partido estatal monopolista. O controle social e das forças armadas se dá pela força organizacional do partido, controlando todos os aspectos da máquina estatal e da sociedade de massa com a utilização de fatores sócio-psicológicos. O quarto ponto seria a existência do partido monopolista e seu papel de agregar todo o controle social que anteriormente seriam de uma pluralidade de atores. O último fator é a utilização do terror como controle social. A intimidação e a violência são os elementos que fazem o indivíduo a continuar sob controle do Estado, sem a utilização de uma forma de controle rígida, a duração do governo se encontra ameaçada⁷⁷.

O Estado Total funcionou como um polo aglutinador de poder e influência dentro da sociedade alemã. Todas as atividades públicas estavam, a partir da teoria desenvolvida por Carl Schmitt, sob a influência do poder estatal. A sincronização das atividades federais foi realizada com o intuito de coordenar e subordinar as províncias e os municípios, medidas essas denominadas como *Gleichhaltung*. Entre o período de 1933 e 1934 foram editadas leis com o intuito de acabar com o pluralismo e o federalismo de Weimar. A busca pelo controle total retirou a autonomia dos órgãos públicos autônomos que poderiam vir a rivalizar com o controle centralizador, sendo, portanto, esse o motivo para a unificação das competências em novos órgãos aglutinadores⁷⁸.

A economia no nacional-socialismo, conforme Herbert Marcuse, era altamente mecanizada, racionalizada e com grande eficiência produtiva, funcionando como instrumento de opressão totalitária⁷⁹, fato esse anteriormente mencionado quando falamos acerca dos requisitos que Max Weber entendia como essenciais à racionalização dos meios produtivos. Ou seja, o nacional-socialismo se apropriou das ideias de Weber e as aplicou na Alemanha, antes mesmo da conflagração mundial, como forma de tirá-la da crise social e econômica e de convencer a opinião pública de que a ditadura do nacional-socialismo seria a solução para os problemas do país. Contudo, como estado tecnocrata, o Estado Total não busca o bem comum, mas sim as condições para atingir o controle absoluto mesmo que seja pelo aniquilamento dos direitos de liberdade e igualdade, tão presentes no Estado Liberal.

⁷⁷ NEUMANN, Franz. Estado Democrático e Estado Autoritário. Ibidem. p. 269.

⁷⁸ NEUMANN, Franz. Behemoth. Ibidem. p. 72 -73.

⁷⁹ MARCUSE, Herbert. Guerra, tecnologia y Fascismo. Ibidem. p. 54.

É nesse sentido que Marcuse afirma que a tecnocracia do Estado Total buscava, somente, a consecução da racionalidade imperialista, deixando de lado o restante.

O Terceiro Reich é na verdade uma forma de "tecnocracia": as considerações técnicas da eficiência e racionalidade imperialistas substituem as normas tradicionais de rentabilidade e bem-estar geral⁸⁰.

Marcuse assegura que na Alemanha do nacional-socialismo a opressão pelo uso da força bruta e pelo uso da tecnologia como instrumento de manipulação do poder foi amplamente utilizada para controlar a sociedade. A intensificação do trabalho, da propaganda, da educação e da organização da burocracia governamental, industrial e do partido resultaram na tecnocracia terrorista que buscava a maior eficiência tecnológica como forma de obter o controle total da sociedade⁸¹.

O Poder Judiciário, da mesma forma, foi elevado à categoria de defensor do estamento político, tendo como função precípua a defesa do Estado contra os elementos que resultam na fragmentação, quais sejam: a policracia, o pluralismo e o federalismo. Seu poder, todavia, era limitado uma vez que após a edição do *Änderungsgesetz*, ou ato modificador de 1934, o führer poderia destituir os juízes sem quaisquer justificativas.

O aspecto psicológico teve grande repercussão para a instalação do regime e do Estado Total. Franz Neumann afirma que a integração da população ao sistema industrial, altamente tecnicista e complexo, depende de um sistema altamente organizado e estratificado, inculcando o dever de obediência, a disciplina e a subordinação. O industrialismo, portanto, assume feições autoritárias que visam a destruir a autodeterminação do indivíduo⁸².

⁸⁰ “El Tercer Reich es, en realidad, una forma de "tecnocracia": las consideraciones técnicas de la eficiencia y la racionalidad imperialistas reemplazan las normas tradicionales de rentabilidad y bienestar general”.

⁸¹ MARCUSE, Herbert. Guerra, tecnologia y Fascismo. *Idem*. p. 54. “En la Alemania del nacionalsocialismo, el reino del terror se sostiene no sólo por medio de la fuerza bruta, que es independiente de la tecnología, sino también por medio de la ingeniosa manipulación del poder inherente a ella: la intensificación del trabajo, la propaganda, la educación de la juventud y los obreros, la organización de la burocracia gubernamental, industrial y partidista - todo lo cual constituye los instrumentos cotidianos del terror - siguen los dictados de la mayor eficiencia tecnológica. Esta tecnocracia terrorista no puede atribuirse a los requerimientos excepcionales de la "economía de guerra", pues es más bien el estado normal del orden de los procesos económicos y sociales nacionalsocialistas, y la tecnología no es sino el principal estímulo de este orden”.

⁸² NEUMANN, Franz. Estado Democrático e Estado Autoritário. *Ibidem*. p. 277.

Além disso, o Estado Total buscou pelo processo psicológico aumentar a influência e dependência do alemão à doutrina do Estado. Para isso, o medo e a ansiedade tiveram papel relevante na vida política, pois geravam, segundo Neumann, o “aumento de tensões que nasce da não-satisfação do desejo do indivíduo”⁸³. Já o medo é traduzido como sendo a expressão de um perigo específico.

Franz Neumann diz que:

Portanto, os perigos externos que nascem das situações específicas e de objetos também específicos, são enfrentados à luz da ansiedade íntima, que se torna então exteriorizada e ativada⁸⁴.

(...) o movimento nazi-fascista ativou as ansiedades das classes médias e atirou-as aos canais de destruição que se haviam tornado legítimos por meio da identificação das massas com o líder, que era o herói⁸⁵.

A questão relativa ao medo incutido nos seres humanos é fator decisivo para a construção do Estado Total e sua intervenção absoluta na vida social. Isso se dá quando há a redução do espaço existencial autônomo, onde o homem tinha pleno domínio de suas vontades, exercitando seus direitos políticos de liberdade e individualidade ou pelo lado econômico, onde sua posição seria mais ativa e firme em relação ao Estado por ter total independência dele, pois plenamente ciente de que a sua vida deveria ser conduzida por suas próprias energias. Essa situação que perdurou durante o século XIX deixa de existir quando as necessidades mínimas dos homens exigem, cada vez mais, a intervenção do Estado para a manutenção dos confortos da vida moderna. A aglomeração dos grandes centros populacionais gera um aumento das obrigações assumidas pelos homens o que faz com que eles fiquem angustiados e neuróticos. O homem do século XX é dominado pelo medo e aceita, pacificamente, trocar uma maior segurança material e física pela redução de seus direitos de liberdade⁸⁶.

A teoria do Estado Total teve como sustentáculo a desconfiança da população em relação ao Estado Liberal e ao seu sistema político e econômico. Assim, seguindo as ideias de Max Weber, firmou-se a ideia da concentração do poder no próprio Estado a partir da

⁸³ NEUMANN, Franz. Estado Democrático e Estado Autoritário. Op. Cit. p. 277.

⁸⁴ NEUMANN, Franz. Estado Democrático e Estado Autoritário. Ibidem. p. 277.

⁸⁵ NEUMANN, Franz. Estado Democrático e Estado Autoritário. Ibidem. p. 278.

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Ibidem. p. 200-201.

burocracia, tecnocracia e da industrialização, sendo o medo e a ansiedade catalizadores desta desconfiança.

Como bem-dito por Neumann, enquanto o Estado Liberal seria neutro e negativo, “um estado guarda noturno”, segundo expressão de Lassalle, sendo, desse modo, um Estado sem poder decisório, impotente em dizer o que venha a ser bom, mal, justo e injusto, o Estado Total se apoderava e controlava todas as manifestações da sociedade.

Neumann afirma que a liberdade teria degenerado à anarquia, o que acelerou o processo de desintegração e materialismo. O Estado Liberal, seria, segundo Neumann, com sua democracia e seu liberalismo, um grande “Leviatã negativo”⁸⁷. Ou seja, o Estado Liberal primou pela igualdade, não pela liberdade, onde há identidade entre governados e governantes. Sua principal característica seria a homogeneidade nacional, que, segundo Rousseau, decorre da unanimidade de ideias, pensamentos e decisões. Os partidos políticos, portanto, segundo a unanimidade de Rousseau, nunca poderiam existir, uma vez que representam vontades parciais e, portanto, não significariam a vontade do coletivo, motivo esse que resultou na teoria de Carl Schmitt.

Para Carl Schmitt o Estado deveria prover estabilidade política, unidade de autoridade e um poder estatal eficiente, sendo, dessa forma, o único com legitimidade para exercer o poder absoluto. O aumento do poder do Estado através do militarismo e da propaganda são elementos que fornecem ao Estado a dominação absoluta.

Para Jean-François Kervégan, o Estado Total seria a interpenetração entre a sociedade e o Estado ultrapassando as barreiras que existiam no século XIX. O Estado neutro é deixado de lado e dá lugar ao Estado econômico e social, que captura no processo de produção dos bens e na distribuição do produto social⁸⁸.

⁸⁷ NEUMANN, Franz. Behemoth. Op. Cit. 62. “El estado liberal es “neutral y negativo”, mera maquinaria; empleando el calificativo de Lassalle, es “un estado vigilante nocturno”, es, por tanto, un estado “sin sustancia”. . . incapaz de llegar a una decisión y de determinar lo que es bueno o malo, justo o injusto. La idea de libertad ha degenerado hasta llegar a la anarquía. Dominan la desintegración y el materialismo. Y no es mejor el ideal marxista, mera variante del liberalismo. (...) “En realidad, liberalismo y derecho son términos que se excluyen mutuamente, aunque hayan podido aliarse de modo temporal, por razones de conveniencia. l".n resumen, liberalismo y democracia son monstruos, leviatanes “negativos” podríamos decir, tan fuertes que han podido corromper las instituciones raciales de la herencia social germánica.

⁸⁸ KERVÉGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt. Barueri. Manole: 2006. 1ª ed. p. 68.

Segundo classificação proposta por Carl Schmitt, os Estados poderiam ser jurisdicionais, legislativos, governativos e administrativos. Para o que nos interessa, os Estados Liberais do século XIX seriam estados Legislativos, ou seja, aqueles que têm como expressão máxima a vontade comum da lei onde se reduz o poder monárquico ou do povo à legalidade. Com relação ao Estado Administrativo, que segundo Schmitt seria o Estado Total, esse tem como característica principal a substituição da legalidade por decisões de alto grau de tecnicidade administrativas. Ou seja, atividade estatal não fica mais pautada pela legalidade e pelo sistema político. O centro da atividade estatal deixa de ser o parlamento e passa para a própria administração pública, assumindo, de tal modo, a administração, o centro da atividade estatal, política, econômica e social.

Segundo Gilberto Bercovici:

Na visão de Carl Schmitt, a evolução do Estado moderno passa necessariamente pelas etapas de Estado Absoluto, Estado Neutro e Estado Total, que significam, respectivamente, a unificação religiosa, a unificação nacional e a coesão econômica. O Estado Total vai substituir o Estado Neutro do século XIX, trazendo uma série de novos desafios com a transformação de todos os problemas econômicos e sociais em questões potencialmente políticas. Para Schmitt, o Estado Total promove a politização (*Politisierung*) de tudo o que fosse econômico, social, cultural e religioso⁸⁹.

O parlamentarismo, como uma das representações históricas da democracia, funda-se em princípios como a divisão de poderes, a universalidade do direito e a discussão pública, sendo esse último meio para que se chegue à verdade. Fato esse denunciado por Schmitt como sendo impossível de se praticar, por ser a discussão política realizada, anteriormente, fora do parlamento pelos partidos políticos. Por isso, a discussão política não passaria de uma fraude, pois as decisões fundamentais seriam tomadas pelo estamento político de forma sub-reptícia. Logo para Schmitt os problemas de Weimar residiram na existência do pluralismo, policracia e no federalismo.

O pluralismo seria a existência de uma grande quantidade de poderes sociais organizados que restringiriam a eficácia do poder estatal central.

⁸⁹ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Estado de Exceção Permanente. Azougue Editorial. 2004. p. 77.

A policracia, por sua vez, dar-se-ia quando da existência da multiplicidade de titulares autônomos da economia pública onde a vontade estatal também encontraria restrições.

Por último, o federalismo seria a solidariedade entre diversos estados e municípios que agiriam com o intuito de enfraquecer o poder central. Todos estes elementos, somados, para Schmitt, explicariam o motivo que levou à fragmentação de Weimar. As decisões individuais causavam a “paralisia decisória” que Schmitt tanto condenava.

Herbert Marcuse, com propriedade, assevera que as leis gerais foram convertidas em artifícios que serviram para ocultar as decisões individuais. O sistema pluralista havia convertido a lealdade à nação por outras lealdades concorrentes. A policracia, conforme entendimento de Marcuse, plasmava-se em órgãos públicos independentes que não estavam sob a competência do parlamento, fato esse que causava uma diminuição da participação popular nos atos decisórios. A proteção dos interesses particularistas converteu-se na farsa da ideia de soberania do povo⁹⁰.

Conforme afirma Franz Neumann para Carl Schmitt Weimar estava condenada por sua falta de decisão em decorrência das posições e interesses incompatíveis que conviveriam lado-a-lado, sem nenhuma forma de integração⁹¹.

Para melhor compreender o contexto em que o decisionismo, teoria defendida por Carl Schmitt, foi estabelecido, vale dizer que no final do século XIX, os juristas alemães substituíram a teoria geral do direito e do estado, antes fundamentada no direito natural, que tinha como papel a sistematização fundadora e a de legitimação crítica do direito positivo, para uma doutrina sem pressuposições éticas ou metafísicas – o positivismo.

O combate entre a burguesia liberal e o Estado monarquista, politicamente autoritário, resultou no fim do direito natural e na prevalência do direito positivo. Assim, dentro da nova fórmula política do Estado de Direito (*Rechtsstaat*), que, para Schmitt em sua essência era o estado legislador (*Gesetzgebungstaat*), o direito positivo acabou por equiparar o direito e a lei positiva.

⁹⁰ MARCUSE, Herbert. Guerra, tecnologia y Fascismo. Ibidem. 64-65.

⁹¹ NEUMANN, Franz. Behemoth. Ibidem. 66.

De acordo com Jean-François Kervérgan, Schmitt afirmou que o positivismo e o decisionismo sempre foram contraditórios:

Portanto existe no positivismo um equívoco que transcreve, aliás, a sua compreensão da positividade. O direito positivo é, antes de tudo, aquilo que o legislador quer; mas a lei promulgada se separa, por assim dizer, da decisão que a instaura como fato jurídico, e se torna uma norma auto-suficiente. “positiva”, pois é dotada de uma racionalidade intrínseca que a exegese científica e a jurisprudência têm precisamente como tarefa reconstruir⁹².

A ambiguidade do direito positivo, de acordo com Jean-François Kervérgan, torna-se mais aparente no direito público, onde a constituição do Estado é concebida: “como norma dotada de uma validade absoluta, fundadora da ordem política, e como um conjunto de regras (leis constitucionais) sempre modificáveis em determinadas condições”⁹³.

Assim, de acordo com Schmitt, não é possível a dissociação da norma jurídica da decisão que a originou, conforme pretende a Teoria Pura do Direito. A decisão é anterior à norma jurídica, não o contrário, como quis fazer crer Hans Kelsen. Jean-François Kervérgan, citando Schmitt, expõe:

Toda ordem se baseia em uma decisão, e o conceito de ordem jurídica, que a ausência de pensamento faz aplicar como sendo evidente, contém também em si a oposição dos dois elementos distintos do jurídico. A ordem jurídica se baseia, como toda ordem, numa decisão e não numa norma⁹⁴.

Como vemos, para Schmitt, tanto a política quanto a sociologia – como elementos do decisionismo – são de suma importância para apoiar sua teoria, pois é a partir da decisão tomada pelo legislador – pelo consenso – que se irá formular a norma jurídica. Já para Kelsen, os dois elementos devem ser extirpados de qualquer Teoria Pura do Direito:

[...] se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não de possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela visa libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estanhos. Este é o seu princípio metodológico fundamental⁹⁵.

⁹² KERVÉRGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt. Ibidem. p. 4-5.

⁹³ KERVÉRGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt. Ibidem. p. 4-5.

⁹⁴ KERVÉRGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt. Ibidem. p. 4-5.

⁹⁵ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins fontes. 2000, 4.ed. p. 01.

Franz Neumann aduz que:

Não se pode negar a importância crítica e a força devastadora da escola de Viena. Ao insistir na validade única do direito positivo e na exclusão total da ciência jurídica de quaisquer considerações morais de natureza sociológica ou política, tornou impossível cobrir as demandas políticas com o manto da lei⁹⁶⁹⁷.

Para Neumann, a Teoria Pura do Direito seria relativista e até niilista, pois Kelsen identificava a democracia com o regime parlamentar, definindo-o como um mero marco organizatório, sem que para isso fosse necessário recorrer a nenhum sistema de valores universalmente aceites. O relativismo da Teoria Pura do Direito foi, assim, o principal motivo dos ataques lançados pelos decisionista e os socialistas à Weimar⁹⁸⁹⁹.

Ronaldo Porto Macedo Jr. assegura que para Schmitt o processo volitivo pode ser considerado como sendo o último fundamento jurídico de quaisquer validades e valores. A decisão cria o direito sendo a sua força jurídica. Entretanto, se uma regra jurídica deixa de corresponder à decisão, esta última continua a criar direitos, pois a decisão, como fundamento da norma jurídica, prevalece¹⁰⁰. O decisionismo poderia, na procura do fundamento último da validade da norma, ao invés de caminhar para o metajurídico, reconhecer a vontade do poder soberano em determinado momento histórico.

Carl Schmitt afirma que a distinção entre constituição e lei constitucional somente é possível porque a essência da constituição não está contida em um instituto ou em uma norma, sendo que antes do estabelecimento de qualquer norma há uma decisão política fundamental tomada pelos detentores do poder constituinte¹⁰¹.

⁹⁶ NEUMANN, Franz. Behemoth. Ibidem. p. 67.

⁹⁷ “No pueden negarse la importancia crítica ni la fuerza demolidora de la escuela de Viena. Al insistir en la validez única del derecho positivo y en la total exclusión del campo de la ciencia jurídica de toda consideración moral de carácter sociológico o político, hacía imposible cubrir las demandas políticas con el manto del derecho (NEUMANN, 1983, p. 67)”.

⁹⁸ NEUMANN, Franz. Behemoth. Op. Cit. p. 67.

⁹⁹ NEUMANN, Franz. Behemoth. Op. Cit. p. 67.

¹⁰⁰ MACEDO JR., Ronaldo Porto. Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito. São Paulo. Saraiva. 2011. 2ª ed. p. 35.

¹⁰¹ SCHMITT, Carl. Constitutional Theory. Londres. Duke University Press. 2008. p. 77. “The distinction between constitution and constitutional law, however, is only possible because the essence of the constitution is not contained in a statute or in a norm. Prior to the establishment of any norm, there is a fundamental political decision by the bearer of the constitution-making power”.

O decisionismo está essencialmente entrelaçado com o conceito de soberania. Sua fundamentação, que para Schmitt remonta à Bodin¹⁰² e à Hobbes¹⁰³, reside no fato da soberania ser a decisão tomada em um estado de exceção, vindo a validade da decisão do próprio ordenamento jurídico. Hobbes acreditava que a desordem, posteriormente mudada para ordem, em decorrência da decisão tomada pelo ditador – que seria o decisionista –, tinha o fim de acabar com a situação de *bellum omnium contra omnes* (guerra de todos contra todos) do Estado de Natureza. Tanto assim é que no início de sua obra *O Conceito do Político*, Carl Schmitt afirma categoricamente que o conceito de Estado pressupõe o conceito do político, sendo, desse modo, o Estado, um status político de um povo organizado em uma unidade territorial¹⁰⁴.

Schmitt encontra em Rousseau a justificativa necessária para que a ditadura se instale. A ditadura seria qualificada como sendo um problema de governo, não de soberania, onde a constituição já antecede a ditadura por se dar a indicação do ditador pelo chefe supremo dentro do regramento contido na constituição. A onipotência do ditador seria fundada por um órgão habilitado pela constituição em nomeá-lo¹⁰⁵.

As lições de Hobbes serviram para Schmitt fundamentar sua teoria decisionista, sendo assim descrita por Giorgio Aganbem:

Podemos então definir o estado de exceção na doutrina schmittiana como o lugar em que a oposição entre a norma e a sua realização atinge a máxima intensidade. Tem-se aí um campo de tensões jurídicas em que o mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real e vice-versa¹⁰⁶.

¹⁰² “Bodin não apenas tem o mérito de ter fundamentado o conceito de soberania do direito político moderno, como também revelou a sua conexão com a ditadura e deu uma definição que ainda hoje deve-se reconhecer como fundamental” (SCHMITT, 2006. p. 9).

¹⁰³ MACEDO JR., Ronaldo Porto. Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito. Ob. Cit. p. 36. “A decisão soberana não é, portanto, explicada a partir de uma norma nem a partir de um ordenamento concreto, porque, muito pelo contrário, somente a decisão fundamentada para o decisionista tanto a norma quanto o ordenamento. A decisão soberana é o início absoluto, e o início (também no sentido de *arché*) não é outra coisa senão decisão soberana. *Ela nasce de um Nada normativo e uma desordem concreta*”.

¹⁰⁴ SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Belo Horizonte. Del Rey. 2009. p. 19.

¹⁰⁵ SCHMITT, Carl. *Dictatorship*. Cambridge. Polity Press. 2014. p. 112. “In Rousseau, dictatorship is examined in the fourth book of his *Contrat social* and as a problem of government, not as one of sovereignty. It is assumed that a dictatorship can only emerge if a constitution already exists, because the chef supreme is the one who appoints the dictator and his function remains within the framework of the constitution – even if only for its legal basis and not in the content of its activity. The omnipotence of the dictator rests on his being empowered by an existing organ with constitutional authority”.

¹⁰⁶ AGANBEM, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo. Boitempo, 2004. 2ª ed. p. 40.

Prosseguindo, Aganbem assevera que a teoria schmittiana realizou a conformação entre o estado de exceção e a ordem jurídica, pois, segundo ele “Trata-se de uma articulação paradoxal, pois o que deve ser inscrito no direito é algo essencialmente exterior a ele, isto é, nada menos que a suspensão da própria ordem jurídica”¹⁰⁷. Segundo Aganbem, a teoria de Schmitt é apresentada como sendo a doutrina da soberania, onde o soberano decreta o estado de exceção e garante, a partir de sua decisão, a justificação dentro do ordenamento jurídico - suspenso pela decisão do soberano – acerca da existência de um espaço “que não está fora e nem dentro”¹⁰⁸.

O Estado moderno seria, na visão de Schmitt, uma grande máquina oriunda de uma revolução técnico-industrial. O Estado hobbesiano foi o que possibilitou a neutralidade necessária para o desenvolvimento de um novo ciclo que resultou na era da técnica. Os valores não têm importância nesse tipo de Estado, pois tudo decorre da determinação positiva da decisão – há neutralidade em relação aos valores – aplicando-se o adágio *auctoritas non veritas facit legem* –. A neutralização da hostilidade interna e normalização da situação política são de suma importância a fim de se evitar a “paralisia decisória”, fato esse que observamos em Weimar.

Gilberto Bercovici, com propriedade, afirma que a distinção entre Hobbes e Schmitt reside no fato do primeiro entender a neutralização como decorrente do contrato social, enquanto o segundo afirma que a neutralidade é resultado de uma decisão soberana. Hobbes entende que o estado de natureza é a guerra entre indivíduos – *bellum omnium contra omnes* – em situação bem específica. Já Schmitt entende que a hostilidade seria em decorrência da luta política entre os diversos grupos sociais em determinado momento histórico, podendo haver a orientação pelos critérios de amigo/inimigo. Hobbes reforça a ideia do abandono do estado de natureza enquanto Schmitt afirma que o político seria esse estado, sendo seu status natural e fundamental¹⁰⁹.

Bercovici assevera que:

A Constituição não é um contrato, mas uma decisão sobre o tipo e forma da unidade política. Ao distinguir os elementos políticos dos elementos não

¹⁰⁷ AGANBEM, Giorgio. Estado de Exceção. Op. Cit. p. 39.

¹⁰⁸ AGANBEM, Giorgio. Estado de Exceção. Op. Cit. p. 39.

¹⁰⁹ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Estado de Exceção Permanente. Ibidem. p. 59 - 60.

políticos da Constituição, Schmitt demonstra o seu interesse pelo que facilita e conforma a unidade política enquanto unidade, legitimando-a. Os elementos constitucionais que afetam a unidade política do Estado, limitando-o, liberalizando, pluralizando, como os direitos fundamentais, a separação de poderes e o Estado de Direito, não são políticos, pois relativizam a unidade do Estado em benefício de interesses individuais. Os princípios liberais não fundam uma unidade política, mas a pressupõem para controlar seu funcionamento¹¹⁰.

O Estado dependia do político, segundo análise de Schmitt, dessa maneira o direito público seria decorrente do político, ou melhor, da luta política contínua que sustentava a ordem existente. Logo, com a mera possibilidade do fim do sistema político, e por consequência do Estado, o soberano deveria intervir e a partir de uma decisão instaurar o estado de exceção. A pacificação do Estado somente é possível com o político. A partir desse olhar, a relação somente poderá ser amigo/inimigo (*Freund/Feind*), onde todas as ações e motivos políticos poderiam ser reduzidos.

Schmitt entendia que o Estado Total era aquele inteiramente controlado e comandado pela verdadeira ideia do político. Seria a manifestação última da técnica, pois há identidade entre a política e a própria existência do Estado.

A diferenciação entre amigo/inimigo significa o grau de intensidade entre união e separação, associação ou desassociação. Segundo Schmitt, o inimigo político não está afeito à moral, à estética ou às questões econômicas, mas sim diz respeito ao desconhecido e o conflito com ele. O inimigo, portanto, é aquele agrupamento que faz a contraposição política ao Estado, que seria a mais intensa e extrema forma de hostilidade pública.

Segundo Carl Schmitt:

O inimigo não é um oponente pessoal, mas um adversário público, que desafia a existência da unidade política, ou seja, é uma ameaça real à existência continuada do povo concreto¹¹¹.

Para Franz Neumann, contudo, a teoria schmittiana não passava da aplicação da força bruta:

¹¹⁰ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Estado de Exceção Permanente. Ibidem. p. 61.

¹¹¹ SCHMITT, Carl. O Conceito do Político. Ibidem. p. 19.

A teoria de Schmitt é uma doutrina da força bruta em sua forma mais flagrante, contrária a todos e cada um dos aspectos e atos da democracia liberal e a toda a concepção tradicional do Estado de Direito¹¹²¹¹³.

O Estado Total afasta as tradicionais formas da política partilhada entre o privado e o público, dominando-a de forma que o poder somente poderia ser exercido pelo Estado de forma unitária.

Para Schmitt, o presidente seria o representante genuíno do povo, pois teria sido eleito por ele, concentrando o exercício do Poder Legislativo e Executivo. Sua neutralidade garantiria que o país não caísse na “paralisia decisória”, devendo ele estar acima das pequenas discussões do Parlamento. A concentração de poder é uma das características mais marcantes do decisionismo. Ou seja, para Schmitt o presidente era quem decidia o que seria bom ao povo, quais seriam as políticas públicas e prioridades que seriam tomadas em nome do povo.

O acima afirmado se comprova quando o führer foi alçado à figura de Supremo Juiz e Senhor da Justiça (*oberster Gerichtsherr und Richter*). Com a centralização do poder, conforme a teoria de Schmitt, o führer poderia fazer as vezes do Poder Legislativo, onde decisões administrativas, conhecidas como sendo *Ausführungsverordnungen* (decretos executivos) e *Führererlasse* (instruções do Führer) teriam força de lei. Somam-se às duas anteriores a mais peculiar forma de comando legal, conhecida como *Führerbefehle* (comandos do Führer), tratando-se essas de orientações verbais proferidas pelo Führer, aos seus subordinados, que teriam de cumpri-la, sob pena de imediata prisão e envio aos campos de concentração.

Caenegem reza que:

Como juiz supremo, Hitler podia intervir na administração ordinária da justiça. Esta interferência com os tribunais, uma abominação para pessoas com apreço pelo primado do direito, podia assumir diversas formas. (...) dotado de poderes para anular sentença criminal emitida pelos tribunais através de simples objeção¹¹⁴.

¹¹² NEUMANN, Franz. Behemoth. Ibidem. p. 67.

¹¹³ “La teoría de Schmitt es una doctrina de la fuerza bruta en su forma más descarada, contraria a todos y cada uno de los aspectos y actos de la democracia liberal, y a toda la concepción tradicional del imperio del derecho”.

¹¹⁴ CAENEGEM, R. C. van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 2009. p. 340-341.

Jean-François Kervégan, por outro lado, afirma que:

O Estado total é, simultaneamente, um Estado dotado de um poder inédito, que lhe permite controlar não apenas a expressão das ideias, mas o próprio pensamento, e um Estado invadido pelas reivindicações e pelas preocupações do corpo social. Ao mesmo tempo mais forte e mais fraco que as formas anteriores, o Estado total mantém uma relação nova com o político¹¹⁵.

O Estado Total não tem como fundamento ou finalidade o respeito e a proteção dos direitos fundamentais. Segundo Franz Neumann esse fato decorreu de Rousseau ter indicado, implicitamente, que o contrato social exige dos cidadãos a entrega voluntária – à comunidade – de seus direitos de liberdade, personalidade e político. Desse modo, com a entrada do Estado em período mais intervencionista, acabou-se atingindo a liberdade de comércio e de expressão e, por decorrência, a liberdade de reunião, a liberdade de imprensa e a de sindicalização também perderam o seu sentido¹¹⁶.

A Constituição de Weimar, além de ser conhecida como uma das primeiras cartas constitucionais, ao lado da mexicana, a reconhecer direitos sociais, tinha em sua segunda parte a previsão Dos Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães, tratando de normas relativas à proteção e obrigações do indivíduo frente ao Estado. Os direitos previstos na Constituição de Weimar eram divididos da seguinte forma: direitos de liberdade dos indivíduos, direitos democráticos, direitos socialistas de prestação social ou cultural, direitos das organizações públicas contra o Estado, garantias institucionais e garantias de instituto.

A inclusão da segunda parte, que trata dos direitos fundamentais, foi feita sob protestos dos adeptos da teoria publicista que o qualificaram, em um primeiro momento, como sendo não jurídica, por se referirem a meras expressões políticas. A partir de 1923, entretanto, tentou-se sistematizar a parte que tratava dos direitos e deveres fundamentais como sendo uma categoria tradicional do direito subjetivo público. Por fim, em um terceiro estágio, em 1930 - no auge da crise de Weimar - os direitos fundamentais foram suspensos por meio de decretos de emergência.

Conforme salienta Gilberto Bercovici:

¹¹⁵ KERVÉGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt. Ibidem. p. 69.

¹¹⁶ NEUMANN, Franz. Behemoth. Ibidem. p. 64.

Os partidários da Constituição defendiam os direitos fundamentais como seu conteúdo essencial e os opositores da República os viam como um obstáculo desprezível, um resquício da burguesia liberal do século XIX, que deveria desaparecer na sociedade alemã vindoura¹¹⁷.

Carl Schmitt entendia que a segunda parte da Constituição de Weimar – que versava acerca dos direitos fundamentais – trazia matéria estranha, pois em seu texto haveria obscuridades e compromissos que não representariam decisão alguma, exigindo que a decisão fosse tomada no futuro. Para Schmitt, a segunda parte da Constituição de Weimar seria uma proclamação política programática e incoerente, pois ao mesmo tempo previa direitos individuais e sociais no texto. Haveria, assim, na Constituição dois programas. O primeiro representaria a decisão política voltada para o Ocidente, já o segundo, contido na parte relativa aos direitos fundamentais, seria resultado de um programa político–social voltado à União Soviética.

Os compromissos políticos futuros, chamados por Schmitt como sendo “dilatatórios” seriam decorrência de disputas político partidárias, pois não haveria decisão acerca do assunto, sendo os direitos fundamentais uma dessas matérias postergadas. O casamento, a liberdade religiosa e a propriedade privada eram, para Schmitt, os únicos elementos que poderiam ser discutidos na segunda parte da Constituição de Weimar, expungindo, assim matérias de cunho liberal e socialista. A teoria institucional desenvolvida por Schmitt após 1931 tinha como ideia principal a de que o indivíduo não mais seria titular de direitos, mas sim as instituições. Os direitos de liberdade seriam considerados inferiores aos direitos e garantias institucionais.

Bercovici afirma que:

Ou seja, os direitos de liberdade só poderiam ser garantidos se ligados a alguma instituição jurídica, prevalecendo, assim, a garantia institucional sobre a garantia das liberdades¹¹⁸.

Após a crise instalada em Weimar, com a subida do social-nacionalismo ao poder, o que restava da defesa dos direitos fundamentais deixou de existir.

¹¹⁷ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Estado de Exceção Permanente. Ibidem. p. 16.

¹¹⁸ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Estado de Exceção Permanente. Ibidem. p. 19.

Caenegem assegura que tanto os direitos humanos, quanto as constituições estatais eram abominações para os nazistas, pois a vontade e a decisão do führer era somente o que contava.

Os direitos individuais básicos podiam pôr em causa a acção do Reich, uma noção intolerável na nova Alemanha, onde a mera ideia de um indivíduo se opor ao Estado e colocar seus interesses acima dos da Nação era monstruosa. Não se punha, portanto, sequer questão de uma Constituição que pudesse restringir o Führer: a sua vontade era a lei fundamental; nenhuma outra era requerida¹¹⁹.

Zippelius afirma que dos destroços deixado por Weimar, o Estado Total erigiu novo ordenamento jurídico visando o mais absoluto desrespeito aos direitos fundamentais do cidadão:

Um Estado que queira penetrar a vida social tão profundamente quanto possível não pode respeitar, conseqüentemente, os direitos fundamentais que não se acomodarem perfeitamente ao seu programa, mesmo que os proclame no papel, porquanto esses direitos têm precisamente por objetivo assegurar certas liberdades dos indivíduos contra a ingerência do Estado¹²⁰.

Da mesma forma para Neumann:

Os direitos fundamentais foram atacados porque eram incompatíveis com a filosofia democrática, enquanto os direitos fundamentais de propriedade e igualdade receberam uma extensão que nunca tinham alcançado¹²¹¹²².

Para o Estado Total, os direitos da população nada significavam, desde que essa fosse fiadora do poder conferido ao Estado Total. A massa, como representação amorfa da sociedade, não tinha consciência política e nada aspirava já que seus anseios seriam imediatos. Logo, o poder estatal não encontrou muitas resistências e os que se insubordinaram foram imediatamente levados aos campos de concentração.

A Constituição de Weimar previa, em seu artigo 1º, a proteção à dignidade humana, conforme se lê abaixo:

¹¹⁹ CAENEGEM, R. C. van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ibidem. p. 341.

¹²⁰ ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Ibidem. p. 137.

¹²¹ NEUMANN, Franz. Behemoth. Ibidem. p. 65.

¹²² “Se atacaron los derechos fundamentales por incompatibles con la filosofía democrática, en tanto que se daba a los derechos fundamentales de propiedad e igualdad una extensión profundidad que nunca habían alcanzado (NEUMANN, 1983, p. 65)”.

- (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.
- (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.
- (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário¹²³.

Os direitos humanos, como apreendemos da leitura do artigo acima colacionado, deveriam ser observados pelos poderes do Estado Alemão, sendo o reconhecimento da dignidade da pessoa humana um dever do poder público.

O artigo 2º acrescenta quais seriam os direitos efetivamente protegidos, sendo eles os seguintes:

- (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.
- (2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei¹²⁴.

Para o Estado Alemão, portanto, o Estado deveria garantir ao cidadão a proteção de seus direitos invioláveis, tratando-se, assim, de ação negativa a ser observada pelo governo.

A Constituição de Weimar, em seu artigo 79, item 3, vedava a modificação dos arts. 1º ao 20, tratando-se de valor supremo a ser defendido pelo Estado:

- (3) Uma modificação desta Lei Fundamental é inadmissível se afetar a divisão da Federação em Estados, o princípio da cooperação dos Estados na legislação ou os princípios consignados nos artigos 1 e 20¹²⁵.

A degradação de Weimar chegou ao ponto de se instalar uma ditadura que causou a perseguição e morte de milhões de pessoas, mesmo com todo o aparato de proteção constitucional. Podemos concluir, com alguma certeza, que o apoio popular foi o alicerce para

¹²³ ALEMANHA. Constituição de Weimar: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 31/07/2017.

¹²⁴ ALEMANHA. Constituição de Weimar: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 31/07/2017.

¹²⁵ ALEMANHA. Constituição de Weimar: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 31/07/2017.

a instalação do Estado Total na Alemanha e pelo descumprimento dos deveres estatais quanto à proteção da dignidade da pessoa humana.

As Constituições alemãs abundam em expressões ricas em aspectos éticos: dignidade humana, direitos sagrados e invioláveis, respeito pela lei moral, família, casamento, etc. Tudo isso torna o Rechtsstaat sozialer em um estado de direito material, uma vez que tais reivindicações culturais e éticas de um Kulturstaat, que também provoca o dogmatismo democrático, são incompatíveis com o relativismo e o formalismo do Estado liberal de Direito¹²⁶¹²⁷.

Werner Maihofer afirma, com absoluta precisão, que a dignidade da pessoa humana só deixa de ser observada quando há a destruição da solidariedade entre os homens. Pois, segundo Maihofer, somente o próximo poderá se levantar contra a agressão e defender o indivíduo.

Como reza Maihofer:

[...] que alguém determinou, meu vizinho, me defenderá com uma resistência direta (defesa legítima de terceiros) contra essa agressão contra a qual eu mesmo, na minha impotência diante da predominância do outro, não posso mais me defender; ou, pelo menos, que os outros em geral, isto é, a sociedade, não tolerarão que essa invasão na esfera da minha existência simplesmente continue a ocorrer¹²⁸¹²⁹.

Da mesma forma Jean Amery acrescenta:

A expectativa de ajuda, a certeza de ajuda, é, de fato, uma das experiências fundamentais dos seres humanos, e provavelmente também dos animais. Isto foi bastante convincente, apresentado décadas atrás pelo antigo Kropotkin, que falou de "ajuda mútua na natureza", e pelo moderno animal behaviorista

¹²⁶ VERDÚ, Pablo Lucas. La Lucha por El Estado de Derecho. Ibidem. p. 83.

¹²⁷ “Las Constituciones alemanas abundan en expresiones ricas en aspectos éticos: dignidade humana, derechos sagrados e inviolables, respeto a ley moral, familia, matrimonio, etc. Todo ello convierte al sozialer Rechtsstaat en Estado material de derecho, pues tales afirmaciones culturales y éticas de um Kulturstaat, que además, professa el dogmatismo democrático, son incompatibles con el relativismo y formalismo del Estado liberal de Derecho”. (VERDÚ, 1975, p. 83).

¹²⁸ MAIHOFER, Werner. Estado de Derecho Y Dignidad Humana. Buenos Aires. B de F editorial. p. 16.

¹²⁹ Em tradução livre: “(...) que alguém determinado, mi prójimo, me defenderá com una resistencia directa (legítima defensa de terceros) contra esa agresión frente a la cual yo mismo, em mi impotencia ante el predominio del outro, ya no puedo defenderme; o, por lo menos, que los demás em general, esto es, la sociedad, no tolerarán que dicha invasión em la esfera de mi existência continue simplemente ocurriendo” (MAIHOFER, 2008, p. 16).

Lorenz. A expectativa de ajuda é tanto um elemento psíquico constitucional como a luta pela existência¹³⁰¹³¹.

Entretanto, conforme afirma Maihofer, com a destruição do contrato social a solidariedade básica entre os indivíduos também se desfaz, deixando de ser aplicadas as regras de reciprocidade e correlação quanto aos valores de liberdade e igualdade que pertencem a todo homem. O contrato social determina a autolimitação do exercício da própria liberdade do indivíduo, sendo certo afirmar que o direito de liberdade autoriza o indivíduo a fazer ou deixar de fazer algo coexistentemente com a independência e arbitrariedade constritiva do outro.

Afirma Maihofer:

“[...] segundo o princípio da igual liberdade e igualdade primordial, devemos garantir a interpessoal, isto é, não apenas o respeito unilateral, mas o respeito recíproco pela personalidade; E, ao mesmo tempo, a solidariedade mútua, ou seja, o vínculo não apenas unilateral, mas recíproco na solidariedade entre os homens¹³²¹³³”.

Contudo, com a aniquilação do contrato social e da autolimitação, imposta pelo *status civilis*, há a destruição da interpersonalidade, não havendo mais razão para que cada um dos indivíduos respeite a personalidade do outro.

O Estado Total propiciou a quebra do contrato social no momento em que reduziu tudo à política, como queria Schmitt, deixando ao talante do führer conduzir o futuro da Alemanha.

Hannah Arendt assevera que nos movimentos totalitários, como organizações maciças de indivíduos atomizados e isolados, a lealdade é total, irrestrita, incondicional e inalterável ao Estado¹³⁴. O sentimento de pertencer a um movimento só pode surtir efeito nos

¹³⁰ AMERY, Jean. *At the Mind's Limits*. Bloomington. Indiana University Press. p. 28.

¹³¹ “The expectation of help, the certainty of help, is indeed one of the fundamental experiences of human beings, and probably also of animals. This was quite convincingly presented decades ago by old Kropotkin, who spoke of “mutual aid in nature,” and by the modern animal behaviorist Lorenz. The expectation of help is as much a constitutional psychic elemento as is the struggle for existence (AMERY, 1980, p. 28)”.

¹³² MAIHOFER, Werner. *Estado de Derecho Y Dignidad Humana*. Ibidem. p. 19.

¹³³ (...) según el principio de la libertad e igualdad parejamente primordiales, hay que garantizar la interpersonalidad, esto es, no el mero respeto unilateral, sino recíproco de la personalidad; y, a la vez, la soliedariedad mutua, o sea, el enlace no sólo unilateral, sino recíproco en la soliedariedad entre los hombres (MAIHOFER, 2008, p. 19)”.

¹³⁴ ARENDT, Hannah. *As origens do Totalitarismo*. Ibidem. p. 373.

indivíduos que não tenham laços familiares, sociais e de amizade, reforçando o isolamento essa necessidade do pertencimento que resulta na diminuição do senso crítico individual, que passa a ser o da massa. A população alemã se viu, assim, tomada pela demagogia do nacional-socialismo e pelas duras condições de vida que lhe foram impostas pelo quadro econômico e político do país.

Com relação à tributação, o Estado Total, tendo como base a Constituição de Weimar, editou, no ano de 1919, uma lei de interpretação tributária (*Abgabenordnung*) que tinha como escopo autorizar os órgãos administrativos a interpretar as leis e fatos tributários a partir de critérios econômicos. A legislação em comento também permitiu o uso da analogia quando fosse constatado o “abuso de formas”¹³⁵.

Em poucas palavras, a interpretação econômica autorizava que um contribuinte seja tributado não pelo que está expresso na lei, mas pelo que a autoridade administrativa entende que deva ser a carga tributária a ser suportada por referida pessoa¹³⁶.

Desse modo, se um contribuinte tiver uma atividade econômica lucrativa e recolher tributos que a administração pública entende como sendo pouco, o agente do fisco pode afastar a interpretação jurídica da lei e utilizar uma interpretação econômica da mesma legislação para cobrar mais impostos.

Após a chegada do nacional-socialismo à Chancelaria do Reich foi editada a Lei de Adaptação Fiscal (*Steueranpassungsgesetz*), onde, em conjunto com o princípio do *führer* (*Führerprinzip*), se determinou que as leis tributárias, a partir de 1934, deveriam ser interpretadas de acordo com a vontade do *führer*. Renato Lopes Becho, citando Alberto Xavier, acrescenta:

Não admira, pois, que o regime nacional-socialista, que abominava a liberdade individual e glorificava os poderes de um Estado baseado no sangue e na raça, tenha acolhido com júbilo as aludidas restrições ao princípio da legalidade na *Steueranpassungsgesetz* (lei de adaptação fiscal) de 1934, tido como empecilho liberal e pequeno burguês à plena expansão do *Führerprinzip* no terreno dos tributos¹³⁷.

¹³⁵ BECHO. Renato Lopes. *Filosofia do Direito Tributário*. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 303.

¹³⁶ BECHO. Renato Lopes. *Filosofia do Direito Tributário*. Ibidem. p. 303.

¹³⁷ BECHO. Renato Lopes. *Filosofia do Direito Tributário*. p. 303. apud XAVIER, Alberto. 2002, p. 46.

O confisco, portanto, como medida sancionatória do Estado para coibir tipos de crimes, foi amplamente utilizado no Estado Total como política na perseguição às minorias e na implantação do medo na população em geral.

O Estado Total, assim, foi responsável pela degradação da moral dos alemães, sendo extremamente eficiente no seu objetivo de exterminar os judeus, ciganos, comunistas, eslavos, e demais minorias nas câmaras de gás instaladas pela Europa ocupada, isso sem mencionar o sofrimento generalizado trazido pela conflagração mundial. A utilização da teoria decisionista de Carl Schmitt legitimou a ocorrência da maior calamidade humana da história.

2.4. O Retorno ao Estado Social

A origem do Estado Social encontra-se, embrionariamente, na Constituição francesa de 1793. A igualdade veio juntar-se à liberdade como valor supremo a ser defendido pelas cartas constitucionais, valores esses que se vincularam ao princípio da justiça permeando os textos das Constituições da Venezuela, México e Weimar.

Entretanto, após um hiato que obscureceu e silenciou a humanidade, ressurgiu o Estado Social democrático com a importante missão: A reconstrução do que restou de humanidade após os horrores da Segunda Guerra Mundial; e a união com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948.

Após a calamidade da conflagração mundial, os Estados Europeus se encontravam destruídos e precisaram de ajuda maciça dos Estados Unidos para a sua reconstrução. Foi elaborada então a Doutrina Truman – nome do presidente americano que governou de 1945 a 1953 – que tinha duas vertentes: a primeira buscava frear a influência do comunismo no mundo; a segunda, sendo uma consequência da primeira, foi o empréstimo de grandes somas de dinheiro e recursos aos países que se encontravam em frangalhos após a deflagração mundial. O plano, em sua versão econômica, chamou-se Plano Marshall – em referência ao General e Secretário de Estado George Marshall, ganhador do prêmio Nobel da Paz de 1953 – que tinha como o escopo a derrubada de barreiras comerciais, assim como a injeção de bilhões de dólares nas economias europeias para que fosse feita a reconstrução e reindustrialização desses países.

O parlamentarismo sobreviveu à destruição trazida pela guerra, tendo sido, contudo, necessárias mudanças no sistema econômico, que sofreu, a partir de então, uma intervenção maior do Estado. Foram criados novos instrumentos com o intuito de conceber um sistema social obrigatório custeado pelo Estado e garantir a orientação política para a igualdade social, econômica a partir da cobrança de tributos.

O cerne da discussão acerca do Estado Social é a conciliação de dois valores distintos: a liberdade individual e a igualdade social. O fracassado exemplo do Estado Liberal, onde há a primazia do indivíduo em desfavor do coletivo, acabou por resultar em uma mudança de paradigma. A desigualdade social, decorrência da revolução industrial e da ascensão da burguesia, foi a chama que alimentou Marx em sua procura, a partir da revolução, pelo nivelamento social. O sistema capitalista, conforme a doutrina de Marx, seria o mal maior, pois a partir do capitalismo que a burguesia reforçaria sua dominância em desfavor dos demais, fato esse que seria ensejador da luta de classes e da destruição, ou reformulação, a partir da revolução.

A igualdade é assim, valor amplamente discutido na doutrina de Rousseau e de Marx, cada um pelo olhar de suas teorias. Rousseau acreditava na liberdade política do homem - a partir da democracia - como forma de conciliação das classes sociais, ou seja, somente pela universalização do sufrágio a sociedade poderia canalizar a energia humana para que houvesse um entendimento social e para que fosse alcançado o bem-estar comum. Marx, por seu turno, tinha a ideia de que a ação política não poderia ser exercida por meio da democracia, mas somente pela revolução. A onipotência burguesa não poderia ser destruída pelo sufrágio popular. A revolução, portanto, consiste na luta de classes e na reforma do sistema capitalista, entendido por Marx como sendo o último e máximo causador de todas as mazelas e injustiças sociais.

Como afirma Caenegem:

As constituições existentes pouco afetadas foram por estas vastas mutações. A mudança fundamental foi, como é obvio, a introdução do sufrágio universal. Isto revelou ser de um modo geral suficiente, porquanto as novas políticas fiscais, sociais e econômicas podiam ser introduzidas através de simples legislação (...)¹³⁸.

¹³⁸ CAENEGEM, R. C. van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ibidem. p. 294.

José Ortega Y Gasset, atento à escalada de violência promovida pela doutrina marxista, denuncia a inversão do uso da força:

A civilização não é outra coisa senão o ensaio de reduzir a força a última *ratio*. Agora começamos a ver isto com bastante clareza, porque a "ação direta" consiste em inverter a ordem e proclamar a violência como *prima ratio*; a rigor, como única razão é ela a norma que propõe a anulação de toda norma, que suprime tudo que medeia entre nosso propósito e sua imposição¹³⁹.

A desigualdade que tanto Marx condena na sociedade industrial do século XIX somente cessaria quando da união de classes por meio da revolução. Tanto Marx quanto Rousseau concordavam que somente uma sociedade igualitária conseguiria caminhar para um lugar comum onde, cessadas as diferenças entre os homens, pôr-se-ia fim no conflito entre as classes.

Rousseau entendia ser a partir da democracia que a sociedade poderia realizar trocas e transformações vantajosas a todos, sem a necessidade de uma revolução, mas por meio da paz. Marx, por outro lado, entendia que a Revolução Francesa tinha sido a experiência mais marcante no sentido de deixar demonstrado o fracasso da ideologia híbrida da liberal-democracia. As revoluções seriam, segundo Marx, a demonstração cabal de que a democracia seria falha em sua ideia de principal de universalização, e assim conclama a todos os operários, no Manifesto Comunista, a despojar a burguesia de seus privilégios. Segundo Marx, somente por meio de uma solução de força, pela tomada violenta do poder, é que haveria a libertação dos operários da opressão do capitalismo. Marx conclama a todos os operários com sua célebre frase “Trabalhadores do mundo uni-vos!”.

A luta contra a burguesia e contra o capitalismo individualista está bem descrito no trecho abaixo reproduzido do Manifesto Comunista:

O poder político, em seu sentido real, é o poder organizado de uma classe para a opressão de outra. Se, na luta contra a burguesia, o proletariado, por necessidade, se une numa classe, torna-se a classe dominante por meio de uma revolução e, como classe dominante, se vale de seu poder para abolir as velhas relações de produção, com isso ele abole também as condições para a

¹³⁹ ORTEGA Y GASSET, José. A rebelião das massas. Ibidem. p. 107.

existência do antagonismo de classes, abole as próprias classes e, desse modo, sua própria dominação como classe¹⁴⁰.

A legislação social, portanto, não foi uma concessão da burguesia, mas sim uma consequência direta da luta revolucionária iniciada e conclamada pelos marxistas. A criação de uma legislação social, portanto, é decorrência direta da luta e da revolução, não se tratando de uma concessão graciosa com o beneplácito da burguesia, mas sim da sobrevivência frente à sublevação popular. As experiências e traumas deixados pela Revolução Francesa foram o motivo relevante para que a burguesia se convencesse da necessidade da adoção de legislações mais voltadas para as questões sociais.

Paulo Bonavides, concorda com o fato de que somente com a ameaça da revolução é que foi possível serem feitas concessões por parte da burguesia com o intuito de não se repetir o que aconteceu com a nobreza durante a Revolução Francesa.

A legislação social não dera nenhum passo à frente e nada autorizava a eleição de outro rumos e perspectivas. O seu aparecimento subsequente não se deve, aliás, de modo algum, à generosidade dos corações burgueses, à súbita conversão moral dos antigos algozes da classe operária, senão, em verdade, aos imperativos da sobrevivência burguesa, precisamente pelo fato de a teoria marxista haver dado ao trabalhador as armas de que ele necessitava e das quais soube fazer copioso e imediato uso¹⁴¹.

O Estado Social, portanto, nasce a partir de uma transição do Estado Liberal, acrescentando-se os ideais do Estado proletário sem, contudo, abdicar do sistema capitalista.

O declínio da influência burguesa no Estado marca o declínio do liberalismo e o começo do Estado Social com a influência do pensamento pacificador e aglutinador de classes de Rousseau. As modificações operacionalizadas buscam pôr termo ao conflito entre capital e trabalho, superar o dualismo de igualdade política - pela universalização do sufrágio - e encerrar a desigualdade social.

A questão relativa à ordem econômica, não resolvida pelo liberalismo, foi o que fez acirrar os ânimos do proletariado e acelerar o declínio do modelo social e econômico anterior.

¹⁴⁰ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. O Manifesto Comunista. São Paulo: Companhia das Letras. 2012. p. 46.

¹⁴¹ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Ibidem. p. 177.

O sufrágio censitário, que sustentava o poder da burguesia, foi substituído, após muito custo do proletariado, pelo sufrágio universal.

Mas aqui ocorre o momento mais decisivo, em que, abrindo mão compulsoriamente daquela franquia fundamental – da liberdade política como liberdade de classe –, que antes lhe afiançava o controle do Estado, a velha burguesia liberal reparte esse controle com as demais classes, notadamente a classe com a qual se achava envolvida num antagonismo de vida e morte¹⁴².

A influência do marxismo e o perigo que a revolução proletária poderia trazer ao Estado fez com que fossem ampliados os direitos concedidos à população. Paulo Bonavides elenca como fruto do Estado Social uma maior quantidade de direitos a serem regulados pelo Estado, incluindo entre eles os direitos do trabalho, da previdência, da educação e da intervenção na economia, ditando o salário, manipulando a moeda, regulando os preços, combatendo ao desemprego, protegendo os enfermos, dando ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controlando as profissões, comprando a produção, financiando a exportação, concedendo crédito, instituindo comissões de abastecimento, provendo necessidades individuais, enfrentando crises econômicas.

A intervenção do Estado Social seria incontestavelmente maior que no Estado Liberal, resultando na dependência do indivíduo do poderio político, econômico e social do novo Estado. Contudo, com o alargamento de competência do Estado há, igualmente, o surgimento de novos desafios. Do mesmo modo que há uma maior influência do Estado na vida social, existe, também, a urgente necessidade de ampliação da arrecadação de impostos a fim de se dar efetividade aos direitos garantidos à população pelas constituições que surgem abraçando o modelo social.

As condições de trabalho, logo no início da industrialização na Europa Continental eram lastimáveis, vivendo os operários fora dos grandes centros e distantes das fábricas, padecendo de doenças laborativas, idade avançada, enfermidades em decorrência de acidentes de trabalho. Foram criados clubes pelos operários mais politizados para fazer frente às necessidades daqueles desprovidos de recursos para o pagamento de tratamento médico. Foram criadas, a partir do modelo de guildas e corporações de ofício da Idade Média, organizações chamadas de *friendly societies* (na Inglaterra), *Hilfskassen* (na Alemanha) e *Sociétés de secours*

¹⁴² BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Ibidem. p. 189.

mutuelles (na França). A solidariedade ficava reservada a um mesmo grupo de operários, normalmente da mesma profissão, que pagava contribuições sobre o seu salário em retorno pela ajuda social em caso da ocorrência de “evento de risco”. Curioso é que os empregadores não se opuseram à criação dessas organizações de operários, pois eles poderiam compartilhar os riscos a que eles estavam sujeitos no caso de um acidente de trabalho e no caso do pagamento de uma reparação eles poderiam dividir os custos com tais organizações.

Uma vez que os trabalhadores foram organizados e poderiam processar por negligência, muitas vezes fazia sentido admitir um certo grau de responsabilidade e coletivização do risco criando sistemas de seguro de acidentes de trabalho (Ewald, 1986). Em segundo lugar, confrontados com a volatilidade dos mercados de trabalho e, em um momento antes do uso generalizado de contratos de trabalho, os empregadores não podiam estar certos de segurar seus “bons” trabalhadores, aqueles que eram pacíficos, funcionavam bem e especialmente aqueles em quem os empregadores haviam investido em termos de treinamento de habilidades¹⁴³¹⁴⁴.

Além das organizações criadas e mantidas pelos operários, o governo alemão, quando da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, instituiu, no ano de 1871, uma lei que responsabilizava os industriais em caso de culpa. Legislação semelhante somente apareceu na Inglaterra e na França, respectivamente, em 1897 e 1898.

A proteção do operário diante das alternativas do trabalho teve seu surgimento embrionário na Alemanha durante o governo de Bismarck, em 1883, quando surgiu a primeira legislação relativa ao pagamento de seguro-doença obrigatório aos operários da indústria. No ano seguinte, em 1884, é instituída a lei que determina o pagamento de benefício previdenciário em caso de acidente de trabalho. O fundo para o pagamento de indenização em caso de invalidez permanente era formado pela contribuição dos empregadores e tinha a intenção de manter o mínimo de subsistência ao trabalhador, sem mais condições para o trabalho, e de sua família. No ano de 1889 é instituída a lei de aposentadoria e invalidez, sendo custeada por empregados e empregadores¹⁴⁵.

¹⁴³ PALIER, Bruno et ali. *A Long Goodbye to Bismarck?* Amsterdam: Amsterdam University Press. 2010. p. 35.

¹⁴⁴ Once workers were organized and could sue for negligence, it often made sense to admit a degree of responsibility and collectivize risk by creating work accident insurance systems (Ewald 1986). Secondly, confronted with the volatility of labor markets and at a time before the widespread use of labor contracts, employers could not be certain of holding onto their ‘good’ workers, those who were peaceful, worked well and especially those in whom employers had invested heavily in terms of skills training (PALIER, 2010, p. 35)

¹⁴⁵ ROSANVALLON, Pierre. *A Crise do Estado-Providência*. Goiânia: UFG. Brasília: UnB, 1997. p. 128.

Na mesma linha, quando depois de passar as três leis de seguro social em 1883 (doença), 1884 (acidente) e 1889 (velhice e invalidez), Bismarck queria reforçar o papel desempenhado pelo Estado na administração e no financiamento dos órgãos de seguros, ele se opôs vigorosamente pelos parceiros sociais, que desconfiavam do estado autoritário e queriam defender sua autonomia de administração (Selbstverwaltung) e o selffinancing dos esquemas de seguro social que eles administravam (através de contribuições de seguro social sobre os salários em vez de através de impostos) ¹⁴⁶¹⁴⁷.

Esses embrionários sistemas de seguro social foram, em um primeiro momento, pensados para auxiliar os trabalhadores desempregados e fornecer seguro aos operários homens da indústria. Não havia preocupação com a desigualdade e a pobreza, ou seja, não eram tais medidas voltadas para a busca da justiça social, mas sim para garantir que os benefícios tivessem correlação com os níveis salariais e as contribuições para sustentar os benefícios a serem pagos.

Posteriormente, em 1911, as legislações foram codificadas (Código dos Seguros Sociais) e incluídas nos textos Constitucionais do México (1917) e Weimar (1919). Após a Segunda Guerra Mundial, com a Lei Fundamental da Alemanha de 1949 (Bonn), é incluída como fim do Estado Alemão a proteção dos direitos sociais. A parte da Constituição de Weimar que traz a obrigatoriedade na observância da dignidade da pessoa humana, como já visto, foi muito contestada pelas correntes jurídicas, principalmente por Carl Schmitt.

As Constituições de Weimar e do México alargaram as obrigações positivas do Estado, alterando o esquema de caráter liberal-individualista para um novo que expandiu os direitos políticos, dos trabalhadores, sociais, coletivos e difusos. Os fins do Estado Social se alteraram, desse modo, para a busca da paz social e existência digna para todos, fugindo-se do esquema anterior individualista, característico do Estado Liberal. Com a expansão das obrigações estatais, apareceram novos direitos e responsabilidades com relação à política, educação, cultura, previdência social, trabalho e economia.

¹⁴⁶ PALIER, Bruno et ali. *A Long Goodbye to Bismarck?* Amsterdam: Amsterdam University Press. 2010. p. 35.

¹⁴⁷ “In the same vein, when after passing the three social insurance laws in 1883 (sickness), 1884 (accident) and 1889 (old-age and invalidity) Bismarck wanted to re-enforce the role played by the state in the administration and the financing of the insurance bodies, he was vigorously opposed by the social partners, who distrusted the authoritarian state and wanted to defend their autonomy of management (Selbstverwaltung) and the selffinancing of the social insurance schemes they ran (through social insurance contributions levied on wages rather than through taxes)”. (PALIER, 2010, p. 35).

O Estado de bem-estar social (*Welfare State*) é aquele que busca trazer a igualdade de oportunidades aos indivíduos a partir de políticas públicas em detrimento do sistema liberal onde a igualdade tinha característica linear, ou seja, eram assegurados, somente, direitos políticos e civis. A proteção pelo Estado a todos os cidadãos é uma conquista fundamental à sobrevivência do indivíduo. A atividade estatal se dá por meio de prestações públicas que buscam, em curto período de tempo, assegurar a sobrevivência dos indivíduos e tirá-los da situação de miserabilidade dando oportunidades para que sozinho possa subsistir.

[...] o princípio constitucional do estado social se exprime na assunção ao nível constitucional por parte do estado duma tarefa ou função de conformação social (ou, mais, especificamente, económica, social e cultural) da sociedade¹⁴⁸.

A igualdade é o princípio que orienta essas medidas e autoriza o Estado a intervir em tais situações.

O alargamento do papel estatal, trazido pelas constituições sociais, acabou por acarretar o esgotamento dos recursos financeiros, fato este que gerou uma pressão maior nos já combalidos governos a rever quais das políticas públicas necessitariam de arrefecimento. Houve, assim, uma redução na rede de proteção social, tendo em vista a falta de recursos.

[...] o princípio do estado social tem importantes implicações para a tributação e os impostos. Implicações essas que, em geral, vão mais no sentido da expansão e intensificação da tributação do que no da sua limitação, o que, naturalmente, não surpreende se tivermos na devida conta que é o estado fiscal que paga a conta do estado social, e que esta, ao concretizar-se no alargamento da acção do estado muito além do seu homogéneo e restrito domínio clássico (*rectius* liberal), se consubstancia em mais e maior estado a implicar maiores despesas e, conseqüentemente, maior tributação ou carga fiscal¹⁴⁹.

A igualdade plasmada no cumprimento de novas exigências trazidas pelo texto constitucional, que tinham como propósito amenizar as desigualdades sociais e os níveis de pobreza em decorrência de seu elevadíssimo custo, acabou por colocar em risco todo o sistema de proteção social.

¹⁴⁸ NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Coimbra: Almedina. 1ª ed. 3ª reimpressão. 2002. p. 573.

¹⁴⁹ NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Ibidem. pp. 575-576.

O déficit público com o pagamento das despesas obrigatórias acabou por sobrecarregar as finanças do Estado, vez que a expansão das receitas, obtidas a partir do pagamento dos impostos, não acompanhou o crescimento dos gastos. A correlação entre a crise financeira dos Estados e o *Welfare State* resultou da revisão do sistema para fins de redução dos gastos estatais em favor de políticas públicas que buscam a maior inserção dos indivíduos na sociedade, a fim de lhe garantir o mínimo existencial.

É nessa obrigatoriedade que nasce a grande dicotomia entre cortar gastos públicos, com a redução da rede de segurança social fornecida ao indivíduo pelo Estado, ou, impreterivelmente, enfrentar o colapso das finanças públicas, que paralisará as atividades estatais.

A crise atual do Estado reside nessa difícil situação onde “os problemas de caixa do *Welfare State* já estão presentes na década de 1960 – ao final dela –, quando os primeiros sinais de que receitas e despesas estão em descompasso, estas superando aquelas, são percebidos”¹⁵⁰.

O aprofundamento da crise do estado Social tem início na década de 70 quando da ocorrência da Crise do Petróleo (1956 – 1991) e do aumento da pressão quanto ao empenho necessário a cobrir as despesas obrigatórias em decorrência dos gastos sociais nas finanças públicas. Além desse fato, que por si só já agrava a situação dos gastos públicos, havia uma grande pressão popular para a redução de impostos, fato esse que resultou na arrecadação, cada vez menor, de tributos.

As revoluções tecnológicas, de grande modo, também impactaram na redução da receita dos Estados no momento em que ocorre a substituição da atividade humana pela automação. A redução de ofertas de emprego, com a substituição das atividades anteriormente realizadas por humanos pelas máquinas, além de jogar milhões na informalidade, reduz a arrecadação de impostos decorrentes da relação de emprego, além de empurrar para a situação de miserabilidade um grande número de pessoas que a partir daí dependem das prestações estatais para manter sua subsistência, o que pressiona os gastos estatais e aumenta o déficit orçamentário.

¹⁵⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002. pp. 41-42.

Outro fator que tem grande impacto nas finanças públicas é o individualismo cada vez maior da sociedade moderna. O clientelismo cria um segmento de indivíduos que buscam, continuamente, o recebimento de benefícios sem necessitar efetivamente da ajuda fornecida pelo Estado. A quebra do vínculo de solidariedade na sociedade faz nascer a obrigatoriedade do Estado assumir a responsabilização pelos riscos assumidos. O paternalismo nas relações entre os indivíduos e o Estado, além do emprego de políticas sociais populistas, tira do indivíduo o senso de responsabilidade na condução de sua vida transferindo-a ao Estado, fomentando, desse modo, uma nova forma de individualismo.

A justificção paternalista para a atividade governamental é a mais incômoda para um liberal; ela envolve a aceitação de um princípio - o de que alguns podem decidir por outros - que considera questionável em inúmeros casos e que lhe parece, muito justamente, o ponto característico de seus principais inimigos intelectuais - os prepotentes do coletivismo em qualquer uma de suas formas quer se trate de comunismo, de socialismo ou do estado de bem-estar social ¹⁵¹.

O envelhecimento da população mundial, somado às taxas cada vez menores de natalidade, traz a majoração dos pedidos de concessão de aposentadorias e pensões, resultando no aprofundamento do déficit estatal. A sobrevida traz, também, situações onde o aposentado, em decorrência de sua longevidade, permanece inativo por mais tempo do que o período em que passou em atividade. Além do aumento da concessão dos benefícios previdenciários aos mais idosos, a sobrevida acaba por pressionar o sistema de saúde, pois os mais idosos estão mais suscetíveis às doenças crônicas e eventuais tratamentos contínuos fornecidos pelo Estado.

Por todos os motivos acima elencados, foi necessária a discussão acerca do tamanho do Estado. Ou seja, buscou-se o inverso do *Welfare State* com a redução das demandas prestacionistas e conseqüentemente uma menor interferência do Estado na vida social com a redução dos programas assistenciais. Com isso, estava aberto o caminho para a ascensão da ideologia neoliberal como alternativa ao Estado Social, desencadeando a mudança das políticas governamentais com a gradativa redução da busca pela igualdade e dos direitos civis, políticos e sociais. A ideia do neoliberalismo consiste, uma vez mais, em acreditar que o mercado é apto a funcionar de modo a regular as situações econômicas e sociais, fato esse discutível tendo em

¹⁵¹ FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e Liberdade. Ibidem. p. 29.

vista as premissas tratadas nesse tipo de Estado serem parecidas ou idênticas aos do Estado Liberal.

2.5. O Neoliberalismo

O neoliberalismo nasceu da urgente necessidade de ser discutido o tamanho do Estado Social, tendo em vista o déficit das contas públicas. O papel intervencionista do Estado Social, a partir da regulação econômica, social e política, foi repensado, chegando-se à conclusão de que não haveria como se manter, tendo em vista o seu alto custo de manutenção, um Estado paternalista e assistencialista, sendo necessária a redução da interferência na vida social.

No campo econômico, o neoliberalismo volta a hipervalorizar a livre iniciativa e a concorrência como forma de regulação dos mercados, minimizando a função regulatória do Estado e deixando o mercado agir de forma a ajustar a demanda e a procura, sendo a acomodação dos preços uma decorrência dessa situação. O desenvolvimento social será decorrente da liberalização da atividade econômica com a maior oferta de empregos.

A teoria neoliberal teve com um de seus grandes idealizadores Milton Friedman. As ideias neoliberais vêm para se contrapor à teoria de John Maynard Keynes, a partir da Crise do Petróleo de 1970, que foi amplamente utilizada pelos países ocidentais. Keynes professava, em sua obra “Teoria Geral do Emprego, do Juro e do Dinheiro”, que para manter o crescimento econômico e social seria necessário haver uma demanda em paridade com o aumento da capacidade produtiva da economia, de forma suficiente para garantir o pleno emprego o que provocaria um aumento da inflação.

Assim, o Estado deveria buscar formas de conter o desequilíbrio da economia aplicando grandes remessas de capital na realização de investimentos que aquecessem a economia de modo geral, além de fornecer linhas de crédito a baixo custo, garantindo a realização de investimentos do setor privado. Com a promoção de tais medidas haveria um aumento nos níveis de emprego, e, conseqüentemente, o mercado consumidor daria a sustentação real a toda essa aplicação de recursos com o retorno do investimento feito pelo Estado em forma de tributos atrelados ao consumo.

Ao mesmo tempo temos de reconhecer que só a experiência pode mostrar até que ponto convém orientar a vontade popular, incorporada na política do Estado, no sentido de aumentar e suplementar o incentivo a investir, e até que ponto convém estimular a propensão média a consumir, sem abandonar o nosso objetivo de privar o capital de seu valor de escassez em uma ou duas gerações¹⁵².

A teoria keynesiana, contudo, perde força após as crises econômicas da década de 70, sendo duramente criticada pela corrente de teóricos econômicos conhecidos como “monetarista”, tendo como uns de seus mais notórios integrantes Milton Friedman.

A pobreza para os neoliberais seria de responsabilidade direta da condução da vida por cada um dos indivíduos, Milton Friedman aduz que: “O princípio ético que justificaria diretamente a distribuição da renda numa sociedade de mercado livre seria ‘a cada um de acordo com o que ele e seus instrumentos de trabalho produzem’”¹⁵³. A desigualdade, segundo os neoliberais, não é gerada pelo capitalismo, conforme a concepção popular, mas, pelo contrário, “o capitalismo leva a menos desigualdade do que os sistemas alternativos de organização, e que o desenvolvimento do capitalismo diminui sensivelmente a extensão da desigualdade”¹⁵⁴. Ou seja, para o neoliberalismo, a desigualdade é o meio onde a economia de mercado tem como se expandir, uma vez que gera a acumulação de novos capitais em proveito do sistema econômico. Como uma mola propulsora do progresso tecnológico, do aumento de salários e até mesmo de um melhor padrão de vida, a desigualdade é importante para o desenvolvimento da sociedade, sendo certo afirmar que a sua eliminação colocaria em risco todo o sistema econômico.

A justiça social como objeto de política social não passa de uma miragem. O resultado desta filosofia, em termos políticos concretos, é um desejo de reduzir o papel do Estado na área do bem-estar social, cortando os gastos e os impostos e transferindo os serviços para o setor privado. Onde o mercado não pode atuar porque não há demanda efetiva, as organizações filantrópicas particulares, sob o livre controle dos indivíduos, substituem a ação do Estado¹⁵⁵.

O neoliberalismo teve sua aplicação soberana na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos. Nos governos de Margaret Thatcher e de Ronald Reagan, respectivamente a Primeira-

¹⁵² KEYNES, John Maynard. *As Consequências Econômicas da Paz*. São Paulo. Ibidem. p. 344.

¹⁵³ FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. Ibidem. p. 29.

¹⁵⁴ FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. Ibidem. p. 29.

¹⁵⁵ TAYLOR-GOUBY, Peter. *Welfare, hierarquia e a “nova direita” na era Thatcher*. Fonte: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200009>. Acesso: 08/08/2017. (TAYLOR-GOUBY, 2014, p. 127).

Ministra da Grã-Bretanha e o Presidente dos Estado Unidos da América, buscou-se o objetivo da redução do déficit de ambos os países, com a adoção de maciço programa de privatização e das seguintes ações:

(1) cortar os gastos - os serviços previdenciários constituem cerca de 70% dos gastos do Estado, e são básicos para qualquer plano de redução tributária; (2) ampliar o escopo do setor privado, a fim de melhorar as opções e retirar a carga do governo; (3) destinar aos pobres os gastos estatais remanescentes, passando de serviços universais a seletivos; e (4) reduzir a tributação a fim de liberar as empresas, melhorar as opções e apoiar as atividades privadas e voluntárias como substitutas dos serviços previdenciários estatais¹⁵⁶.

Os Estados, portanto, a fim de conter a expansão do seu déficit fiscal, deveriam tomar medidas de forte impacto. Entre elas podemos elencar as mais importantes: a diminuição dos direitos sociais; a redução do papel do Estado por meio das privatização; o enfraquecimento dos sindicatos e a redução dos salários; a redução ou diminuição dos tributos sobre o capital, trazendo a noção de tributo-troca e a automatização do setor fabril para diminuir os custos de produção¹⁵⁷. O retrocesso nas políticas sociais, portanto, é evidente no modelo que o neoliberalismo pretende implantar nos Estados.

Ou seja, pregam os neoliberais a diminuição do Estado de modo a realizar um retrocesso social em prol de um estado mínimo, sob a ótica ilusória de que após as experiências ruins decorrentes do enfraquecimento dos direitos sociais adquiridos com o estado de bem-estar Social, isso seria amenizado, lógica essa que se espalhou em uma velocidade impressionante¹⁵⁸.

Com a aplicação das ideias de Friedman e Hayek, o neoliberalismo apregoa a necessidade da tomada de medidas que terão um efeito nefasto aos indivíduos, pois é certo que haverá um aumento das desigualdades com o aumento da miséria e da exclusão social. A regulação pelo mercado tem o efeito nefasto de ser excludente, ou seja, incapaz de praticar justiça social a partir da redistribuição de renda e dar efetividade ao princípio da igualdade entre os homens. O retrocesso nas políticas sociais, com a adoção do Estado mínimo, gera uma espécie de involução das conquistas dos direitos humanos e reforça a exclusão social.

¹⁵⁶ TAYLOR-GOUBY, Peter. Welfare, hierarquia e a “nova direita” na era Thatcher. Fonte: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200009>. Acesso: 08/08/2017. (TAYLOR-GOUBY, 2014, p. 127)

¹⁵⁷ BUFFON, Marciano. Tributação e Dignidade Humana: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44.

¹⁵⁸ BUFFON, Marciano. Tributação e Dignidade Humana: entre os direitos e deveres fundamentais. Ibidem. 42.

Paulo Bonavides alerta que a adoção do neoliberalismo privilegiou unicamente a classe financeira e empresarial produzindo efeitos catastróficos na ordem social. O empobrecimento do povo, principalmente das classes assalariadas, tem levado a juventude para o crime e a prostituição, com a desagregação de valores outrora protegidos pelo Estado. O neoliberalismo, portanto, seria uma ideologia pragmatista das minorias liberais contra a sociedade e a nação. Acrescenta, ainda, o autor que: “jamais houve, de último, tanto desrespeito social à dignidade e aos direitos fundamentais do homem como na aplicação da doutrina neoliberal”¹⁵⁹.

Por isso, o neoliberalismo é um sistema econômico de políticas desumanas, pois faz cessar os investimentos para a implantação dos direitos sociais e econômicos, não fazendo a desigualdade diminuir, mas sim aumentar por meio do fim da solidariedade entre os indivíduos, da concentração de renda e do baixo investimento em políticas sociais. A intervenção no mercado pelo Estado, contudo, se faz necessária pois aquele não está apto a corrigir as distorções e desigualdades sociais, tampouco a trazer a tão almejada igualdade material para os cidadãos.

A insuficiência de regulação da economia pelos Estados, cumprindo a cartilha dos neoliberais, provou ser um erro. Em 2008 (Crise dos *subprimes*), graças à desregulamentação bancária promovida pela administração Reagan, o mundo se viu na maior crise financeira pós 1929. O início se deu com a quebra do tradicional banco Lehman Brother's o que provocou uma reação em cadeia que levou a uma sucessão de falências de outras instituições bancárias ao redor do mundo.

A solução encontrada, uma vez que a quebra do sistema bancário mundial seria catastrófica para os países desenvolvidos, foi fazer um aporte de recursos públicos tendo como objetivo salvar a economia global, o que Thomas Piketty chamou de a “volta do Estado”.

Para Piketty, considerando os países europeus desenvolvidos, o peso do Estado nunca foi tão grande como na atualidade. Logo, diferentemente da crise econômica da década de 30, a atual expôs a fragilidade dos Estados que têm seus recursos empenhados nas transferências obrigatórias à educação, saúde, previdência e demais gastos.

¹⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 165.

O ‘retorno do Estado’ não surge da mesma forma na década iniciada em 2010 como na década de 1930, por uma razão simples: o peso do Estado é muito maior hoje do que era então e, em certo Medir, é ainda maior do que nunca. É por isso que a crise atual traduz ao mesmo tempo uma acusação dos mercados e uma abordagem crítica do peso e do papel do poder público¹⁶⁰.

Deste modo, segundo Piketty, a transferência de recursos dos mais ricos para os mais pobres para financiar os serviços públicos é insuficiente para o cumprimento das metas estabelecidas nas constituições quanto à educação, saúde e aposentadorias. Ou seja, com o crescimento médio da produção mundial em torno de 1 a 1,5% ao ano, não há como os Estados, somente a partir da cobrança de impostos, fazer frente aos gastos obrigatórios. O economista francês acredita que a solução será realizar um grande debate e “para fazer escolhas entre diferentes tipos de necessidades e não existe uma razão óbvia para pensar que os impostos devem financiar, a longo prazo, quase todas as necessidades”¹⁶¹¹⁶².

A discussão atual gira justamente em torno do tamanho e do papel que o Estado deve desempenhar na sociedade. A manutenção do Estado Social se mostrou um objetivo muito difícil de cumprir, pois depende de grandes montas de recursos decorrentes dos impostos e do próprio sistema econômico, o que inibe o próprio desenvolvimento do país. O neoliberalismo, da mesma forma que o Estado Social, também apresentou problemas quando fomentou a desigualdade e deixou ao talante do mercado regulamentar a vida social, forçando a ida de milhões de pessoas para a pobreza.

2.6. Dos fins do Estado

Os fins do Estado estão umbilicalmente ligados ao programa eleito pelo Legislador Originário quando da elaboração da Constituição Federal, servindo essa última como referência para toda a atuação estatal que vem a se concretizar por meio de políticas públicas. Implica em conhecer como se dará a atuação do Estado no dia-a-dia da sociedade e em relação à atuação estatal para com os indivíduos que o compõem.

¹⁶⁰ El “regreso del Estado” no se plantea para nada de la misma manera en la década iniciada en 2010 que en los años treinta, por una simple razón: el peso del Estado es mucho mayor hoy de lo que lo era entonces y, en cierta medida, es aún mayor de lo que jamás había sido. Por eso la crisis actual se traduce al mismo tiempo en una acusación a los mercados y un planteamiento crítico del peso y el papel del poder público (PIKETTY, 2014, p. 347-348).

¹⁶¹ PIKETTY, Thomas. El Capital en el Siglo XXI. Ibidem. p. 354.

¹⁶² “(...) hacerse elecciones entre los diferentes tipos de necesidades y no hay razón evidente para pensar que los impuestos deban financiar, a la larga, casi todas las necesidades” (PIKETTY, 2014, p. 354).

A temática, como se vê, é de difícil desenvolvimento, fato esse que dá suporte à grande quantidade de teorias desenvolvidas acerca da finalidade estatal.

A dificuldade encontrada pela doutrina reside, em grande medida, na mutabilidade do objeto de estudo. O Estado, como criação humana, não pode ficar prostrado ao vento dos acontecimentos que venham a modificar a dinâmica social. A dúvida encontrada pelos teóricos do estado, quanto aos seus fins, pode ser condensada por Herman Heller que alerta que, desde Aristóteles, é tortuosa a questão relativa aos fins do Estado, sendo que o assunto tem sido deixado de lado pela doutrina por considerá-lo como fictício, supérfluo ou de difícil resolução¹⁶³.

Aristóteles abre a sua obra “A Política” afirmando ser a cidade uma espécie de associação tendo como objetivo algum bem, uma vez que o homem somente trabalharia por algo que é, na opinião deles, bom para todos. Para Aristóteles o Estado seria a união de famílias que, juntas, teriam em comum uma vida feliz e independente¹⁶⁴. A finalidade do Estado, portanto, seria a prosperidade na vida.

Conforme vemos nas preciosas lições de Miguel Reale, o estudo de uma Teoria Geral do Estado busca, a partir dos seus fins políticos, encontrar as finalidades dos estados em todas as épocas e lugares segundo os graus de desenvolvimento cultural¹⁶⁵.

Como não poderia ser diferente há na doutrina dissonância do que venha a ser os fins do Estado. Há aqueles que entendem ser os fins do Estado matéria não contida dentro de uma Teoria Geral do Estado e outros que afirmam ser os fins do Estado matéria necessária para melhor compreensão dos limites de atuação desse último.

Dentre os doutrinadores da primeira corrente, Hans Kelsen afirma ser irrelevante a busca pelos objetivos do Estado, uma vez que se trataria de atividade meramente política restringindo o estudo do campo técnico-jurídico, devendo, dessa forma, ficar fora de uma Teoria Geral do Estado¹⁶⁶.

¹⁶³ HELLER, Herman. Teoria do Estado. São Paulo: Mestre Jou. 1968. p. 241.

¹⁶⁴ ARISTÓTELES. A Política. São Paulo: Edipro. 2009. pp. 96-97.

¹⁶⁵ REALE, Miguel. Teoria do Direito e do Estado. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 130.

¹⁶⁶ ACCIOLI, Wilson. Teoria Geral do Estado. Rio de Janeiro: Forense. 1985. p. 205.

De entendimento diametralmente oposto, outros autores, tendo como expoente Herman Heller, entendem que os fins do Estado são fundamentais para uma Teoria Geral do Estado, pois mesmo que o Estado tenha, como instituição humana, um fim objetivo, nem sempre esse fim objetivo se ajusta aos fins subjetivos dos homens que o formam¹⁶⁷.

Rudolf Smend, por seu turno, entende que os fins do Estado estão sempre em constante mudança, vivendo em processo de contínua renovação. Assim, referido autor, citando Renan, afirma que o Estado vive um plebiscito que se renova a cada dia, sendo essa renovação o núcleo essencial da dinâmica do Estado pela integração¹⁶⁸.

Parte da doutrina clássica acredita ser imprescindível a menção dos fins do Estado para a formulação de uma Teoria Geral do Estado, nesse contexto encontrada a classificação feita por Jellinek.

Segundo a doutrina de Georg Jellinek, as leis, incluindo as suas exposições de motivos, precisam encontrar sua justificativa, explícita ou implicitamente nos fins do Estado. Assim, os fins do Estado podem ser divididos em fins objetivos e subjetivos, sendo o primeiro subdividido em *fins universais objetivos do Estado* e *fins particulares do Estado*¹⁶⁹.

Os *fins universais objetivos do Estado* têm origem em Platão e Aristóteles, sendo aqueles que se mantêm inalterados durante o tempo, ou seja, oferecem a ideia de imutabilidade, sendo, desse modo, um padrão comum para todos os Estados¹⁷⁰.

Os *fins particulares do Estado* são produto de sua evolução histórica, ou seja, sua evolução particular, sendo fato de suma importância para definir quais serão os fins desse Estado¹⁷¹.

¹⁶⁷ HELLER, Herman. Teoria do Estado. Ibidem. p. 241.

¹⁶⁸ SMEND, Rudolf. Constitución Y Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1985. p. 63.

¹⁶⁹ JELLINEK, Georg. Teoria General del Estado. Buenos Aires: Editorial Albatroz. 1970. pp. 176-177.

¹⁷⁰ ACCIOLI, Wilson. Teoria Geral do Estado. Ibidem. pp. 205-206.

¹⁷¹ JELLINEK, Georg. Teoria General del Estado. Ibidem. 173.

No que se refere aos fins subjetivos do Estado, essa teoria tem como linha mestra a relação entre o Estado e sua evolução social, ou seja, seus fins individuais. A busca da felicidade e a existência individual são resultado direto de sua evolução social.

Giorgio Del Vecchio¹⁷² afirma que o Estado é uma pessoa superindividual – no sentido de ser o Estado o centro da ordem jurídica onde formalmente se unifica e consolida a espiritualidade humana e suas espontâneas manifestações. A finalidade do Estado, para Del Vecchio, residiria na realização da justiça, ou seja, o Estado teria como dever coibir as ofensas aos direitos individuais, desenvolvendo esses direitos a fim de garantir o bem comum ou universal.

Isto explica porque ao natural evolver da atividade humana deve corresponder um progressivo incremento da atividade do Estado, visto que o direito fornece norma reguladora para a vida em tôdas as suas manifestações, e o Estado é justamente o órgão do direito¹⁷³.

[...] pode e deve o Estado dirigir sua ação para o fim supremo, que é o bem comum ou universal, sem restrições ou exceções¹⁷⁴.

Ataliba Nogueira, por seu turno, entende que o Estado sempre busca a prosperidade pública, incluindo, a perfeição física, intelectual e moral. Para o mencionado autor o Estado teria a responsabilidade de suprir a ausência da família e grupos sociais solitários, ou seja, somente teriam poder aglutinador as entidades sociais, como polo agrupador primário dos indivíduos, sendo, desse modo, secundário o Estado.

O fim do estado consiste na prosperidade pública, na *sufficiencia vitae* necessária a cada uma para atingir a perfeição física, intelectual e moral, correspondendo às necessidades e às deficiências naturais mais profundas, que não podem ser satisfeitas nem pelo indivíduo só, nem pela família isolada, nem por outros grupos sociais solitários¹⁷⁵.

Contudo, nos filiamos à definição proposta por Herman Heller, onde o Estado é oriundo da vontade humana, sendo, portanto, a unidade formada a partir de uma situação cultural e natural do homem. Para Heller, o Estado deve ter como fim a sua função social e a

¹⁷² DEL VECCHIO, Giorgio. Teoria do Estado. São Paulo: Saraiva. 1957. p. 125.

¹⁷³ DEL VECCHIO, Giorgio. Teoria do Estado. Ibidem. p. 101.

¹⁷⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. Teoria do Estado. Ibidem. p. 104.

¹⁷⁵ NOGUEIRA, Ataliba. O Estado é meio não fim. São Paulo: Saraiva. 1955. p. 147.

sua ação social objetiva, ou seja, a realidade social, bem como seus pressupostos históricos, seriam os elementos formadores da unidade estatal¹⁷⁶.

O Estado, como se viu, tem um duplo papel: O primeiro é como garante dos direitos individuais e o desenvolvimento da vida coletiva; segundo, como visto na doutrina de Herman Heller, no sentido da busca pelo desenvolvimento da pessoa humana. O Estado, portanto, é meio para a consecução do bem-estar moral, espiritual, material do indivíduo e para a sua felicidade.

2.7. Dos fins do Estado brasileiro.

Foi promulgada, em 24 de janeiro de 1891, a primeira Constituição republicana do Brasil. Com o fim do Império, o chefe do governo provisório, Marechal Deodoro da Fonseca, determinou à uma comissão que elaborasse um projeto de Constituição. Após estudos, tal comissão concluiu, sem nenhuma sombra de dúvida, que o modelo de referência seria, de forma incontestada, a Constituição dos Estados Unidos da América, conforme vemos das discussões contidas nos anais do Senado Federal:

Sr. José Hygino: “Si queremos imitar a sábia constituição norte-americana, não basta que reproduzamos o texto dos seus artigos é necessário que saibamos também, como os membros do Congresso de Philadelphia, alliar o espirito de innovação no espirito de conservantismo adaptando velhas instituições a uma nova, ordem de cousas”¹⁷⁷.

As oligarquias rurais foram unidas com o poder sobre todos os níveis de governo, sem distinção, sendo mantida as benesses outrora concedidas no período imperial. Ou seja, com a Proclamação da República, na prática, nada mudou do regime anterior, pois não houve apelo popular à mudança, logo, carecia de legitimidade o novo governo.

Não houve contestação popular acerca do fim da Monarquia, pois a ausência de mudança do poder, que ainda permaneceu nas mãos da elite política oligarca, com a desagregação progressiva do antigo regime ligado ao fim da escravidão e às questões religiosas e militares não foi o suficiente para que houvesse qualquer movimento de insurreição. A

¹⁷⁶ HELLER, Herman. Teoria do Estado. Ibidem. p. 244.

¹⁷⁷

SENADO

FEDERAL,

http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1891/1891%20Livro%201.pdf. Acessado em 14/09/2017.

Assembleia Nacional Constituinte foi, segundo Raymundo Faoro, um “espetáculo sem alma e sem vigor”¹⁷⁸ que acabou por legitimar políticos sem nenhuma expressão popular “os futuros deputados e senadores deveriam ser os agentes dóceis da ditadura, escolhidos por regime eleitoral compreensivo, em listas organizadas ou aprovadas no Rio de Janeiro “(...) com nomes de que ninguém, nas províncias, jamais ouvira falar”¹⁷⁹.

A nossa Carta de 1891, com arrimo nos valores já consagrados na Constituição Americana, trouxe, em seu texto, os clássicos direitos e garantias individuais de primeira geração – liberdade e igualdade –, mas mantendo forte a tradição de proteger, de forma irrestrita, a propriedade. Assim, no artigo 72, foram trazidos os valores defendidos pelos Estados Unidos do Brasil:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes¹⁸⁰:

O liberalismo impresso na Carta de 1891 bem como a separação de poderes, oriundos da proposta de Montesquieu estavam presentes. Os direitos a livre manifestação do pensamento, a liberdade de associação, o direito de reunião, a inviolabilidade da casa como asilo do indivíduo e a instituição do júri, matérias estas já constantes da revogada Carta do Império, foram, da mesma forma expressas na primeira constituição republicana.

Ainda com relação à propriedade, a desapropriação por necessidade ou utilidade pública seria a única forma de mitigação ao direito, contudo, somente após o pagamento de prévia indenização.

A Carta de 1891 garantiu, em seu artigo 28, a possibilidade do desenvolvimento dos direitos da pessoa humana quando disse: “outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelecia e dos princípios que consigna”.

A essência desse dispositivo, como pedra angular do Estado de Direito, tem-se reproduzido em todas as Constituições republicanas subsequentes,

¹⁷⁸ FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder – formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Editora Globo. 2013. p. 627.

¹⁷⁹ FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder – formação do patronato político brasileiro. Op. Cit. p. 627.

¹⁸⁰ BRASIL. Constituição Federal de 1891. Promulgada em 24 de janeiro de 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>.

derivadas de poder constituinte legítimo. Como tal energia que há consentido uma latitude admirável ao exercício jurisdicional de proteção das liberdades fundamentais¹⁸¹

Assim, a Constituição trazia um rol apenas demonstrativo de direitos, deixando em aberto a possibilidade do reconhecimento de outros direitos não-enumerados, esse fato, por si só, já representava um avanço em comparação com a Constituição de 1824. Como afirma Sarlet a Constituição de 1891 introduziu um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais no constitucionalismo brasileiro, surgindo um campo fecundo no que diz respeito a formulação de uma doutrina e uma teoria dos direitos fundamentais “implícitos e decorrentes”¹⁸².

Nas constituições que antecederam à de 1988, em especial as de 1934 e 1937, há busca pelo bem comum como forma do Brasil deixar o subdesenvolvimento, como podemos ver do Preâmbulo da Carta Política de 1934.

Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte¹⁸³ (...).

A Carta Constitucional de 1934, fortemente influenciada pela Revolução de 1930, rompeu com a tradição oligárquica e criou um Estado populista que veio a realizar uma grande reforma das estruturas e das instituições. Foram introduzidos no texto constitucional direitos sociais, econômicos e culturais com a aspiração de passar do liberalismo para uma nova formulação, com a inclusão de direitos sociais nas estruturas do Estado. A Revolução de 1930 deixou expostas, pela primeira vez, as grandes questões sociais que resultavam no atraso do Brasil.

A Revolução de 30 fez inevitável a reflexão ideológica posterior acerca dos fundamentos da nossa sociedade, envolvendo o atraso, o coronelismo, o patriarcalismo, a patronagem eleitoral, a miséria camponesa, o subdesenvolvimento, a aliança social da Igreja com os poderosos, o misticismo, o cangaço, o ânimo oligárquico da política, toda uma série estrutural de vícios que denotavam dependência, imobilidade, apatia ou desprezo para milhões de oprimidos sociais, banidos da participação cívica e

¹⁸¹ BONAVIDES; ANDRADE, Paes. História Constitucional do Brasil: Paz e Terra. 1991. p. 251.

¹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 92.

¹⁸³ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 07/09/2017.

totalmente alienados da consciência libertadora que o messianismo ideológico prometia acordar, para fazê-lo assim parte da Nação e da gerência do processo político¹⁸⁴.

É nesse contexto que após a Revolução Paulista de 1932 – que teve como principal intuito dar continuidade às modificações de cunho liberal propostas pela Revolução de 1930 – Getúlio Vargas se viu obrigado a convocar, no ano seguinte, a Constituinte, ou seja, “quatro anos de atraso em relação ao movimento que inspirou e que deveria legitimá-la”¹⁸⁵.

A manutenção, pelo texto da Constituição de 1934, da República, o federalismo e o presidencialismo, fundamentos estes já contidos na Carta de 1891, foi de suma importância, pois tinha como um de seus desideratos a diminuição do poder presidencial. A competência da União também teve um alargamento, tendo em vista a passagem do Estado Liberal para o Estado Social.

Os valores contidos na Constituição de 1934, de teor social, somaram-se aos direitos e garantias contidos na Carta de 1891, de cunho individualista, sendo acrescentados dois títulos ao texto constitucional: um relativo à ordem econômica e social e outro à família, educação e cultura. Ou seja, há uma guinada constitucional no sentido de estabelecer juridicamente uma democracia social.

A Carta de 34 cavara alicerces profundos, guiando a ação do Governo bem como o pensamento da sociedade para um programa de leis cujo o valor maior recaia sobre o bem comum. Mas o bem comum compreendido qual concretude da legítima convergência dos interesses individuais e sociais, sob a égide dos princípios da justiça, igualdade e liberdade, sem os quais o Estado é tirania, o cidadão é súdito, a sociedade é massa ou multidão¹⁸⁶.

A Constituição de 1934, promulgada em 16 de julho de 1934, teve como fonte de inspiração a Constituição de Weimar, que, em seu texto, introduziu matérias referentes a ordem econômica e social, à família, à educação, à cultura, e uma forte legislação trabalhista e previdenciária.

¹⁸⁴ BONAVIDES; ANDRADE, Paes. História Constitucional do Brasil. Op. Cit. p. 251.

¹⁸⁵ BONAVIDES; ANDRADE, Paes. História Constitucional do Brasil. Op. Cit. p. 267.

¹⁸⁶ BONAVIDES; ANDRADE, Paes. História Constitucional do Brasil: Ibidem. p. 9.

Cabe mencionar, que a Carta Constitucional de 1934, quando tratou da ordem econômica, garantiu a liberdade econômica, dentro dos limites da Justiça e das necessidades da vida nacional, “[...] de modo que possibilite a todos existência digna” (artigo 115). O Estado tinha como instrumento para a aferição do cumprimento da determinação constitucional a realização de verificação periódica, nas mais diversas regiões do país, do padrão de vida, conforme expressa menção do parágrafo único do mesmo artigo.

A mudança de paradigma, qual seja, o fim do individualismo e da influência oligarquia, constante da Constituição de 1891, dão lugar ao Estado Social da Carta de 1934, com a maior interferência estatal a fim de manter a inviolabilidade do direito à subsistência. O princípio da igualdade é que norteia a inclusão do título relativo à ordem econômica e social, possibilitando, a todos, uma existência digna.

A Constituição de 1934 encontra seu fim no *coup d'état* promovido por Getúlio Vargas no ano de 1937 que instaurou a ditadura denominada Estado Novo. Como características a nova Constituição trouxe uma ampliação dos poderes do Presidente da República colocando-o como suprema autoridade estatal; restringiu as prerrogativas do Congresso e a autonomia do Poder Judiciário; retirou a autonomia dos Estados-membros; dissolveu a Câmara, o Senado, e as Assembleias Estaduais; restaurou a pena de morte; os partidos políticos foram dissolvidos; a liberdade de imprensa era inexistente; entre outras medidas ditatoriais.

A Constituição de 1937, enfim, está na base do surgimento de uma burocracia estatal com pretensões legislativas, de um Poder Executivo centralizado e extremamente forte, de um Legislativo pulverizado e convertido em Conselho Administrativo. Ela é o reflexo de uma corrente autoritária de pensamento que subjogou nossas melhores esperanças democráticas¹⁸⁷.

A Carta de 1937 teve como referência a Constituição polonesa de 1935, por isso a oposição ironicamente apelidou-a de “A Polaca”.¹⁸⁸ Os trabalhos realizados pelo Ministro da Justiça, Francisco Campos levaram a Constituição a adotar um modelo já abraçado pela Polônia, de cunho eminentemente fascista. Logo, a nossa Constituição de 1937 foi outorgada, assim como também foram as Constituições estaduais, pelos respectivos governos, tendo em vista o caráter autoritário do regime que se instalava no Brasil.

¹⁸⁷ BONAVIDES; ANDRADE, Paes. História Constitucional do Brasil. Ibidem. p. 333.

¹⁸⁸ BONAVIDES; ANDRADE, Paes. História Constitucional do Brasil. Op. Cit. p. 339.

A Constituição de 1937, mesmo sendo produto do Estado Novo, ou seja, da ditadura varguista, seguiu os moldes do populismo dos regimes fascistas, uma vez que abusou do vocábulo “bem-estar” para dar a aparência de que o Brasil seria uma república democrática, pois em seu preâmbulo, assim como nos artigos 1º; 16º, inciso V; 122, inciso 15º, alínea “c”, a então Carta Constitucional relegava, veladamente, ao então Presidente da República, poderes para decidir ao que vinha a ser o bem-estar social, como vemos do parágrafo único do artigo 96:

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal¹⁸⁹.

Contudo, mesmo tendo a aparência de um Estado que respeitava os direitos fundamentais, a Constituição de 1937 instituiu a censura prévia e a pena de morte. Esta última para os casos expressamente especificados, inclusive para a subversão da ordem política e social por meios violentos e para o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade.

Isso porque, em qualquer regime ditatorial, não há espaço para os direitos fundamentais, ou seja, são incompatíveis o regime ditatorial e os direitos fundamentais. A Constituição de 1937, com o claro fim de tentar mostrar ser o Brasil uma democracia, fingiu garantir, além da tradicional repetição dos direitos fundamentais clássicos, um extenso rol de direitos e garantias individuais, previsto nos 17 incisos em seu artigo 122. Algumas novidades incluídas no texto constitucional foram a impossibilidade de aplicação de penas perpétuas; maior possibilidade de aplicação da pena de morte, além dos casos militares; criação de um tribunal especial com competência para o processo e julgamentos dos crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular. Mas tudo isso não teve qualquer efetividade.

¹⁸⁹ BRASIL. Constituição Federal de 1937. Promulgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 07/09/2017.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a vitória sobre o nazi-fascismo, o sopro da redemocratização chegou ao Brasil com a derrubada de Getúlio Vargas, em 29 de outubro de 1945, e a convocação de uma nova Assembleia Nacional Constituinte.

A nova Constituição foi promulgada em 18 de setembro de 1946, propondo-se ser uma Carta democrática. Diferentemente da anterior, que foi outorgada, a Constituição de 1946 foi promulgada por uma Assembleia Constituinte.

A influência das Constituições de 1889 e 1934 se fez presente na Carta de 1946, uma vez que, em sua grande maioria, os componentes da Assembleia Constituinte, eram conservadores e proprietários de grandes quantidades de terras. Fato este que fica claro quando se verifica a maior proteção à propriedade no texto constitucional.

Com respeito à propriedade privada, a exigência de indenização justa e prévia, acauteladora dos direitos individuais, recebeu um reforço ao dispor o texto constitucional que ela se fazia em dinheiro. Essa indenização em dinheiro punha termo ao silêncio e omissão da Constituição de 34, representando uma garantia para o elemento conservador em matéria de direito de propriedade¹⁹⁰.

A centralização do poder financeiro nas mãos da União, por mais que a forma federal tenha sido restabelecida na Constituição de 1946, tornava os Estados dependentes de recursos para executar as políticas públicas que a Carta Constitucional lhes outorgava.

Com relação aos direitos fundamentais, a Constituição de 1946 restabeleceu os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1934, pois previa em seu texto, em capítulos referentes à “Nacionalidade e Cidadania”, aos “Direitos e Garantias Individuais”, dentro do Título IV – Da Declaração de Direitos (arts. 129 a 144) a volta de direitos usurpados pelo Estado Novo. Já no que diz respeito aos direitos individuais, foi estabelecida a total liberdade de pensamento, podendo apenas haver censura a respeito de espetáculos e diversões públicas (art. 141, 5º).

Com a redemocratização foi abolida a pena de morte, a não ser em caso de guerra, bem como a prisão perpétua (art. 141, § 31).

¹⁹⁰ BONAVIDES; ANDRADE, Paes. História Constitucional do Brasil. Ibidem. p. 411.

Os direitos sociais, seguindo as Constituições anteriores, eram tratados fora do Título referente à Declaração de Direitos. Normalmente no Título referente à Ordem Econômica e Social. A Constituição Federal de 1946, por seu turno, somente faz referência ao bem-estar no artigo 147, dentro do Capítulo relativo à Ordem Econômica, condicionando o uso da propriedade ao bem-estar social.

Art.147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos¹⁹¹.

Em 1964, sob pretexto de defenderem o interesse geral da nação brasileira perante a ameaça que pesava sobre a ordem pública, os militares provocaram um golpe de Estado.

O Ato Institucional nº 1 de 9 de abril de 1964, em seu preâmbulo, que manteve a Carta Constitucional de 1946, assim definiu o movimento golpista:

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma¹⁹².

[...]

Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação¹⁹³.

Conforme pondera a Ministra Carmen Lúcia de Antunes Rocha¹⁹⁴, o Brasil, durante esse período, não poderia ser entendido como uma República, nem Federação, e que se pode justamente falar da existência de uma República nominal e de um Estado federal formal. O desaparecimento do regime constitucional pôs fim, também, a garantia aos direitos fundamentais.

¹⁹¹ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 07/09/2017.

¹⁹² BRASIL, Ato Institucional nº 1 de 1964. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm>. Acesso em 07/09/2017.

¹⁹³ (BRASIL, Ato Institucional nº 1 de 1964. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm>. Acesso em 07/09/2017.

¹⁹⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista Trimestral de Direito Público, n. 15, 1996, p. 86.

Segundo João Batista Herkenhoff os direitos fundamentais sofreram restrições com os Atos Institucionais, pois estes não se compatibilizam com as franquias presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

- a) os punidos, a muitos dos quais se imputaram atos delituosos, não tiveram o direito de defesa previsto no art. 11 da Declaração;
- b) o direito de receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos eventualmente violadores dos direitos reconhecidos pela Constituição e pela lei – previsto no art. 8º da Declaração – também foi desrespeitado pelo artigo que revogou o princípio da ubiqüidade da Justiça e excluiu de apreciação judiciária as punições da Revolução;
- c) o tribunal independente e imparcial, a que todo homem tem direito, não o é aquele em que o próprio juiz está sujeito a punições discricionárias. Assim, a total supressão das garantias da magistratura viola o art. 10;
- d) a exclusão discricionária do grêmio político (suspensão de direitos de cidadão) contraria o art. 21, que confere a todo homem o direito de participar do governo de seu país¹⁹⁵.

Sobre os direitos e garantias individuais, a Constituição de 1967 previu, em seus artigos 153 e 165, um rol de direitos sociais dos trabalhadores para a melhoria das suas condições sociais; contudo, o regime instalado pela revolução de 1964, com a repressão e o emprego da tortura, mostrou a sua truculência e o seu total menosprezo aos direitos humanos.

Por fim, a Emenda nº 1 de 1969, conhecida como a Constituição de 1969, introduziu profundas mudanças em relação ao poder e aos direitos individuais. O recrudescimento do regime de exceção, como resposta ao movimento popular a favor da redemocratização, acabou por ensejar na adoção de regras mais duras, com acentuadas restrições às liberdades e às garantias individuais e coletivas.

A Emenda nº 1, de 1969, ao substituir a Constituição de 1967, tornou-se de fato a nova Carta, adaptando os vários atos institucionais e complementares. O Executivo se fortaleceu a pretexto de que seguia critérios universais predominantes. É o Governo com a supremacia do Executivo, iniciando uma fase em que o problema da legitimidade constitucional o preocupava, mas nem por isso o levou a considerar os protestos da sociedade contra a concentração autoritária do poder¹⁹⁶.

No ano de 1968 o Brasil é marcado por uma forte repressão ao movimento popular a favor da redemocratização. Os militares, no afã de conter tais demonstrações, editaram o

¹⁹⁵ HERKENHOFF, João Baptista. Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos. Ibidem. p. 81.

¹⁹⁶ BONAVIDES; ANDRADE, Paes. História Constitucional do Brasil. Ibidem. p. 443.

famigerado Ato Institucional nº 5, em 13 de dezembro de 1968, que alterou radicalmente a Constituição de 1967, operacionalizando uma maior redução dos direitos individuais e coletivos.

Passado o período do regime militar o Brasil experimentou o movimento de redemocratização que veio a culminar com a escolha, pelo Colégio Eleitoral, de Tancredo Neves, como o próximo presidente do Brasil. Esse período de nossa história nacional, também conhecido como a “transição democrática”, possibilitou a passagem do regime de exceção para o regime democrático sem maiores traumas.

Percebe-se que mesmo no regime autoritário o Brasil sempre se pautou no bem comum para guiar o país para a sua saída do subdesenvolvimento. Contudo não há como isso possa ser feito sem que sejam garantidos os direitos individuais e coletivos, pois o bem comum representa a efetivação dos direitos de liberdade e igualdade, não sendo possível, a pretexto de promover o pleno desenvolvimento social, fazê-lo sob o peso da mão de ferro do de qualquer regime autoritário.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, conhecida pelo cognome de “A Constituição Cidadã”, foram trazidos, uma vez mais, os direitos que haviam sido temporariamente suprimidos pelo período de exceção. Acrescentou-se mais direito àqueles já constantes das Cartas Constitucionais anteriores, sendo certo afirmar que foram colocados no centro do texto constitucional os direitos fundamentais. A clara intenção do Poder Constituinte Originário foi de conceder maior visibilidade à listagem contida no Título II, ou seja, dar a devida importância aos direitos fundamentais, após período longo onde tais direitos foram inobservados pelo regime ditatorial instalado pelo levante militar de 1964.

No próprio Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, seguido do Título I, há menção inequívoca acerca da proeminência de tais direitos na própria sistemática da Carta da República, sendo certo afirmar que os direitos fundamentais constituem os princípios fundamentais da Constituição, uma vez que eles se encontram presentes, de uma forma direta ou indireta, em todo o corpo da Constituição orientando as ações e políticas estatais.

Para José Afonso da Silva, o artigo 3º da Constituição Federal correlaciona-se com o Preâmbulo e, também, com os direitos acerca da Seguridade Social, no artigo 194 e seguintes, tendo em vista o seu caráter organizacional.

[...] de modo que só na aparência é que as disposições do art. 3º têm sentido programático. São, em verdade, normas dirigentes ou teleológicas, porque apontam fins positivos a serem alcançados pela aplicação de preceitos concretos definidos em outra parte da Constituição¹⁹⁷.

Carmen Lúcia Antunes Rocha afirma que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são uma obrigação transformadora do quadro social e político retratado pelo constituinte na elaboração do texto constitucional¹⁹⁸.

É dentro desse contexto que os fins do Estado brasileiro foram alçados, no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, dentro da organização sistemática da Constituição, como um direito fundamental dos cidadãos. Assim, conforme se apreende da leitura atenta de seus incisos, promover uma sociedade igualitária sem preconceitos, livre, desenvolvida, com a erradicação da pobreza e a promoção do bem-estar de todos é objetivo fundamental a ser observado pelo Estado.

Segundo José Afonso da Silva, o artigo 3º não diz respeito aos objetivos de governo, mas sim do Estado brasileiro, ou seja, cada governo pode ter as suas metas próprias de ação, contudo “elas têm de harmonizar com os objetivos fundamentais aí indicados. Se apontarem em outro sentido, serão inconstitucionais”¹⁹⁹. A premência no cumprimento dos direitos fundamentais é de urgência, uma vez que são impostergáveis e são de preocupação constante da ação governamental “ [...] porque a Constituição entende que a sua realização constitui meio de conseguir a realização plena dos fundamentos do Estado Democrático de Direito [...]”²⁰⁰.

A referida norma constitucional traduz preceito com alta carga axiológica buscando ser norte para os governos que se sucedem no tempo a fim de implantar, por meio de políticas públicas, medidas que busquem eliminar os problemas crônicos que mantêm o Brasil em eterno

¹⁹⁷ Silva, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 46.

¹⁹⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Ibidem. pp. 86-87.

¹⁹⁹ Silva, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. Ibidem. p. 46.

²⁰⁰ Silva, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. Ibidem. p. 46.

desenvolvimento. Lembrando que a igualdade é o valor principal onde se desenvolve a dignidade da pessoa humana e, curiosamente, é o que norteia a atividade estatal de recolher tributos.

Wagner Balera pondera acerca do conteúdo da norma constitucional em apreço:

Tal itinerário exige que o desenvolvimento se faça mediante a erradicação da pobreza e da marginalização, com conseqüente redução das desigualdades sociais e regionais. Exige, mais ainda, que a justiça se manifeste com a eliminação de todas as formas de discriminação²⁰¹.

Os fins contidos no artigo 3º da Constituição Federal vinculam toda a atividade do Estado, devendo, desse modo, ser imprescindível a observância dos objetivos fixados pelo Legislador Originário como alicerce de toda a atividade estatal.

O citado dispositivo constitucional prescreve:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação²⁰².

O rol elencado pelo artigo não é taxativo podendo ser encontrados na Constituição Federal outros objetivos a serem perseguidos pelo Estado brasileiro para o fiel cumprimento do programa estipulado pelo Legislador Originário. Entre eles, podemos mencionar o que preceituado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal que afirma ser um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana.

A promoção do bem comum, conforme define John Finnis, é “(...) um conjunto de condições que permita que os membros de uma comunidade atinjam por si mesmos objetivos razoáveis, ou que realizem, de modo razoável, por si mesmos, o valor em nome do qual eles

²⁰¹ BALERA, Wagner. O Princípio fundamental da promoção do bem de todos. In.: VELLOSO, Caio Mário da Silva et alii. (coord.) Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex. 2005. P. 992.

²⁰² BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 07/09/2017.

têm razão de colaborar uns com os outros (positiva ou negativamente) em uma comunidade”

203

Com muita propriedade, Wagner Balera expõe acerca do bem comum:

[...] o cânon gravado no inciso IV do art. 3º, da Constituição de 1988, pode ser considerado a síntese do arcabouço pacientemente engendrado pelo direito pátrio para que, afinal, o Brasil alcance o estágio social que corresponda ao lugar econômico que já ocupa no mundo²⁰⁴.

O bem-estar nem sempre foi objetivo do Estado brasileiro. A nossa história constitucional se baseia, fundamentalmente, em copiar as teorias que se desenvolvem ao redor do mundo, sem, contudo, realizar uma análise crítica se aquilo que foi transplantado ao nosso texto constitucional, dentro da realidade da sociedade brasileira, com os nossos valores, cultura, história e desenvolvimento social, é passível de ser efetivamente aplicado.

Conclui-se, desse modo, que o bem-estar, ou bem comum representa o objetivo a ser atingido pelo Estado, tendo como origem a Constituição Federal. Trata-se de programa orquestrado pelo Legislador Originário para promover o desenvolvimento nacional com especial atenção à construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Nem sempre o bem comum esteve como principal objetivo a ser alcançado, mas com a instalação do Estado Social, sua observância se tornou obrigatória pelo governo como prioridade para a atividade estatal.

²⁰³ FINNIS, John. Lei Natural e Direitos Naturais. São Leopoldo: Editora Unisinos. 2007. p. 155.

²⁰⁴ BALERA, Wagner. O Princípio fundamental da promoção do bem de todos. Ibidem. p. 989.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 CONCEITO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conceito de direitos fundamentais, em decorrência de sua imprecisão terminológica, pode ser entendido como sendo sinônimo de direitos humanos, direitos do homem ou mesmo direito do cidadão.

João Maurício Adeodato, atento a dificuldade enfrentada na formulação de um conceito de direitos humanos que deixe de possuir grande dissonância quanto à sua significação, aduz que:

Complicador é o conceito de **direitos humanos**, tal como se mostra, não apenas no debate dos especialistas, mas sobretudo, no debate jornalístico da opinião pública, exatamente em torno da questão de se os direitos humanos estariam acima, ontológica e axiológica falando, dos direitos fundamentais positivados, sinalizando que a dicotomia não só não está enfraquecida, como permanece fundamental na filosofia do direito constitucional²⁰⁵. (grifos do autor)

A dificuldade de se aceitar uma terminologia única sobrevém da diferença entre as correntes doutrinárias quando do emprego da expressão. Assim, os autores anglo-americanos e latinos comumente se utilizam do vocábulo direitos do homem e direitos humanos, enquanto que os autores alemães preferem direitos fundamentais²⁰⁶.

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem²⁰⁷.

Alguns doutrinadores, com certa frequência, referem-se aos direitos fundamentais como sendo uma prerrogativa que o indivíduo tem frente ao Estado, tratando-as, assim, de liberdades públicas²⁰⁸.

²⁰⁵ ADEODATO, João Maurício. *A Retórica Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2010. 2ª ed. p. 175-176.

²⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 560-561.

²⁰⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 175.

²⁰⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Saraiva. 1995. p. 138.

Celso Bastos²⁰⁹ afirma que “liberdades públicas” podem ser entendidas como sinônimo de direitos fundamentais. Contudo, tratam-se de coisas distintas, já que tais liberdades são oriundas dos direitos mínimos (vida, liberdade e propriedade) conferidos pelo Estado ao indivíduo, não significando, assim, a totalidade dos direitos adquiridos no curso da história do homem, deixando de considerar a maior complexidade social e a demanda pelo reconhecimento de outros direitos.

Destarte a expressão “liberdades públicas” tem correspondência com a garantia de direitos mínimos concedidos pelo Estado ao cidadão, característica do *État Gendarme*, que tinha como única incumbência a manutenção da segurança, deixando o restante para a economia de mercado regular, sendo paradigmática deste período histórico do Estado, a máxima cunhada pela expressão *laissez-faire laissez-passer*.

Com apoio nas lições de Willis Santiago Guerra Filho podemos dizer que os direitos fundamentais são originalmente direitos humanos. Contudo, a distinção reside no fato dos direitos fundamentais serem manifestações positivas do Direito com capacidade para a produção de efeitos no plano jurídico enquanto pauta ético-política²¹⁰.

A não positivação de tais direitos no texto constitucional, conforme alerta Canotilho, levará os direitos fundamentais a serem, somente, “[...] esperança, aspiração, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”²¹¹. Logo a proteção a ser dada aos direitos fundamentais somente será possível se feita em forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*)²¹².

A internalização dos direitos humanos – com a passagem para direitos fundamentais – vem a ocorrer quando o ordenamento jurídico de determinado Estado contempla em seu texto constitucional catálogo mínimo de direitos que tem como escopo proteger os indivíduos em face ao avanço do poder estatal aos seus direitos de liberdade. Deste modo a essencialidade é que faz com que tais direitos sejam denominados fundamentais.

²⁰⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política. Ibidem. p. 138.

²¹⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago, Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. Ibidem. p. 40.

²¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina. 7ª ed. p. 377.

²¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Op. Cit. p. 377.

Portanto, tais expressões direitos humanos e direitos fundamentais não representam a mesma coisa pois acabam por designar planos de eficácia jurídicos distintos, podendo, ocasionalmente, tutelar os mesmos objetos.

Os direitos humanos indicam um conjunto de direitos pertencentes ao Ordenamento Jurídico Internacional (Direito Internacional), ou seja, são direitos atribuídos à humanidade em geral por meio de tratados internacionais como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, 1948. Já os direitos fundamentais, referem-se ao conjunto de normas de proteção conferidos aos indivíduos no plano interno de cada Estado, pertencendo, deste modo, aos ordenamentos jurídico-positivos nacionais.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que os direitos fundamentais acabam por transcender as garantias individuais alçando a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo e formando a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático²¹³, ou seja: “[...] faz com que o direito fundamental não seja considerado exclusivamente sob perspectiva individualista, mas, igualmente, que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado²¹⁴.

Os direitos fundamentais são valores caros à humanidade, pois apontam a partir da experiência histórica, quase sempre traumática, para a construção de uma sociedade fraterna onde prevaleçam os primados da liberdade, igualdade e a preservação da vida.

2.2. Direitos Fundamentais na Teoria Constitucional de Carl Schmitt

Para parte da doutrina alemã, em especial Carl Schmitt, existem dois critérios de formalização dos direitos fundamentais. O primeiro diz respeito a todos os direitos e garantias que o texto constitucional reputa como sendo fundamentais; e o segundo são aqueles direitos que recebem um tratamento especial dentro do próprio texto constitucional em vista de sua imutabilidade (*unabänderliche*) e de sua alteração dificultada (*erschwert*)²¹⁵.

²¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 2014. 9ª ed. p. 153.

²¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Ibidem. p. 153.

²¹⁵ SCHMITT, Carl. Constitutional Theory. Londres: Duke University Press. 2008. p. 200.

Os direitos básicos são distinguíveis de outros constitucionalmente assegurados e protegidos. Nem todo direito básico nas constituições do *Rechtsstaat* é garantido por uma regra constitucional, e vice-versa, nem todas as proteções contra a emenda através de um simples estatuto, por si só, significa um direito básico²¹⁶.

Do ponto de vista material, segundo Schmitt, os direitos fundamentais variam de acordo com a sua ideologia, a modalidade de Estado e os valores e princípios que são trazidos para a Constituição. Contudo existe a possibilidade, a partir do critério formal, de se considerar todas as normas constitucionais como sendo fundamentais, podendo ser feita confusão entre as cláusulas pétreas e os direitos fundamentais propriamente ditos.

Para Schmitt, os direitos fundamentais são aqueles exercidos pelos indivíduos de forma livre e isolada, ou seja, são direitos subjetivos que se possui frente ao Estado, em oposição a este último.

Parte deste conceito de direitos, no entanto, é o entendimento de que o indivíduo, em virtude de seu próprio direito "natural", entra em oposição ao estado e não pode eliminar inteiramente a ideia de direitos individuais que são anteriores e estão acima do estado, desde que se possa falar dos direitos básicos. Direitos que são entregues ao capricho de um príncipe absoluto ou para uma simples ou qualificada maioria parlamentar não podem ser genuinamente designados como direitos básicos.

Os direitos básicos, no sentido real, são apenas os direitos humanos liberais da pessoa individual. O significado legal de seu reconhecimento e "declaração" é o reconhecimento do fundamental princípio distributivo do *Rechtsstaat* burguês, que é uma esfera de liberdade individual que é, em princípio, ilimitada e uma oportunidade para intrusão pelo estado que é, em princípio, limitada, definível e sujeito a revisão. Que esses direitos básicos genuínos sejam válidos para cada pessoa sem a consideração da adesão ao Estado é uma consequência adicional dos direitos humanos serem existentes antes do estado. Eles são direitos individuais, ou, de outra forma, direitos da pessoa individual isolada. Os direitos básicos no sentido real são portanto, apenas direitos de liberdade individualistas, e não demandas sociais²¹⁷.

²¹⁶ "The basic rights are distinguishable from other constitutionally secured and protected rights. Not every basic right in the *Rechtsstaat* constitutions is guaranteed by a constitutional rule, and vice versa, nor does every protection against amendment through simple statute by itself signify a basic right." (SCHMITT, 2008, p. 200).

²¹⁷ "Part of this concept of rights, however, is the understanding that the individual, by virtue of his own "natural" right, comes into opposition to the state and may not eliminate entirely the idea of individual rights that are prior to and above the state, so long as one can speak at all of basic rights. Rights that are delivered over to the whim of an absolute prince or to a simple or qualified parliamentary majority cannot genuinely be designated basic rights. Basic rights in the actual sense are only the liberal human rights of the individual person. The legal meaning of their recognition and "declaration" is that this recognition signifies the acknowledgment of the fundamental distributive principle of the bourgeois *Rechtsstaat*, which is a sphere of individual freedom that is in principle unlimited and an opportunity for intrusion by the state that is in principle limited, definable, and subject to review. That these genuine basic rights are valid for every person without regard to state membership is a further consequence of human rights existing prior to the state. They are individual rights, or, put differently, rights of the

Ou seja, Schmitt acreditava que a relativização dos direitos fundamentais somente poderia ser feita segundo os critérios contidos na lei, respeitando-se certos limites. As limitações aos direitos fundamentais seriam exceções legais no sentido geral, na extensão e no conteúdo.

O reconhecimento dos direitos básicos, no sentido do *Rechtsstaat* burguês, significa que os princípios do *Rechtsstaat* de uma constituição moderna, livre e burguesa são reconhecidos como sendo um componente essencial da própria constituição. Isso significa que esses princípios são parte do conteúdo da constituição e, de fato, podem ser modificados por legislação constitucional; ainda que sua completa eliminação seja mais do que uma mera revisão constitucional²¹⁸.

Assim, a emenda constitucional poderia, pelo entendimento de Schmitt, revisar o texto constitucional a fim de limitar os direitos fundamentais frente ao Estado; contudo o próprio Schmitt alerta que tal situação seria em decorrência de uma situação especialíssima²¹⁹.

Schmitt colocou, também, ao lado dos direitos e garantias fundamentais, uma nova categoria de disposições constitucionais que foram, *a posteriori*, chamadas de “garantias de organização” (*Einrichtungsgarantien*). A função de se dar efetividade aos direitos fundamentais seria exercida por instituições criadas para este fim, pois para Schmitt, de nada adiantaria a proteção ao direito à propriedade se não houvesse instituições para tutelar seu efetivo exercício²²⁰.

As instituições estatais nascidas para organizar a efetividade dos direitos fundamentais seriam duas: a primeira como intuito de proteção de instituições privadas como casamento, família e propriedade (*Institutsgarantien*). O indivíduo nessa proteção garantida pelo Estado poderia exigir que fosse feita uma regulamentação jurídica com o objetivo de

isolated individual person. Basic rights in the actual sense are hence only individualistic liberty rights, not social demands”. (SCHMITT, 2008, p. 203).

²¹⁸ “The recognition of basic rights in the sense of the bourgeois *Rechtsstaat* signifies that the *Rechtsstaat* principles of a modern, free, bourgeois constitution are recognized as an essential component of the constitution itself. That means that these principles are part of the substance of the constitution and, indeed, may be modified by constitutional legislation; yet their complete elimination is more than a mere constitutional revision”. (SCHMITT, 2008, p. 213-214).

²¹⁹ “The purpose of a constitutional revision is changing constitutional laws, not eliminating the constitution. Extensive limitations of liberty rights are possible by way of a constitution-amending statute. (SCHMITT, 2008, p. 214).

²²⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. *Ibidem*. p. 58.

garantir a efetividade do respectivo direito. A segunda enquanto garantias de instituições públicas (*institutionelle Garantien*), eram organismos estatais necessários para o exercício dos titulares de direitos fundamentais. Podemos mencionar, como exemplo, a própria Administração Pública, tribunais e estrutura eleitoral²²¹.

O exercício dos direitos de resistência, segundo Schmitt, somente poderiam ocorrer por meio de instituições estatais desde que fossem garantidos no orçamento estatal recursos suficientes para tanto.

De tal modo, para Carl Schmitt, os direitos fundamentais seriam anteriores e superiores ao Estado (*Rechtsstaat* burguês), sendo considerados, igualmente, ilimitados e individuais. Todavia, conforme aduz Schmitt, tais direitos poderiam vir a sofrer restrições estatais desde que estas venham a ser limitadas, mensuráveis e controláveis.

2.3. Características e Elementos dos Direitos Fundamentais

Para Robert Alexy o conceito de direitos humanos e direitos fundamentais tem como gênese a relação nuclear entre um titular, um destinatário e um objeto. O titular é o cidadão, o destinatário é o Estado e o objeto vem a ser a omissão da intervenção estatal na vida do indivíduo.

Os direitos dos homens, segundo Alexy são compostos por cinco características: a *universalidade*, a *fundamentalidade*, a *abstratividade*, a *moralidade* e a *prioridade*²²².

A *universalidade* impõe a observância dos direitos humanos por todos, tratando-se de obrigações e deveres *erga omnes*. O titular dos direitos humanos é cada pessoa que compõe a humanidade. O destinatário dos direitos do homem, contudo, pode variar em decorrência do direito defendido. Alexy dá como exemplo de uma imposição indiscriminada do direito à vida. Por outro lado, o direito eleitoral dirige-se unicamente ao Estado, sendo este o destinatário.

À universalidade da estrutura dos direitos do homem, que consiste nisto, que eles são, fundamentalmente, direitos de todos contra todos, acresce, com isso,

²²¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Ibidem. pp. 58-60.

²²² ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 94.

uma universalidade de validez, que é definida por sua fundamentabilidade perante cada um que aceita uma fundamentação racional²²³.

Com relação à *fundamentalidade* de seu objeto, esta diz respeito à proteção dos interesses e carências fundamentais dos homens não sendo estendida a todas as fontes de bem-estar imagináveis. Alexy afirma que o interesse e as carências são considerados fundamentais quando da sua violação resultar na morte, no padecimento grave ou acaba por acertar no âmbito nuclear da autonomia²²⁴.

A *abstratividade* é qualidade inerente dos direitos fundamentais, uma vez que estes são universais sendo seu conteúdo de importância abstrata. A aplicação de tais direitos, em casos concretos, resulta na restrição de outros direitos de igual valor.

Alexy salienta que a quarta e a quinta características dizem respeito à validez dos direitos do homem, sendo a *moralidade* consectário da aceitação, por cada um, da existência de valores que devem ser defendidos em prol da humanidade, referindo-se, assim, à sua fundamentabilidade.

Por fim, a última característica vem a ser a *prioridade*. Os direitos dos homens não podem ficar a mercê de leis, regulamentos, sentenças judiciais e contratos, uma vez que oriundos da moral humana, fonte de sua validez e, assim, prevalecem em relação ao direito positivo. A validade moral dos direitos humanos faz nascer o dever de sua institucionalização nos sistemas jurídicos estatais conferindo-lhes uma validade jurídico-positiva para atingir a maior eficácia social. Nesse sentido, Alexy afirma que:

No âmbito intra-estatal existe o passo decisivo para a imposição dos direitos do homem em sua positivação como direitos fundamentais da constituição. Com isso, eles ganham, ao lado de sua validez moral, uma positiva jurídica. A validez moral dos direitos do homem exclui, sem dúvida, que eles sejam anulados por direito positivo. Ela, porém, não exclui que lhe seja acrescentada uma validez positiva jurídica. Ao contrário, a validez moral dos direitos do homem exige, como um dos meios mais eficazes de sua imposição, sua positivação. Essa é a conexão fundamental entre direitos do homem e fundamentais. Direitos fundamentais são, portanto, direitos do homem transformados em direito constitucional positivo²²⁵.

²²³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 60-61.

²²⁴ ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Ibidem., 2007, p. 48

²²⁵ ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Ibidem. pp. 95-96.

Com relação aos elementos que se fazem necessários para que os direitos fundamentais tenham assento nas constituições, são eles: o Estado, o indivíduo e o texto normativo.

O indivíduo é a pessoa humana que se encontra organizada dentro de um Estado. Antes do desenvolvimento do capitalismo o indivíduo era visto como sendo um componente de um corpo social sendo que a mudança de paradigma veio a se dar somente após as Revoluções Francesa e Americana, que tiveram grande influência do pensamento iluminista. As pessoas passaram a ser vistas como detentoras de uma individualidade e, assim, possuidoras de direitos.

Os textos normativos que são de suma importância para estabelecer uma relação jurídica entre o Estado e o indivíduo trazem dispositivos que buscam, com a inclusão dos direitos fundamentais no corpo constitucional, limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Contudo, alerta Arthur Kaufmann que a forma muito abstrata do conceito de direitos humanos, assim como veio a ocorrer com os direitos naturais, pode ser passível de crítica por ser geral demais, desse modo, para que seja garantida a sua fundamentalidade necessário que a norma se baseie em situações reais e concretas.

No entanto, com os direitos humanos aconteceu o mesmo que com o antigo direito natural: são gerais quando são pensados de maneira muito abstrata; quanto mais orientados para as circunstâncias reais e concretas, mais contingentes e relativos aparecem. Por esta razão não são escassas as vezes críticas que põem em questão a generalidade dos direitos humanos²²⁶²²⁷.

Considerando serem os direitos fundamentais prévios, ou seja, ligados a um núcleo de valores antecedentes ao próprio Estado, faz-se necessário que se tenha no texto constitucional a formatação de tais direitos. Para tanto é imperiosa a presença dos elementos que formem os direitos fundamentais nos textos constitucionais com o escopo de se evitar a ineficácia de tais direitos em decorrência da abstratividade denunciada por Kaufmann.

²²⁶ KUFMANN, Arthur. *Filosofia del Derecho*. Bogotá: Univesidad Externado de Colombia. 2002. pp. 332-333.

²²⁷ “Sin embargo, con los derechos humanos sucede lo mismo que con el antiguo derecho natural: son generales cuando son pensados en forma muy abstracta; cuando más orientados estén hacia las circunstancias reales y se concreten, tanto más contingentes y relativos aparecen. Por tal razón no son escasas las voces críticas que ponen en entredicho la generalidad de los derechos humanos” (KAUFMANN, 2002, pp. 332-333).

Ao definirmos os direitos humanos como sendo direitos internacionais-públicos de pessoas, independentemente se físicas ou jurídicas, presentes em Tratados Internacionais que buscam garantir a dignidade humana e a liberdade individual perante os Estados, estamos trazendo uma definição que carece de maiores explicações com relação à efetividade de tais direitos.

Muitas vezes os Estados, aí também incluído o Brasil, não têm “vontade política” para a implantação e a fiscalização dos tratados internacionais relativos aos direitos humanos mesmo sendo signatários de tais documentos. A efetividade dos direitos fundamentais no texto constitucional é um problema antigo, sendo trazido por diversos autores como sendo o principal entrave, hodiernamente, para uma maior extensão dos direitos e garantias conferidas aos indivíduos.

Um dos autores que denunciam bem essa situação é Norberto Bobbio, que diz:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados²²⁸.

A constitucionalização dos Tratados Internacionais depende de um consenso dentro do Parlamento, onde seu conteúdo poderá, ou não, tornar-se parte integrante do texto constitucional.

A Constituição Federal de 1988 refere-se aos direitos e garantias fundamentais (Título II – Dos Direitos e das Garantias Fundamentais) quando faz alusão a assuntos internos, ao passo que, quando faz menção aos tratados internacionais, refere-se aos direitos humanos.

No caso brasileiro, cabe, em primeira análise, verificar do que trata o art. 5º, § 2º, que diz:

²²⁸ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Ibidem. p. 16.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte²²⁹.

Ou seja, a Constituição Federal de 1988 confere aos tratados de direitos humanos o status de norma constitucional já que os diferencia dos demais tratados dos quais o Brasil é signatário.

A inclusão de matéria atinente aos direitos humanos em nossa Constituição poderá ocorrer somente por dois modos: pela aprovação de Emenda Constitucional; ou quando o Brasil for signatário de algum Tratado Internacional de Direitos Humanos, que, necessariamente, tem de passar pelo crivo das duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos e por três quintos dos votos, conforme reza o artigo 5º, §3º da Constituição Federal. A nova norma aprovada terá status de Emenda Constitucional.

Não bastasse a diferenciação que os tratados de Direitos Humanos têm na Constituição Federal, a primazia de tais direitos é amplamente encontrada em seu texto:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos²³⁰;

A Constituição Federal de 1988 foi batizada com a alcunha de a “Constituição Cidadã” justamente por ser a primeira, após longo período de ditadura militar, a trazer ganhos extraordinários em relação aos direitos e garantias ao indivíduo, para todos os brasileiros.

²²⁹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09/09/2017.

²³⁰ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 07/09/2017.

Virgílio Afonso da Silva acredita que o direito constitucional brasileiro anterior à Constituição de 1988 sempre foi um direito constitucional de organização estatal, daí porque pouco tratava acerca dos direitos fundamentais²³¹.

Assim para Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade) na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do status político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade²³².

A discussão política considerando seu caráter eminentemente discursivo pode ser utilizada para tratar das prioridades nacionais ou como retórica, onde resta comprometida a estabilização das relações sociais, daí decorrendo a fragilização da função política.

Segundo Schmitt as decisões longe de serem tomadas após ampla discussão no Parlamento já vinham prontas, pois decididas nos gabinetes, ou seja, longe de qualquer interesse público, sendo isto o motivo pelo qual o Parlamento, enquanto não superado o estado de paralisia, não poderia ser considerado confiável.

A situação, portanto, de “demonização” do político pode, além de afastar do Parlamento importantes discussões que busquem dar efetividade aos direitos fundamentais, enfraquecer a democracia representativa, e, conseqüentemente, os direitos conferidos aos cidadãos, à exemplo do ocorrido em Weimar.

2.4. A Teoria dos Quatro *Status* de Jellinek

²³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros. 2ª ed., 2010. p. 66.

²³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Ibidem. p. 65.

Georg Jellinek propôs uma teoria onde o indivíduo, em relação ao Estado, pode se encontrar em quatro *status*, a partir da diferenciação entre os direitos e deveres.

Nesse sentido, um *status* é alguma forma de relação entre cidadão e Estado. Com uma relação que qualifica o indivíduo, o *status* deve ser uma situação, e, como tal, diferenciar-se de um direito. Isso porque o *status*, na forma como Jellinek o expressa, tem como conteúdo o “ser” e não o “ter” jurídico da pessoa²³³.

A subordinação do indivíduo frente aos Poderes Públicos faz nascer a obrigatoriedade de se cumprir com deveres em relação ao Estado. A vinculação do indivíduo ao Estado se dá por meio de mandamentos e proibições, restando caracterizada a superioridade do último em relação ao primeiro, ou seja, o seu *status subjectionis*, ou *status passivo*.

Robert Alexy afirma que a sujeição – *status subjectionis* – ao Estado pode gerar duas interpretações distintas. A primeira entende que o indivíduo, que já se encontra em *status passivo*, seria sujeito a algum dever ou proibição estatal, restando caracterizada a sua subordinação ao Estado. Já na segunda interpretação o *status passivo* do indivíduo contemplaria a totalidade dos deveres e proibições que o Estado lhe impõe, sendo tal conjunto igualmente representativo da competência estatal. O *status passivo*, na primeira interpretação, só deixa de existir quando o indivíduo não mais ficar submetido a qualquer dever de proibição e o Estado deixar de exercer a competência para estabelecê-los. No caso da segunda interpretação qualquer modificação nos deveres e proibições ou na competência resulta na modificação do *status*²³⁴.

O *status positivo* – *status civitatis* –, segundo Jellinek, nasce da prerrogativa que os indivíduos têm ao exigir do Estado que este atue positivamente, ou seja, que realize uma prestação. Essa categoria, também chamada de direitos “sociais” ou de prestações criam ao Estado uma obrigação de fornecer condições para os indivíduos melhorarem a sua vida, a partir da garantia de pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de *status negativus*²³⁵.

²³³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ibidem. p. 254.

²³⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ibidem, p. 256.

²³⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Ibidem. p. 52.

A expressão direitos sociais se justifica porque seu objetivo é a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social. Mas isso não o torna um direito coletivo.

Enquanto direitos públicos subjetivos, os direitos fundamentais não são só individualizáveis; são também, e primordialmente, direitos individuais (dimensão subjetiva)²³⁶.

A Constituição no *status civitatis* deve indicar ao Estado como tais prestações, que busquem a melhoria geral da sociedade, devam ser oferecidas. As políticas públicas a serem executadas pelo Estado procuram conferir ao indivíduo o recebimento de algo que pode ser tanto material quanto imaterial. Georg Jellinek ao fazer referência ao status positivo, portanto, indica a existência de uma inserção do indivíduo dentro do Estado quando: a) lhe garante pretensões à sua atividade; e b) quando cria meios jurídicos para a realização desse fim.

Jellinek aduz que o indivíduo tem direito a algo em relação ao Estado, estando este obrigado a conferir o seu efetivo cumprimento.

Segundo Jellinek, a existência de uma tal competência é uma condição necessária para que o indivíduo se encontre no status positivo. A fórmula utilizada por Jellinek para resumir “as pretensões jurídicas individualizadas, reconhecidas formalmente, que surgem do status positivo”, ou seja, “a capacidade protegida juridicamente para exigir prestações positivas do Estado”, deve ser compreendida nesse duplo sentido²³⁷.

Os direitos sociais podem ser classificados em duas espécies: a primeira, que a doutrina alemã chama de ações fáticas positivas (*positive faktische Handlungen*), tem correlação com as prestações materiais que buscam garantir ao indivíduo o acesso aos bens que lhe tragam o mínimo de subsistência (alimento, saúde e educação), assim como aos serviços públicos universais e monopolizados pelo Estado (segurança pública). Com relação à segunda espécie, se dá ela por meio da criação de normas jurídicas que tutelem interesses individuais, conhecidas como as prestações normativas ou as ações normativas positivas (*positive normative Handlungen*) no direito alemão.

Isso ocorre, por exemplo, com a obrigação estatal de legislar sobre as férias remuneradas (art. 7º, XVII, da CF), caso no qual a prestação do Estado não tem valor econômico direto (não oferece ao trabalhador uma espécie de remuneração, mas constitui e conforma a obrigação jurídica de todos os

²³⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Ibidem. p. 52.

²³⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ibidem, p. 256.

empregadores concederem férias remuneradas e a pretensão jurídica dos empregados a elas)²³⁸.

Com relação ao *status negativus*, busca ele atribuir ao indivíduo, para o seu pleno desenvolvimento, certo espaço de liberdade, ou seja, quanto menor for a ingerência dos Poderes Públicos, maior será o campo de ação do homem em relação ao *imperium* do Estado. Quanto menor for a atividade do Estado na vida do indivíduo, maior é exercido o seu status negativo. Esses direitos protegem a liberdade do cidadão contra uma possível atuação do Estado e, conseqüentemente, acabam por limitar a atuação deste.

Mas essa esfera de liberdade é, segundo Jellinek, a classe das “ações dos súditos que são juridicamente irrelevantes para o Estado”. Irrelevantes para o Estado seria uma ação que, ao menos no que diz respeito à relação Estado/cidadão, “não tenha condições de produzir um efeito juridicamente relevante”²³⁹.

Para Alexy o *status negativus*, que Jellinek reputou ser irrelevante, diz respeito a liberdades jurídicas não-protegidas, tratando-se, assim, de uma faculdade, de uma ação que deixa de ser obrigatória ou mesmo proibida, devendo, portanto, ser protegida²⁴⁰. A proteção, a que Alexy faz referência são limites impostos ao Estado a fim de que este não venha a interferir na autonomia do indivíduo, justamente por tais ações serem facultativas, ou de irrelevância jurídica, como afirmou Jellinek.

Entretanto, mesmo tais ações sendo de pouca importância ao Estado este não pode intervir, sendo, deste modo, protegidas por um direito de defesa. Jellinek afirma que o *status negativus* se encontra protegido pela pretensão do indivíduo “[...] ao seu reconhecimento e pela proibição de que as autoridades estatais o perturbem, ou seja, pela proibição em relação a qualquer imposição de ordem ou de coação não legalmente fundamentada”²⁴¹.

Enquanto direitos públicos subjetivos, os direitos fundamentais (*status negativus*) não são só individualizáveis; são direitos individuais subjetivos que agem, assim, como uma

²³⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Ibidem. p. 53.

²³⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ibidem, p. 258.

²⁴⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ibidem. p. 258.

²⁴¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ibidem. p. 258.

forma de proteção à liberdade do indivíduo autorizando-o a resistir no caso de uma interferência estatal.

A essência do direito está na proibição imediata de interferência imposta ao Estado. Trata-se de um direito negativo, pois gera a obrigação negativa endereçada ao Estado, a obrigação de deixar de fazer algo. Trata-se de uma obrigação de abster-se da intervenção na esfera de liberdade garantida pela Constituição (imperativo de omissão – *Unterlassungsgebot*)²⁴²

A pretensão de resistência à intervenção estatal, ou direito de defesa – qualificada pelo termo alemão *Abwehrrecht*²⁴³ –, é manifestação jurídico-material de cumprimento da obrigação estatal de não-fazer. O titular do direito de resistência pode repelir uma intervenção injustificada do Estado com todos os meios possíveis. Contudo, o direito de resistência (*Widerstandsrecht*) não pode ser confundido com o direito à desobediência civil.

Por fim, o *status activus* sobrevém da influência que o indivíduo pode ter na formação de vontade do Estado. Trata-se de uma competência que o indivíduo exerce como no caso dos direitos políticos. O sufrágio é que faz com que o indivíduo, quando do seu exercício, possa, diretamente, influir na escolha dos seus representantes e de formar a vontade política²⁴⁴.

Aquilo que o dever e a obrigação impostos aos indivíduos representam para o status passivo, que a faculdade representa para o status negativo e que o direito a algo representa para o status positivo é representado para o status da cidadania ativa pelo conceito de competência. Para que o indivíduo seja inserido nesse status, a ele “devem ser outorgadas capacidades que estejam além da sua liberdade natural”, como, por exemplo, o direito de votar²⁴⁵.

²⁴² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Ibidem. p. 51.

²⁴³ “O *Abwehrrecht* surgiu no contexto do desenvolvimento do Estado de direito do século XIX, segundo a máxima já referida e muito invocada à época: ‘Não haverá intervenção na propriedade e na liberdade sem lei (que a autorize)’, em alemão: *kein Eingriff in Eigentum und Freiheit ohne Gesetz*. Certo é que os direitos fundamentais em seguida adquiriram outras funções e dimensões no contexto do Estado constitucional democrático e social de direito. Tais conotações não excluem, entretanto, a função original dos direitos fundamentais. *Eingriffe abzuwehren* significa, portanto, ‘resistir a intervenções’, definitivamente, se essas forem injustificadas”. (DIMOULIS; MARTINS, 2014. p. 51).

²⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Ibidem. pp. 156-157.

²⁴⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ibidem, p. 258.

Contudo, por mais que a teoria proposta por Jellinek tenha virtudes não consegue explicar, com exatidão, “[...] as relações entre as posições elementares e o status e as também nem sempre claras relações das diferentes posições elementares entre si”²⁴⁶.

Por seu lado, Konrad Hesse faz crítica severa do status negativo ter apenas um caráter puramente informal, asseverando que o ser humano, a que Jellinek faz referência, não é o cidadão do mundo real, além de que as liberdades por ele analisadas estariam distantes das relações de vida concreta. Hesse aduz que a fundamentação e a garantia dos direitos fundamentais deveriam ser substituídas pelo status jurídico material, plasmados no texto constitucional.

Peter Häberle, citado por Robert Alexy, afirma que Jellinek excluiu dos direitos fundamentais o que ele chamou de um “momento cívico-ativo”²⁴⁷. De um modo espacial de pensar os diferentes status estariam isolados. Por isso não seria possível conceber os indivíduos como titulares dos direitos fundamentais, pois não estariam efetivamente e socialmente na posição de cidadãos ativos.

Robert Alexy menciona que as normas de direitos fundamentais acabam por inserir o cidadão em status com conteúdos já determinados. O objeto da teoria do status é estruturar, dentro da posição jurídica global, o lugar onde o cidadão se encontra em face do Estado²⁴⁸.

A teoria proposta Jellinek deu início, com o seu desenvolvimento, à percepção de espécies de direitos fundamentais “[...] mais frequentemente assinaladas – direitos de defesa (ou direitos de liberdade) e direitos a prestações (ou direitos cívicos). A essas duas espécies alguns acrescentam a dos direitos de participação”²⁴⁹.

²⁴⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ibidem., p. 270.

²⁴⁷ ALEXY, Robert. apud Peter Häberle. Teoria dos direitos fundamentais. Ibidem. p. 270.

²⁴⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ibidem. p. 274.

²⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Ibidem. p. 147.

3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

3.1. A Dignidade da Pessoa Humana em Kant

O pensamento kantiano encontra, na própria condição humana, suporte fático necessário à dignidade, sendo a liberdade o único requisito para o exercício da razão prática e para que um ente se revista, independentemente de sua condição social, de tal dignidade.

A preocupação humanista, valor este representado pelo princípio da dignidade humana, foi a origem na concepção kantiana de dignidade. Trata-se de uma qualidade inerente a todos os seres humanos enquanto entes morais, pois, na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. O exercício da razão prática para Kant é inseparável da autonomia, logo, sendo os seres humanos dotados de liberdade, a dignidade adquire caráter universal.

Jean-Louis Bergel aduz que a compreensão de que a regra moral, diferentemente do fundamento metafísico, encontra-se na própria vontade autônoma do homem.

[...] Kant, negando o fundamento metafísico de todas as morais transcendentais, tira a regra moral da vontade autônoma dos homens. Assim, segundo ele, a moral procede apenas da ‘voz interior’ de cada qual e não de um mandamento exterior, enquanto o direito é uma regra de vida traçada e aplicada sob a coerção social. Do mesmo modo, para Kant, o direito se interessaria apenas pelas ações, pelo ‘foro exterior’, e não pelos móveis que as inspiram, ao passo que a moral só se concentraria nas intenções e nos motivos do homem, em seu ‘foro interior’ e não em suas ações²⁵⁰.

Para Kant, as leis universais são a representação racional dos princípios morais. O ser humano, portanto, deve ser considerado como fim em si mesmo, uma vez que a sua submissão a outrem acabaria com a universalidade dos princípios morais.

[...] supondo que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesma, possa ser o fundamento de determinadas leis, nessa coisa, e somente nela, é que estará o fundamento de um possível imperativo categórico, quer dizer, de uma lei prática. Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele

²⁵⁰ BERGEL, Jean-Louis. Teoria geral do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 48.

mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim²⁵¹

Desta maneira Kant enunciou o imperativo prático onde afirma que: "[...] age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio"²⁵².

A conservação da vida humana, tendo em vista o homem ser considerado um fim em si mesmo, é elemento essencial na fundamentação e na justificação da lei universal.

Segundo o conceito do dever necessário para consigo mesmo, o homem que anda pensando em se suicidar indagará a si mesmo se a sua ação pode estar de acordo com a idéia da humanidade como fim em si mesma. Se, para fugir a uma situação penosa, se destrói a si mesmo, serve-se ele de uma pessoa como de um simples meio para conservar até ao fim da vida uma situação tolerável. Mas o homem não é uma coisa; não é, portanto, um objeto passível de ser utilizado como simples meio, mas, pelo contrário, deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si mesmo. Não posso, pois, dispor do homem em minha pessoa para o mutilar, degradar ou matar²⁵³.

A dignidade humana é uma qualidade que somente é atribuída aos seres racionais já que estes acabam por eleger os princípios morais que podem servir como leis universais.

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (...) o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmos, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade²⁵⁴.

Portanto para Kant a dignidade humana tinha um caráter antropocêntrico, pois era um privilégio dos seres racionais, colocando de imediato o ser humano como o único artífice das transformações a serem realizadas no mundo.

²⁵¹ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 52.

²⁵² KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. Ibidem. p. 58.

²⁵³ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. Ibidem. p. 59.

²⁵⁴ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. Ibidem. p. 64.

Abbagnano reafirma que somente a partir do conceito de dignidade, apresentado na obra de Kant, é que se foi possível construir um sistema internacional de Direitos Humanos.

Como “princípio da dignidade humana” entende-se a exigência enunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio”. Esse imperativo estabelece que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, p. ex., um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade.

(...)

Na incerteza das valorações morais do mundo contemporâneo, que aumentou com as duas guerras mundiais, pode-se dizer que a exigência da dignidade do ser humano venceu uma prova, revelando-se como pedra de toque para a aceitação dos ideais ou das formas de vida instauradas ou propostas; isso porque as ideologias, os partidos e os regimes que, implícita ou explicitamente, se opuseram a essa tese mostraram-se desastrosas para si e para os outros²⁵⁵.

A questão central posta por Kant é de que o homem sendo alçado como centro de uma lei universal que venha a promover a concordância entre todos, pode ser a única forma de salvar a humanidade da barbárie. Somente quando o homem deixou de ser considerado como um fim em si mesmo, ou seja, foi visto como algo supérfluo para o Estado, fato este que vimos ocorrer no nazismo e do bolchevismo soviético, foi possível a promoção do extermínio de milhões de pessoas.

Hannah Arendt, com muita propriedade, mostra o quanto é importante para os Estados totalitários “coisificar” os homens para conseguir o controle absoluto sobre a população.

Os homens, na medida em que são mais que simples reações animais e realização de funções, são inteiramente supérfluos para os regimes totalitários. O totalitarismo não procura o domínio despótico dos homens, mas sim um sistema em que os homens sejam supérfluos. O poder total só pode ser conseguido e conservado num mundo de reflexos condicionados, de marionetes sem o mais leve traço de espontaneidade.

[...]

Os Estados totalitários procuram constantemente, embora nunca com pleno sucesso, demonstrar a superfluidade do homem — pela arbitrária escolha de vários grupos para os campos de concentração, pelos constantes expurgos do aparelho do governo, pelas liquidações em massa. O bom senso grita desesperadamente, mas em vão, que as massas são submissas e que todo esse

²⁵⁵ ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia. Lisboa: Editorial Presença. 2. ed. volume VIII. 1978. p. 277.

gigantesco aparelho de terror é, portanto, supérfluo; se fossem capazes de dizer a verdade, os governantes totalitários responderiam: o aparelho parece supérfluo unicamente porque serve para tornar os homens supérfluos²⁵⁶.

Somente com o fim da Segunda Guerra Mundial foi possível compreender a extensão da hecatombe produzida pelos regimes nazi-facista da Alemanha e da Itália, sendo necessária, com o claro intuito de proteger a humanidade contra si mesma, a criação de novos processos de internacionalização dos direitos humanos e de instituição de corpos de leis específicos à sua efetivação dentro do Direito Internacional para o atingimento de uma sociedade civil global e da manutenção da paz.

A transcendência do subjetivismo das soberanias, segundo Celso Lafer, a partir da convivência internacional, pelo modelo proposto por Kant, onde o ser humano é fim, nunca meio, foi o que possibilitou a discussão acerca de temas globais e da busca para se pôr fim a guerras, posto que se trata de assunto de interesse mundial²⁵⁷.

Enfrentamos, uma vez mais, o renascimento de manifestações que outrora consideramos não ter mais que divisar na história humana. O nacionalismo volta a assombrar o mundo com seu discurso de ódio e de perseguição das minorias, com o fomento de políticas anti-imigração que às vezes assemelham-se com aquelas aprovadas em Nuremberg (*Nürnberger Gesetze*), no ano de 1935. A fuga de pessoas de seus país natal, seja por decorrência da guerra ou mesmo pela fome, mostra que o mundo necessita, urgentemente, retornar aos valores de humanidade e fraternidade, deixando de lado o consumismo e a autoindulgência. A xenofobia faz crescer a exclusão das pessoas que mais necessitam de auxílio e reforça a ideia do medo do próximo, fato este que resulta no recrudescimento das políticas estatais de segurança, onde há, cada vez mais, o desrespeito aos direitos inerentes aos seres humanos.

O caso emblemático do atual estado de coisas em relação ao desrespeito aos direitos humanos pelo Estado, com o apoio de parte da opinião pública é o encarceramento forçado pelos Estado Unidos da América de cidadãos de outros países por possuírem supostas, ou seja, não confirmadas, ligações com o terrorismo.

²⁵⁶ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 508.

²⁵⁷ LAFER, Celso. *A soberania e os direitos humanos*. Lua Nova, n. 35. 1995, pp. 137-148.

A prisão arbitrária, em território de um terceiro Estado, - que sequer foi consultado sobre o assunto, como é o caso da base de Guantánamo, em Cuba -, de indivíduo que não teve a oportunidade de ser colocado a frente de um juiz, com violação do *due process of law*, o direito de liberdade e o direito à vida, infringindo-lhe toda a sorte de suplícios, seja mental ou mesmo físico, é a demonstração de que estamos diante de situação em que se desconsidera a própria humanidade, e, como dito acima por Hannah Arendt, trata-se seres humanos como supérfluos.

O descumprimento do arcabouço jurídico construído pelo Direito Internacional para a proteção dos direitos humanos tem se mostrado recorrente, pois a maior democracia ocidental liberal do mundo, os Estados Unidos da América adotam como política de Estado a “Guerra ao Terror”, que traz em seu bojo a possibilidade de desrespeito aos direitos básicos do indivíduo e de países que não fazem frente ao poderio militar americano, sob o pretexto da proteção de sua soberania nacional.

Costas Douzinas alerta para o fato de não serem os Direitos Humanos produto de uma legislação tratando-se mais como um “[...] limite à força, às leis proclamadas e aos direitos instituídos”²⁵⁸. O oprimido, o explorado e o despossuído, segundo Costas só podem encontrar o mínimo de reconforto em um tipo de direitos imaginário ou excepcional, sendo, contudo, de sua singularidade que promana a energia necessária para “[...] a proteção, a proliferação horizontal e a expansão vertical dos direitos humanos”²⁵⁹.

Contudo, após demasiada discussão acerca das necessidades humanas e a positivação de tais valores nas constituições pouco se avançou no sentido de se dar efetividade aos direitos humanos, como alertou Bobbio em sua obra a Era dos Direitos. O posicionamento de Bobbio se justifica uma vez que ainda são cometidas atrocidades em nome da religião, nacionalismo e ideologias.

3.2. A Dignidade da Pessoa Humana na visão da doutrina brasileira

²⁵⁸ DOUZINAS. Costas. O fim dos Direitos Humanos. Rio Grande do Sul: Unisinos. 2009. p. 157.

²⁵⁹ DOUZINAS. Costas. O fim dos Direitos Humanos. Ibidem. p. 157.

A dignidade da pessoa humana, como uma qualidade inata a todos os seres humanos acabou por se constituir como um valor que identifica o ser humano. Logo a sua conceituação não poderia, tendo em vista o seu desenvolvimento histórico-cultural, dar-se de modo fixo, tratando-se de uma categoria axiológica aberta e em constante constituição e desenvolvimento, conforme afirma Sarlet:

Neste contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento²⁶⁰.

A efetivação do princípio, entretanto, sofre muitos percalços, uma vez que a ausência de uma conceituação fechada sobre o que venha a ser a dignidade da pessoa humana resulta, vez por outra, em uma interpretação equivocada, podendo, em alguns casos, chegar a resultados diversos aos pretendidos, como alerta Barroso:

A dignidade da pessoa humana – ainda vive, no Brasil e no mundo, um momento de elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica. Procura-se estabelecer os contornos de uma objetividade possível, que permita ao princípio transitar de sua dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais²⁶¹.

O princípio da dignidade da pessoa humana, como vemos na Constituição Federal de 1988, irradia-se para todo o texto constitucional sendo um mandamento que deve ser observado pelo Estado na efetivação de políticas públicas que busquem a garantir a todos a manutenção das condições mínimas para viver com dignidade. Segundo Sarlet, tal princípio tem uma dupla dimensão: prestacional e defensiva. A dimensão prestacional vem a ser a imposição constitucional ao Estado para que este promova ações ou crie as condições necessárias à efetivação e da preservação da dignidade da pessoa humana. Com relação a

²⁶⁰ SARLET, Ingo. Dignidade Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 40.

²⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 36.

dimensão defensiva, a dignidade age como limite à atividade estatal, impondo-lhe uma restrição ao seu *imperium*²⁶².

A dupla significação da dignidade, portanto, vem a ser a mais indelével expressão da liberdade do homem frente ao Estado, representando a ideia kantiana onde o ser humano não deve ser tratado, jamais, como mero objeto ou instrumento para a realização de fins alheios, mas sim como um fim em si mesmo.

A Constituição Federal de 1988 ao referir-se a este princípio como fundamento da República Federativa do Brasil acabou por vinculá-lo a todos os brasileiros. A dimensão comunitária e social do princípio insculpido no artigo 1º, inciso III é evidente, pois, por mais que a dignidade da pessoa humana tenha um caráter individual, não há como se negar o fato de que todos os seres humanos, por serem livres e iguais em dignidade, acabem por ser os destinatários de tal cânone.

Os objetivos do Estado brasileiro, previstos no art. 3º da Constituição Federal, nada mais são do que a determinação expressa dada, pelo Legislador Originário, ao Poder Público, para que este dê efetividade, ao princípio da dignidade humana.

As normas que não se compatibilizem com o princípio da dignidade humana devem ser afastadas, pois como o objetivo da Constituição Federal é promover um Estado Democrático de Direito, com a ampla possibilidade de se viver em uma sociedade justa e igualitária, norma que desafiasse tal comando constitucional estaria, invariavelmente, em total dissonância com o sistema.

Sobre a matéria, Fábio Konder Comparato afirma que:

Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano

²⁶² SARLET, Ingo. Dignidade Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. *Ibidem*. p. 65.

em sua individualidade, é propriamente insubstituível; não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma.

Pela sua vontade racional, a pessoa, ao mesmo tempo que se submete às leis da razão prática, é a fonte dessas mesmas leis, de âmbito universal, segundo o imperativo categórico – “age unicamente segundo a máxima, pela qual tu possas querer, ao mesmo tempo, que ela se transforme em lei geral”²⁶³.

Para o exercício legal do poder estatal se faz necessária a observância da dignidade humana, uma vez que tal valor é o que deve nortear os demais princípios contidos na Constituição Federal, tratando-se, desta maneira, de verdadeiro pressuposto da democracia.

Todo cidadão está representado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, como valor universal, devendo o Estado - através do ordenamento jurídico - observá-lo para o seu efetivo cumprimento.

Outra questão importante a respeito da dignidade consiste no fato de que a Constituição brasileira de 1988, ao referir-se a este princípio como fundamento da República Federativa do Brasil, relacionou-o à condição humana de cada indivíduo. O caráter individual da dignidade é importante, não havendo como, contudo, se negar a dimensão comunitária e social do princípio, pois ele confere, para todos os seres humanos, a liberdade e a igualdade em dignidade.

A ideia de dignidade, como atualmente a conhecemos, é decorrente da Filosofia de Immanuel Kant, onde o fundamento de seu pensamento faz referência a uma dimensão intersubjetiva e relacional da dignidade da pessoa humana. A liberdade para Kant como representação máxima da autonomia de vontade da dignidade humana ocorre dentro da lógica de uma sistemática onde o respeito a si próprio e o respeito mútuo são decorrentes do próprio exercício dessa liberdade.

A dignidade da pessoa humana, quando alçada à categoria de norma jurídica pela Constituição Federal de 1988, dentro de uma perspectiva kantiana acabou por conferir a todo o ser humano um direito ao mínimo existencial, ou seja, trata-se de uma proteção contra quaisquer tipos de violações, seja pelo Estado, por parte dos particulares ou mesmo de qualquer outra

²⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 21.

espécie de instituição. A dignidade da pessoa humana é, portanto, o centro dos direitos fundamentais.

A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. Partindo da premissa anteriormente estabelecida de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial. Embora existam visões mais ambiciosas do alcance elementar do princípio, há razoável consenso de que ele inclui pelo menos os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça²⁶⁴.

A ideia kantiana do homem como centro de uma lei universal de respeito a si próprio e ao próximo não se coaduna quanto à concepção de homem-instrumento ou mesmo de homem-objeto, uma vez que estas negam a ideia de dignidade da pessoa humana, abrindo espaço para a degradação da humanidade, como vimos nos regimes nazista e fascista. A necessidade de se assegurar as condições mínimas de subsistência do ser humano, incluindo-se, aí, tanto a integridade física quanto a moral, havendo, deste modo, o pleno exercício das liberdades individuais, sem quaisquer restrições por parte do Estado, é a garantia de que serão minimamente asseguradas a autonomia de vontade e a igualdade em direitos.

Sarlet, ao apresentar sua definição para a dignidade da pessoa humana, assevera que:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos²⁶⁵.

O mínimo existencial, como manifestação inequívoca da dignidade da pessoa humana, será melhor analisado sob o prisma da tributação, uma vez que a sua desconsideração

²⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de e BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 372.

²⁶⁵ SARLET, Ingo. Dignidade Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Ibidem. p. 60.

pelo Estado resulta no confisco e na desobediência ao artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal.

3.3. A Teoria dos Valores

Como já tratado, a dificuldade na conceituação do que venha a ser a dignidade da pessoa humana coloca o intérprete em situação de extrema dificuldade para determinar quais os seus exatos limites.

A dignidade, como produto dos valores trazidos pela história e a cultura, acaba por ser algo em contínua transformação, sendo, deste modo, impossível ser taxativo quanto à produção de uma definitiva conceituação que, invariavelmente, com o passar do tempo, acabará por ser alterada. Ou seja, a variabilidade, qualidade esta intrínseca aos valores, em decorrência de sua evolução histórico-cultural, tem influência quando da instituição das normas jurídicas, pois alguma coisa que hoje é considerada lícita, amanhã, poderá ser ilícita.

A escravidão no Brasil por muito tempo foi aceita como exercício do direito de propriedade sendo considerada uma atividade lícita pelo Estado. Contudo, com a mudança do valor a partir dos movimentos abolicionistas ao redor do mundo, que em nosso país teve como expoente o pernambucano Joaquim Nabuco, produziu-se arcabouço jurídico que resultou na proibição do tráfico e da propriedade de escravos.

As leis de cada país são remissivas a certos princípios fundamentais, base das sociedades civilizadas, e cuja a violação em uma importa uma ofensa a todas as outras. Esses princípios formam uma espécie de direito natural, resultado das conquistas do homem na sua longa evolução; eles são a soma dos direitos com que nasce em cada comunhão o indivíduo, por mais humilde que seja²⁶⁶.

Os valores, segundo Miguel Reale, não possuem uma existência em si, ontológica, mas se manifestam nas coisas valiosas, através da história, modificando-se no decorrer do tempo.

Trata-se de algo que se revela na experiência humana, através da História. Os valores não são uma realidade ideal que o homem contempla como se fosse um modelo definitivo, ou que só possa realizar de maneira indireta, como

²⁶⁶ NABUCO, Joaquim. O Abolicionista. São Paulo: Ipe – Instituto Progresso Editorial, 1949, p. 96.

quem faz uma cópia. Os valores são, ao contrário, algo que o homem realiza em sua própria experiência e que vai assumindo expressões diversas e exemplares, através do tempo²⁶⁷.

Johannes Hessen, quando afirma que os valores não podem ser definidos, podendo ser feita somente, ante a sua indefinição, uma clarificação ou “mostração” de seu conteúdo, deixa assente a mutabilidade que os valores vêm a sofrer²⁶⁸.

Nicolai Hartmann, de outra senda, afirma que os valores são aquelas coisas que ampliam os sentidos, objetos e situações objetivas reais de todo o tipo, tendo “[...] o caráter de ‘bens’, isto é, pelo que são valiosas”. Segundo ele, “[...] os valores – em tanto que tem referência a relações objetivas – são ‘condições da possibilidade’ dos bens”²⁶⁹.

A multiplicidade de valores que o homem experimentou durante a sua história acabou por moldar a própria existência humana levando-o a optar por situações onde, constantemente, era testado o seu conhecimento efetivo. O espírito humano desenvolveu-se a partir da síntese entre aquilo em que crê e aquilo que sabe.

Podemos categorizar os valores em dois ramos distintos. O primeiro diz respeito aos valores subjetivos e o segundo faz referência aos valores objetivos.

Os valores subjetivos, como afirma Miguel Reale, podem ser definidos como sendo “[...] o resultado ou como reflexo de motivos psíquicos, de desejos e inclinações, de sentimento de agrado ou de desagrado”²⁷⁰. Max Scheler, por sua vez, entende que os valores subjetivos são “[...] apenas manifestações *subjetivas* na consciência humana, valores que, independentemente do homem, não possuem existência e sentido algum”²⁷¹.

As coisas valem em razão de algo que em nós mesmos se põe como desejável ou apetecível, ou capaz de dar-nos prazer; porque existe, em suma, como fenômeno de consciência e como "vivência estimativa", algo que marca a razão da preferência exteriorizada²⁷².

²⁶⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva. 19ª ed. - 3ª tiragem., 2002. p. 208.

²⁶⁸ HESSEN, Johannes. *Filosofia dos Valores*. Coimbra: Armênio Amado, Editor, Sucessor. 5ª ed. 1980. p. 37.

²⁶⁹ HARTMANN, Nicolai. *Ética*. Madrid: Ediciones Encontro. 2011. p. 160.

²⁷⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Ibidem. p. 196.

²⁷¹ SCHELER, Max. *Da Reviravolta dos Valores*. Petrópolis: Editora Vozes. 2012. p. 152.

²⁷² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Ibidem. p. 196.

Para Max Scheler os valores subjetivos seriam: “[...] apenas imagens formadas com sombras, a partir de nossos sentimentos e desejos”²⁷³, acrescentando que “sem uma consciência desejante e sensível, a realidade seria um ser e um acontecer livres de todo e qualquer valor”²⁷⁴.

Hartmann aduz que se os valores são relativos aos sujeitos, por decorrência lógica, seu modo será, também, relativo, permanecendo como uma função da valorização do sujeito, estando aberta a porta para o relativismo nietzschiano do valor²⁷⁵.

Prosseguindo, Reale afirma que os valores teriam uma ordem de preferência onde a grandeza do valor é proporcional ao seu desejo. Por tal motivo se trata de uma ordem psicologicamente explicável onde os valores são razões que justificam as nossas ações tornando-as preferíveis por sua desiderabilidade.

Problema surge quando se dá preferência aos valores individuais em desfavor as preferências do grupo ou de uma sociedade, pois são estes elementos incertos, variáveis e impossíveis de se distinguir entre bons ou maus. Os valores, portanto, subsistem mesmo depois de cessados os desejos, ou quando os mesmos não logram ser satisfeitos.

Max Scheler acredita que dentro da ilusão da modernidade não é possível se fazer tal distinção, pois, segundo ele, a diferença entre os valores teria origem na própria subjetividade humana, não sendo algo externo.

Assim, a própria diferença entre os valores entre os sistemas estéticos, éticos, e religiosos, entre os sistemas jurídicos, dos diferentes povos do mundo já passa a valer para a ilusão moderna como uma indicação suficiente de que os valores não são fundados em coisas mesmas, mas apenas em “necessidades” humanas, subjetivas e cambiantes²⁷⁶.

Miguel Reale, por outro lado, aduz que é necessário para se apreender o sentido do valor posto pela sociedade descolar-se do subjetivismo e abraçar as explicações objetivistas, sendo elas divididas em três ramos: o primeiro ligado à sociologia, o segundo à ontológica e por fim, a terceira, à histórico-cultural.

²⁷³ SCHELER, Max. Da Reviravolta dos Valores. Ibidem. p. 152.

²⁷⁴ SCHELER, Max. Da Reviravolta dos Valores. Ibidem. p. 152.

²⁷⁵ HARTMANN, Nicolai. Ética. Ibidem. p. 177.

²⁷⁶ SCHELER, Max. Da Reviravolta dos Valores. Ibidem. p. 156.

A teoria sociológica dos valores, segundo Reale, tem uma visão crítica da teoria psicológica da valoração, pois não mais trabalha no campo da psicologia do indivíduo, mas sim da psicologia social.

Assim é que alguns autores preferem admitir que os valores não são produto de um indivíduo empírico, mas algo que deve ser estudado como fato da sociedade no seu todo como expressão de crenças ou desejos sociais (Gabriel Tarde) ou produtos da consciência coletiva (Émile Durkheim)²⁷⁷.

A sociedade não pode ser considerada simploriamente como um ajuntamento de pessoas, mas sim como sendo “[...] algo de irreduzível a cada um de seus elementos componentes”²⁷⁸. Ou seja, a teoria de uma consciência coletiva irreduzível e superior à consciência dos indivíduos componentes é a linha mestra do pensamento de Emile Durkheim, onde a soma dos indivíduos que compõem a sociedade não seria o suficiente para explicar a formação de um todo uno e diverso. Assim, não há como o fato social ser explicado pela psicologia individual, mas sim pela consciência coletiva.

Na teoria de Emile Durkheim o problema reside no fato de se considerar a consciência coletiva como repositório de valores. A conclusão é de que as tendências prevalentes no todo coletivo são oriundas dos valores pois estes acabam por exercer pressão ou coação exterior sobre as consciências individuais.

Conclui Reale que: “como jamais do desejável pode resultar a obrigação moral, nem o desejável definir a obrigação, é preciso recorrer à idéia de consciência coletiva”, que, segundo ele é: “[...] ao mesmo tempo transcendente com referência às consciências individuais e está nelas imanente, e nós a sentimos como tal”²⁷⁹.

Na teoria do ontologismo axiológico (corrente defendida por Max Scheler e Nicolai Hartmann), os valores não resultam dos desejos do ser humano, de nossas inclinações psíquicas ou mesmo do desenvolvimento social, algo anterior ao conhecimento e à conduta do homem, representam um ideal por si mesmo, possuindo uma existência própria que age independentemente da vontade do homem. Os valores deste modo representam um ideal que

²⁷⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Ibidem. p. 197.

²⁷⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Ibidem. p. 197.

²⁷⁹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Ibidem. p. 199.

não seria construído pelo ser humano através da História, mas seriam apenas descobertos através dos tempos.

Miguel Reale reza que: “Os valores representam um ideal em si e de per si, com uma consistência própria, de maneira que não seriam projetados ou constituídos pelo homem na História, mas ‘descobertos’ pelo homem através da História”²⁸⁰.

Tanto Max Scheler quanto Nicolai Hartmann acreditavam que a História seria a fonte de onde se dimanariam modelos (ideias-modelo), que teriam como intuito “[...] o processar-se da História humana”, fazendo com que os valores sejam considerados objetos ideais “[...] ou a eles correspondentes em sua ‘irrealidade’, anteriores a qualquer processo histórico, porque eternos”²⁸¹. As intuições seriam deste modo, a única forma de atingir esse mundo transcendente.

Os valores, deste modo, podem ser captados pelo contato com o espírito, formando uma hierarquia absoluta e imutável. A intuição seria o modo pelo qual a História tentaria atingir o mundo transcendente, sendo o único caminho até a descoberta dos valores.

Somente através da intuição é que podemos conhecer os valores, sendo certo afirmar que estes poderão ser captados pelo espírito por meio das emoções, conforme Scheler, ou emocional e eideticamente, segundo Hartmann, sendo que para este último, os valores representam um mundo subsistente e fechado em si mesmo, com todas as características de uma realidade ontológica.

Por fim, a corrente histórico-cultural é aquela que tenta conciliar a contribuição da Psicologia e da Sociologia a fim de estabelecer uma base para resolver problemas de ordem lógico filosóficas. O que se pretende nesta linha teórica é concluir que os valores não poderão ser compreendidos fora do âmbito da História. Reale afirma que somente com a História é que se poderá ser compreendida a realização dos valores a partir da projeção do espírito sobre a natureza. A procura do ideal ético como forma de se atingir a universalidade deve ser feita a partir de uma experiência histórica, como ele mesmo acrescenta: “[...] mas o fulcro da doutrina

²⁸⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Ibidem. p. 203.

²⁸¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Ibidem. p. 203.

é dado pela idéia de que o homem é o único ser capaz de inovar ou de instaurar algo de novo no processo dos fenômenos naturais, dando nascimento a um mundo que é, de certo modo, a sua imagem na totalidade do tempo vivido”²⁸².

A ideia de que a natureza já obedece a leis com certa previsibilidade, ou seja, os fatos naturais, que marcam uma relação de causa e efeito, acabam por se repetir, pois, o princípio: “[...] de que nada acontece que não seja através de uma transformação do já existente, que nada cria de novo, porque tudo, de certa maneira, se repete”, é o que conduz as leis da natureza. Com relação ao espírito, entretanto, há a inserção na natureza de algo fortuito que acaba por transcender: “[...] ao mesmo tempo de vinculante do particular em uma compreensão de totalidade”²⁸³.

A capacidade de transcender, de inovar, característica essa intrínseca ao ser humano, contrapõem-se à natureza, que se repete. A capacidade de viver, em constante transcendência, é o que se chama de espírito.

O homem, servindo-se das leis naturais, que são instrumentos ideais, erigiu um segundo mundo sobre o mundo dado: é o mundo histórico, o mundo cultural, só possível por ser o homem um ser espiritual, isto é, um ente livre dotado de poder de síntese, que lhe permite compor formas novas e estruturas inéditas, reunindo em unidades de sentido, sempre renovadas e nunca exauríveis, os elementos particulares e dispersos da experiência²⁸⁴.

Os valores, portanto, nascem da projeção do espírito humano sobre a natureza, tendo em vista estas últimas serem regidas por leis que seguem certa repetição – em decorrência do princípio de que nada acontece que não seja através de uma transformação do já existente -. Somente o espírito humano é capaz de trazer à natureza nova dimensão, não podendo ser visto como uma projeção individual mas sim como consciência histórica, “[...] que traduz a interação das consciências individuais, em um todo de superações sucessivas”²⁸⁵.

O elemento de força, de domínio ou de preponderância dos elementos axiológicos ou dos valores resultaria, portanto, dessa tomada de consciência do espírito perante si mesmo, através de suas obras: os valores, em última análise, obrigam, porque representam o homem mesmo, como

²⁸² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Ibidem. p. 204.

²⁸³ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Ibidem. p. 205

²⁸⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Ibidem. p. 205.

²⁸⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Ibidem. p. 206

autoconsciência espiritual; e constituem-se na História e pela História porque esta é, no fundo, o reencontro do espírito consigo mesmo, do espírito que se realiza na experiência das gerações, nas vicissitudes do que chamamos "ciclos culturais", ou civilizações²⁸⁶.

Assim, os valores podem ser definidos como sendo modelos dinâmicos que com o passar da história humana vão se desenvolvendo a partir da elevação do próprio espírito. Há uma correlação (polarização e implicação) entre o valor e a história que faz com que o valor não seja compreendido como sendo, simplesmente um dado. Reale diz que: “[...] de tal modo que a História não teria sentido sem o valor: um "dado" ao qual não fosse atribuído nenhum valor, seria como que inexistente; um "valor" que jamais se convertesse em momento da realidade, seria algo de abstrato ou de quimérico”. Como o valor não pode se reduzir ao real, pelas mesmas razões, não podendo coincidir com ele, o valor que acabasse por se realizar integralmente acabaria por converter-se em "dado", acabando por perder a sua essência.

Como valor o princípio da dignidade da pessoa humana é fundado na concepção kantiana, donde, para uma formulação de uma lei universal que reconheça a dignidade da pessoa humana, se faz imperioso a confirmação de que todos os seres humanos sejam tratados com igualdade.

Alexandre dos Santos Cunha reza que:

Partimos dessa idéia, a nosso ver básica, de que a pessoa humana é o valor-fonte de todos os valores. O homem, como ser natural biopsíquico, é apenas um indivíduo entre outros indivíduos, um animal entre os demais da mesma espécie. O homem, considerando na sua objetividade espiritual, enquanto ser que só se realiza no sentido de seu dever ser, é o que chamamos de pessoa. Só o homem possui a dignidade originária de ser enquanto deve ser, pondo-se como razão determinante do processo histórico.

A idéia de valor, para nós, encontra na pessoa humana, na subjetividade entendida em sua essencial intersubjetividade, a sua origem primeira, como valor-fonte de todo o mundo das estimativas, ou mundo histórico-cultural.

Quando Kant dizia – "Sê uma pessoa e respeita os demais como pessoas" – dando ao mandamento a força de um imperativo categórico, de máxima fundamental de sua Ética, estava reconhecendo na pessoa o valor por excelência²⁸⁷.

²⁸⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Ibidem. p. 206.

²⁸⁷ CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. pp. 85-88.

A partir de experiências traumáticas vividas pela raça humana é que se forjaram os valores que hoje defendem, ou tentam defender, todos os homens dos excessos que são cometidos em nome de ideologias, nacionalismo e demais formas de desvirtuamento da ideia kantiana do homem como um fim em si mesmo.

A história está repleta de momentos onde os valores foram alterados. Podemos mencionar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, nascida no seio da Revolução Francesa – que pôs fim ao Estado absolutista, limitando os poderes estatais e defendendo valores como a liberdade e a igualdade e a fraternidade entre todos os homens – como documento de grande relevo para o reconhecimento de direitos, pela primeira vez, para todos os homens.

No momento em que essas teorias são acolhidas pela primeira vez por um legislador, o que ocorre com as Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e da Revolução Francesa (um pouco depois), e postas na base de uma nova concepção do Estado — que não é mais absoluto e sim limitado, que não é mais fim em si mesmo e sim meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência —, a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos²⁸⁸.

Contudo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão teve a sua eficácia limitada pois deixou de apresentar característica fundamental para que pudesse ser positivada nos sistemas jurídicos, qual seja, a universalidade.

A ideia de que somente com os princípios, mas sem a efetiva positivação dos Direitos Humanos nas constituições, bastaria para se evitar que as mais variadas violações às minorias viessem a ocorrer acabou por se mostrar falaciosa. Tal fato se dá porque nos Estados totalitários a lei não conseguiu fornecer segurança que os indivíduos necessitavam, permitindo-lhes, além de tomar o poder, de forma absolutamente legal, de promover – de forma industrial – a maior mortandade de pessoas que o mundo já viu.

Sob essa perspectiva se manifesta a aguda crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal — tendo em vista que o nazismo e o fascismo

²⁸⁸ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Ibidem. p. 19.

ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei²⁸⁹.

Deste modo, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 1948, buscou-se criar verdadeiro arcabouço internacional na proteção dos indivíduos frente à tirania dos titulares do poder estatal.

A criação de um sistema internacional de Direitos Humanos procura, em primeiro lugar, criar um aparato internacional que objetiva garantir que não ocorram mais violações aos Direitos Humanos, à exemplo do ocorrido nos Estados nazista, fascista e soviético. Em segundo lugar, busca promover a universalização de tais direitos, e, por fim, cria um controle feito por organismo supraestatal, a ONU, que procura solucionar tais violações aos Direitos Humanos.

No esforço de reconstrução dos direitos humanos do Pós-Guerra, há, de um lado, a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a emergência da nova feição do Direito Constitucional ocidental, aberto a princípios e a valores, com ênfase no valor da dignidade humana. Vale dizer, no âmbito do Direito Internacional, começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos. É como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e a limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos²⁹⁰.

A ideia central é de fortalecer a proteção dos Direitos Humanos com a redução da soberania nacional, que, normalmente, é um limitador à efetividade de tais direitos. Flávia Piovesan reputa que tal cenário acarreta duas consequências: 1ª) a relativização da soberania absoluta do Estado, que passaria a admitir intervenções externas em prol da proteção dos direitos humanos, passando-se da concepção de soberania centrada no Estado para uma concepção de soberania centrada na cidadania universal; e 2ª) a proteção internacional dos direitos do indivíduo, uma vez que ele deve ser visto como sendo sujeito de direitos²⁹¹.

A ONU pode, além de aplicar sanções, que usualmente se dão por meio de embargos econômicos aos países que cometerem violações aos Direitos Humanos, promover, desde que seja de interesse dos países, o julgamento de iníquos pelo Tribunal Penal Internacional. A subsidiariedade é característica do mencionado Tribunal, pois a função primária de processar e

²⁸⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva. 2014. 5ª ed. p. 32.

²⁹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. Ibidem. p. 32.

²⁹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. Ibidem. p. 33.

julgar crimes relacionados aos Direitos Humanos é do próprio país aonde tais violações vieram a ocorrer.

Como assevera Bobbio, a Declaração Universal dos Direitos do Homem representa: “(...) a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, por tanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade”²⁹². E prossegue dizendo: “A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores”²⁹³.

3.4. O Mínimo Existencial

O mínimo existencial tem correlação com a ideia de subsistência, com a dignidade do ser humano, sendo considerado como as condições mínimas para o indivíduo se desenvolver e sustentar a sua família.

O seu fundamento, por não estar expresso no texto constitucional, tem origem direta na ideia de liberdade, de igualdade, de *due process of law*, sendo oriundo da Declaração dos Direitos Humanos.

Ricardo Lobo Torres salienta que o mínimo existencial carece de um conteúdo específico, podendo, de tal modo, compreender qualquer direito, “[...] ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.) considerado em sua dimensão essencial e inalienável”²⁹⁴. Por envolver mais aspectos qualitativos, do que quantitativos, não é mensurável. O princípio da máxima utilidade (*Nutzenmaximierung*) busca promover a justiça e a redistribuição de riqueza social²⁹⁵.

Paul Kirchhof acrescenta não ser possível a tributação dos rendimentos necessários para o atendimento das necessidades básicas pessoais e familiares da pessoa titular dos direitos fundamentais, conforme o artigo 6º, inciso 1, da Lei Fundamental Alemã.

²⁹² BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Ibidem. p. 17.

²⁹³ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Ibidem. p. 17.

²⁹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. Revista de Direitos Administrativo. Rio de Janeiro: FGV. Volume 177, 1989. pp. 29-30.

²⁹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. Revista de Direitos Administrativo. Ibidem. p. 30.

Em regra, são os rendimentos que cobrem os gastos com o mínimo existencial; a garantia ao mínimo existencial protege, acima de tudo, a função primária de renda, qual seja, a de assegurar os meios de subsistência para o contribuinte e sua família, aliviando as prestações devidas pelo Estado Social. As necessidades existenciais básicas, dessa forma, constroem o limite constitucional inferior para a intervenção por meio do imposto de renda²⁹⁶. (Sublinhamos)

Nem mesmo o déficit orçamentário do Estado, com a necessidade de recursos para o atendimento de outros direitos fundamentais, como educação, saúde e previdência social, justifica a violação do mínimo existencial.

A felicidade, juntamente com a liberdade, tem ligação direta com o mínimo existencial. O Estado é quem deve prestar assistência aos desvalidos com o produto da arrecadação de tributos, sendo que foi na Inglaterra que se inaugurou tal iniciativa com o *Poor Law Amendment Act*, de 1834.

O aparecimento da figura do Estado como avalista da felicidade de todos é decorrência dos ciclos de autoritarismo, podendo, contudo, a sua base formadora ser encontrada nas obras de Jeremy Bentham, onde o conceito de utilidade prevê a obtenção do máximo de felicidade para o maior número de indivíduos.

O princípio da igualdade é o que fundamenta o dever estatal de assegurar a todos a proteção contra a pobreza absoluta e a desigualdade social que divisamos em nossa Carta Constitucional, no artigo 3º, inciso III, como objetivo a ser alcançado por nossa república.

Segundo Ricardo Lobo Torres o direito ao mínimo existencial pode ser encontrado, igualmente, no respeito à dignidade humana, na cláusula do Estado Social de Direito e em outras classificações decorrentes dos direitos fundamentais²⁹⁷.

Os direitos de liberdade, segundo preleciona Ricardo Lobo Torres, por serem pré-constitucionais constituem-se em direito público subjetivo do cidadão, posto que inerente à pessoa humana, onde: “[...] não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a;

²⁹⁶ KIRCHHOF, Paul. *Tributação no Estado Democrático*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 71.

²⁹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Revista de Direitos Administrativo*. Ibidem. p. 32.

tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das conseqüências do estado de necessidade²⁹⁸.

O direito à alimentação, saúde, educação e segurança por serem elementares à sobrevivência do homem, ou melhor, dizendo, sendo considerados como a parcela mínima que visa a garantir uma vida com dignidade, adquirem o status de interesses fundamentais, podendo ser inseridos nos direitos políticos. A Suíça caracteriza o mínimo existencial como sendo a política de Estado com fortes aspirações sociais, voltada a garantir o mínimo existencial, conhecida como *Kleinen Sozialrechte*.

No sistema constitucional alemão, conforme preleciona Kirchhof, o Estado tem a incumbência de proteger a família e o contribuinte, sendo mandatório, por força do artigo 6º, inciso 1, da Lei Fundamental, a observância do limite inferior (mínimo existencial) para o atendimento das necessidades dos indivíduos que dele necessitem²⁹⁹.

A proteção estatal à garantia do mínimo existencial na Alemanha, além da proteção dada à família, bem como ao contribuinte, confere, igualmente, ao patrimônio do indivíduo, como configuração de sua vida pessoal, abrigo contra a tributação do Estado.

Caso o imposto sobre o patrimônio incida também sobre os bens econômicos que sirvam para a condução da vida e de sua família, ou que possibilitem a configuração de sua vida privada conforme as suas próprias escolhas, também, estes bens gozarão de uma proteção especial. Levando-se em consideração a tributação prévia do patrimônio pelo imposto de renda, não pode o legislador tributário, por meio de nova tributação, diminuir a base econômica que possibilita a condução da vida privada do contribuinte³⁰⁰.

A sobrevivência do homem depende, sem dúvida alguma, de um mínimo que promova o seu desenvolvimento e a manutenção de sua vida sem que haja o deterioramento de sua condição inicial de liberdade, sendo esta última considerada como o fundamento da existência de tal direito.

²⁹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. Revista de Direitos Administrativo. Ibidem. p. 32.

²⁹⁹ KIRCHHOF, Paul. Tributação no Estado Democrático. Ibidem. p. 71.

³⁰⁰ KIRCHHOF, Paul. Tributação no Estado Democrático. Ibidem. p. 71.

O conceito de mínimo existencial, todavia, acaba por necessitar de esclarecimento pela jurisprudência, sendo incerto seu exato limite, necessário demonstrar onde se dá o toque entre eles e os direitos fundamentais. A Suprema Corte dos Estados Unidos, quando instada a se manifestar, declarou, em diversas oportunidades, a inconstitucionalidade de leis que acabariam por prejudicar os mais pobres.

Na Alemanha o Tribunal Constitucional Federal quando instado a definir expressamente o valor limite que caracterizaria o mínimo existencial, concluiu que o menor montante devido aos que recebem o auxílio da previdência social para cobrir as despesas com a sua existência seria considerado como o limite inferior. As despesas com o cuidado dos filhos devem ser consideradas incluídas nesta quantia³⁰¹.

O problema do mínimo existencial, todavia, reside no choque com os direitos econômicos e sociais previstos em nossa Carta Magna nos artigos 174 a 179 e 62 e 72, pois tais direitos dependem da concessão do legislador, não sendo dotados do *status negativus*. Tais direitos não geram ao Estado a obrigatoriedade de promover prestações positivas além de carecerem de eficácia *erga omnes* subordinando-se, na verdade, à ideia de justiça social.

Esses direitos às vezes aparecem, principalmente na doutrina alemã, sob a denominação de direitos fundamentais sociais, em virtude de sua constitucionalização; mas, segundo a maior parte dos autores germânicos que a adotam, subordinam-se à justiça social, pelo que não se confundem com os direitos da liberdade nem com o mínimo existencial. A Constituição de 1988 abre, no Título II, dedicado aos Direitos e garantias fundamentais, o Capítulo II, que disciplina os Direitos Sociais (arts. 62 a 11), separando-os, entretanto, dos Direitos individuais e coletivos, de que trata o Capítulo I (art. 52)³⁰².

O mínimo existencial, segundo a teoria de Jellinek, é um direito de proteção do indivíduo contra a intervenção do Estado, tratando-se de um direito de *status negativus*. Contudo, em decorrência da obrigatoriedade de se realizar prestações estatais por meio de políticas públicas a fim de garantir a manutenção deste mínimo, acaba possuindo, igualmente, um *status positivus*.

³⁰¹ KIRCHHOF, Paul. Tributação no Estado Democrático. *Ibidem*. p. 73.

³⁰² TORRES, Ricardo Lobo. Revista de Direitos Administrativo. *Ibidem*. p. 34.

Segundo ainda os ensinamentos de Jellinek o mínimo existencial por fazer parte dos direitos de liberdade além de ostentar o *status negativus*, em vista a limitar a atuação estatal, possui no *status positivus* grande amplitude, já que dele é que são oriundas as prestações positivas e igualitárias do Estado. Segundo o próprio Jellinek a garantia jurisdicional vem a representar o *status positivus* da liberdade, pois a partir dela é que se pode limitar a atividade estatal que venha a se opor aos direitos fundamentais e dos indivíduos.

O *status positivus* (leia-se prestações positivas do Estado) que o mínimo existencial reclama é, sem sombra de dúvida, de assistência social (*Rechtsanspruch auf öffentliche Fürsorge*). Contudo, tais prestações somente serão entregues desde que provado ao sistema previdenciário público que o indivíduo falhou em conseguir prover o mínimo a garantir a sua sobrevivência, tratando-se, deste modo, de prestação subsidiária.

Somente com a arrecadação dos tributos é que o Estado poderá prover, com serviços públicos de qualidade, o mínimo necessário ao indivíduo que o possibilite a caminhar por si só. Contudo há que ser feita a distinção entre pobreza e assistencialismo, pois de acordo com a Suprema Corte dos Estados Unidos – conforme trazido por Ricardo Lobo Torres – "[...] pobreza e imoralidade não são sinônimos³⁰³". Para os membros da Suprema Corte os serviços básicos governamentais, como saúde e educação, não são considerados como sendo direitos constitucionalmente garantidos aos indivíduos.

Há também que se mencionar o *status positivus socialis* que busca garantir a proteção dos direitos sociais, econômicos e para a seguridade social. Todavia tais direitos não podem ser confundidos com o *status positivus libertatis*, pois estes buscam garantir as condições da liberdade, a segurança, o mínimo existencial e a personalidade do indivíduo.

O *status positivus socialis* é de suma importância para o aperfeiçoamento do estado social de direito, sob a sua configuração de estado de prestações e em sua missão de protetor dos direitos sociais e de curador da vida social, responsável pela previsão ou cura da existência (*Daseinsvorsorge* para os alemães): compreende o fornecimento de serviço público inessencial (educação secundária e superior, saúde, moradia etc.) e as prestações financeiras em favor dos fracos, especialmente sob a forma de subvenções sociais. O *status positivus socialis* depende da situação econômica do país e da riqueza nacional, sendo tanto mais abrangente quanto mais rico e menos suscetível a crises seja o Estado, motivo por que não tem dimensão

³⁰³ TORRES, Ricardo Lobo. Revista de Direitos Administrativo. Ibidem. p. 34.

originariamente constitucional, sendo objeto da legislação ordinária e da política social e econômica³⁰⁴.

Outra distinção entre o *status positivus libertatis* e o *status positivus socialis* é que o primeiro gera a necessidade de se realizar prestações positivas para a defesa dos direitos fundamentais, constituindo, assim, um direito subjetivo do indivíduo. Com relação ao segundo, por derivar da ideia de justiça, não são obrigatórios. Logo o Estado não precisa efetuar políticas públicas com o intuito de atendê-los. A conjectura econômica, ainda com relação ao *status positivus socialis*, tem grande influência na efetivação de tais direitos, pois carecem de prévia dotação orçamentária, sendo aplicados dentro da ótica da “reserva do possível”.

O mínimo vital tem forte influência no ramo do Direito Tributário. O indivíduo, somente após garantidas as condições básicas de sobrevivência, passa a ser sujeito passivo da relação jurídico tributária.

A possibilidade constitucional de tributação não começa com a pura e simples existência de riqueza. É necessário que essa riqueza exceda o mínimo necessário para a realização de direitos constitucional básicos, sem os quais torna-se impossível falar em existência digna. Nisso consiste o chamado mínimo existencial, imune à tributação (imune na medida em que delimita, por exclusão, as competências tributárias constitucionais)³⁰⁵.

Assim, no Estado Social o mínimo vital vem a ser tudo aquilo que tenha por finalidade a garantir o pleno desenvolvimento do indivíduo, ou seja, a educação, saúde, moradia, cultura, salário mínimo e previdência social. Entretanto, com relação ao fornecimento de serviço público inessencial, do *status positivus socialis*, como vimos acima, dependerá da situação econômica do país para a sua efetivação.

O mínimo existencial, quando trazida questão relativa à proteção do meio ambiente para apreciação do STF, no RE 835558/SP foi conceituado da seguinte forma:

E as graves infrações ambientais podem constituir, a um só tempo, graves violações de direitos humanos, máxime se considerarmos que o núcleo material elementar da dignidade humana “é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém

³⁰⁴ TORRES, Ricardo Lobo. Revista de Direitos Administrativo. Ibidem. pp. 40-41.

³⁰⁵ GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. Revista dos Tribunais, Ibidem. pp. 169-70.

daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade³⁰⁶.
(sublinhamos)

A doutrina acompanhou a modificação ocorrida no STF, pois o entendimento majoritário caminha a garantir uma maior proteção do indivíduo frente ao aparato estatal e à excessiva tributação pelo Estado, tendo como fundamento a adequação da tributação ao exercício de direitos fundamentais, ou, como afirmado por Helena Regina Costa:

Vale salientar a existência de uma outra tensão, de caráter permanente, observada entre a imposição de tributos e o exercício de direitos fundamentais. Se, de um lado, a exigência daquele pode, inadequadamente, dificultar ou mesmo inviabilizar o exercício deste, de outro, parece evidente que vários dos direitos assegurados no ordenamento jurídico dependem, para sua proteção, dos recursos advindos da receita tributária.

Consideramos importante remarcar que a compreensão do Direito Tributário, cada vez mais, está voltada à preocupação concernente à adequação da tributação ao exercício de direitos fundamentais. De fato, universalmente vem se afirmando uma visão humanista da tributação, a destacar que essa atividade estatal não busca apenas gerar recursos para o custeio de serviços públicos, mas, igualmente, o asseguramento do exercício de direitos públicos subjetivos³⁰⁷.

Assim, a Constituição Federal determina que seja observado o primado da dignidade da pessoa humana como regra imposta ao Estado a fim de coibir abusos ao mínimo existencial. O princípio da vedação ao confisco, assim como o instituto do bem de família, no ramo do Direito Civil, busca a proteger o indivíduo contra o avanço, seja do Estado, ou mesmo dos particulares, em patrimônio, bens e moradia, elementos estes componentes de tal limite inferior.

³⁰⁶ RE 835558/SP, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-174 DIVULG 07-08-2017 PUBLIC 08-08-2017.

³⁰⁷ COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário. Constituição e Código Tributário Nacional. Saraiva. 2009, p. 4.

4. O ESTADO E A TRIBUTAÇÃO

4.1. A função social do tributo

O bem comum é uma das finalidades do Estado, ou seja, trata-se de interesse coletivo a busca por se dar a máxima eficácia possível à igualdade entre os indivíduos.

O atingimento de tal objetivo somente se faz possível com a aplicação dos recursos oriundos dos impostos em políticas públicas que busquem a inclusão do maior número de pessoas à sociedade com o intuito de diminuir as desigualdades, o que depende diretamente da forma como o Estado faz sua intervenção no meio social.

No Estado Liberal a atividade estatal se resumia a dar a máxima eficácia aos princípios da igualdade e da liberdade sem a intervenção estatal na vida do indivíduo, deixando-o livre para conduzir a sua vida da forma como melhor lhe aprouvesse.

No Estado Total a intervenção pelo Estado se dá em todos os âmbitos da vida social. Há a supressão de todos os direitos do indivíduo que eram transferidos ao Estado tornando-o titular dos mesmos. O bem comum era determinado pelos detentores do poder não havendo a possibilidade do indivíduo se insurgir contra isso sob pena de ser perseguido e excluído da sociedade.

Somente no Estado Social é que a busca pelo bem comum encontra maior amplitude com o alargamento dos deveres estatais, dando-se ao princípio da igualdade máxima efetividade. As políticas públicas são voltadas à inclusão social a partir de diretrizes constitucionais. No neoliberalismo, por seu turno, há retração nesses direitos com fundamento na aceitação das desigualdades entre os indivíduos e na crença de que o mercado terá a função de promover o desenvolvimento e a inclusão social.

Regina Helena Costa³⁰⁸ salienta que a partir de sua competência tributária, os tributos podem ser entendidos a partir de três perspectivas doutrinárias: fiscalidade; extrafiscalidade e parafiscalidade. A primeira diz respeito à exigência de tributos para fins de

³⁰⁸ COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário. Constituição e Código Tributário Nacional. Ibidem, pp. 48-49.

abastecer os cofres públicos, tratando-se de ferramenta de arrecadação ou meio de geração de receita. A segunda é o emprego de instrumentos tributários para se atingir metas não arrecadatórias, como atuação incentivadora ou inibitória de comportamento, buscando-se realizar outros valores constitucionais, principalmente consistentes em atividade estatal limitadora do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse coletivo. Por fim a terceira significa a transferência da fiscalização e da arrecadação, de quaisquer espécies tributárias, à pessoa delegatária de direito público ou privado.

O comando da conjuntura econômica, as barreiras alfandegárias, a correção dos males sociais, a redistribuição da renda nacional são alguns dos objetivos extrafiscais que orientam a decretação de tributos, como alavanca coadjuvante das regulamentações estabelecidas pelo poder público³⁰⁹.

Geraldo Ataliba acrescenta que quando a arrecadação de imposto não tem finalidade financeira, mas somente regulatória de comportamentos sociais, seja em matéria econômica, social ou política acabará por ocorrer, invariavelmente, a extrafiscalidade tributária. O legislador, quando se trata da extrafiscalidade, não se preocupa com a receita decorrente do tributo.

Parte da doutrina aventou, - hipótese esta defendida por Aliomar Baleeiro -, que os tributos extrafiscais não estariam sujeitos aos princípios constitucionais tributários, por decorrência da função que a tributação recebia no estímulo de um determinado comportamento pelo contribuinte. Geraldo Ataliba, não partilhando dessa concepção, entendia que por ser o sistema tributário constitucional extremamente rígido não haveria a possibilidade de desfigurá-lo a esse ponto, acrescentando, ainda, que a ideia de exclusão dos tributos extrafiscais do regime tributário comum se deu em período onde houve restrição aos direitos individuais, ou seja, quando da vigência da Constituição Federal de 1937³¹⁰.

A decretação de tributos, conquanto válida em si mesma, poderá infringir indiretamente garantias ou direitos individuais, constitucionalmente tutelados. E, se determinados interesses individuais são protegidos contra a ação direta do Estado, não há de permitir que sejam obliquamente infringidos, sob pena da absoluta inocuidade e até inutilidade de todo o aparelhamento constitucional vigente³¹¹.

³⁰⁹ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Direito Constitucional Tributário e “due process of law”. Rio de Janeiro: Forense. 1986. p. 175.

³¹⁰ ATALIBA, Geraldo. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo. RT. 1968. p. 155.

³¹¹ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Direito Constitucional Tributário e “due process of law”. Ibidem. p. 176.

Mesmo porque, nem sempre é possível distinguir as finalidades fiscais e extrafiscais da tributação, conforme afirma Misabel Derzi, uma vez que seus limites são imprecisos e a extrafiscalidade somente deverá ser reconhecida para justificar carga fiscal muito elevada quando se ajustar ao planejamento definido em lei para a fixação de metas de política econômica e social³¹².

Assim, para o fiel desempenho das atribuições que lhe foram delegadas pela Constituição Federal, cabe ao Estado obter meios financeiros oriundos da exploração de seu próprio patrimônio ou das quaisquer prestações efetuadas pelos particulares³¹³.

[...] os tributos, sobretudo no Estado moderno, são o meio normal pelo qual os cidadãos, ou os indivíduos que o compõem ou integram, são chamados, na medida de sua capacidade econômica, a prestar os meios ou recursos indispensáveis ao custeio dos serviços estatais e à realização de suas finalidades, representando, assim, a contrapartida do gozo ou da fruição desses serviços e dos benefícios auferidos com a existência do próprio Estado³¹⁴.

Os fins do Estado devem ser atividade orientada em benefício da coletividade. Para que isso ocorra faz-se necessária a redistribuição das riquezas compatibilizando desenvolvimento econômico e justiça social. Desta maneira, a distribuição do patrimônio e rendas pode ser alcançada, em parte, pela arrecadação de tributos pelo Estado.

Para que haja a manutenção do Estado, especialmente do Social, com suas variadas prestações, a arrecadação de tributos é fonte de financiamento das políticas públicas que busquem atingir os fins do Estado brasileiro. Como bem manifestado por Roberto Velloso, “O Estado institui tributos sob o fundamento da necessidade de captar recursos para manter a própria estrutura e disponibilizar ao conjunto da sociedade os serviços considerados essenciais, entre elas a saúde, a educação e a segurança”³¹⁵.

³¹² DERZI, Misabel. Família e Tributação. A vedação constitucional de se utilizar o tributo com efeito de confisco In Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1989. p. 153.

³¹³ FALCÃO, Amílcar. Introdução ao Direito Tributário. Rio de Janeiro: Forense. 1999. p. 1.

³¹⁴ FALCÃO, Amílcar. Introdução ao Direito Tributário. Ibidem. pp. 10-11.

³¹⁵ VELLOSO, Roberto Carvalho. Crimes Tributários. São Paulo: Quartier Latin. 2011. p. 63.

Alguns juristas de escol, a exemplo de Ives Gandra da Silva Martins e Ricardo Castilho³¹⁶, acrescentam que a tributação além de servir como fonte de custeio da atividade estatal também tem a indelével faceta de perpetuar no poder o estamento que controla o povo.

Em outras palavras, grande parte dos tributos que a sociedade paga para o poder não objetiva beneficiar a sociedade, mas, exclusivamente, seus detentores (políticos, burocratas, aproveitadores, amigos e empresários beneficiários de obras públicas), razão pela qual Poder e Tributo são irmãos siameses inseparáveis, sustentados pela classe inferior e dominada, que é o povo e a sociedade³¹⁷.

A realização da justiça social é meta a ser atingida a partir da arrecadação de impostos. A Constituição Federal de 1988 traz mandamento ao poder público para que sejam realizados, por meio de políticas estatais, os objetivos elencados pelo Constituinte no artigo 3º da Carta Magna, que são: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; garantir o desenvolvimento nacional; bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Vemos, também, no artigo 170 da Magna Carta, quando trata da ordem econômica, que o Legislador Originário buscou garantir a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando princípios como a redução das desigualdades regionais e sociais.

A Constituição, com o desenho dado pelo Legislador Originário, criou as bases para a instauração de um Estado que tem como desígnio principal o atendimento a aspectos sociais em detrimento dos econômicos. Desse modo, a função social do tributo, plasmada por sua extrafiscalidade, é um dos principais instrumentos de consecução de sua função social.

A ideia de solidariedade e igualdade foi o que guiou o Constituinte a delegar à tributação o mister de conferir ao Estado recursos suficientes para alcançar o bem comum para toda a sociedade brasileira. Deste modo se a arrecadação não se compatibilizar com a função

³¹⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva; CASTILHO, Ricardo (Org.). *Direito Tributário e Direitos Fundamentais: Limitações ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012. p. 11.

³¹⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva; CASTILHO, Ricardo (Org.). *Direito Tributário e Direitos Fundamentais: Limitações ao Poder de Tributar*. Ibidem. p. 12.

social determinada pela Constituição Federal, estará, indubitavelmente, caracterizado o confisco.

A cooperação entre os indivíduos é maior em um Estado Democrático de Direito, uma vez que a organização do poder estatal e o funcionamento da rede de serviços públicos dependem de que haja solidariedade entre os que compõem a sociedade, já que são os usufrutuários das políticas públicas que buscam garantir a igualdade entre todos.

O dever de colaboração no Estado Social ganha mais vulto pois a tributação exerce, além da função arrecadatória, papel com atributos éticos onde se destaca a solidariedade social. O bem comum é o objetivo a ser atingido sendo os recursos obtidos direcionados para a manutenção de políticas públicas que garantam a existência mínima, orientando a Constituição Federal, axiologicamente, quais os objetivos a serem construídos pela sociedade com o intuito de atingir tais finalidades.

Regina Helena Costa acrescenta, também, que a preocupação atual não se cinge aos objetivos propugnados pelo Legislador Originário no artigo 3º da Constituição Federal, pois há, hodiernamente, certa inquietação com a cada vez mais necessária adequação entre a tributação e o exercício de direitos fundamentais. Assim, a tributação não estaria mais atrelada à ideia de gerar recursos para o custeio dos serviços públicos, mas, também, à efetividade do exercício de direitos públicos subjetivos³¹⁸.

4.2. O dever fundamental de pagar tributos como instrumento de concretização de direitos

A solidariedade prende-se à ideia de “responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social”³¹⁹. Trata-se de fundamento ético que encontra eco no entendimento sobre justiça distributiva. A consecução dos direitos exercita-se a partir da efetiva prestação pelo Estado de políticas públicas “destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, àqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente”³²⁰.

³¹⁸ COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário. Constituição e Código Tributário Nacional. Ibidem. pp. 4-5.

³¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. Ibidem. p. 65.

³²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. Ibidem. p. 65.

Por outro lado, a ideia de que o princípio do tratamento da pessoa como um fim em si mesma implica não só o dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também o dever positivo de obrar no sentido de favorecer a felicidade alheia constitui a melhor justificativa do reconhecimento, a par dos direitos e liberdades individuais, também dos direitos humanos à realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social (...)³²¹

O Estado Social impõe que seja realizado o sacrifício individual em prol da sociedade amealhando quantidade suficiente de recursos decorrentes dos tributos para que sejam efetivados, através de políticas públicas, o bem comum e a concretização dos direitos fundamentais.

Sendo desejo do Legislador Originário a erradicação da pobreza e a repartição de recursos, de maneira a pôr termo às desigualdades sociais, o Estado impõe ao indivíduo deveres, dentre eles a tributação, pois o que se está a buscar são os objetivos plasmados no artigo 3º da Constituição Federal, que, para sua efetivação, dependem de vastas quantidades de recursos.

O art. 3º, I, da Constituição Brasileira designa expressamente a construção de "uma sociedade livre, justa e solidária" como objetivo fundamental do Estado, Diferentemente da Constituição Alemã, ela disciplina detalhadamente a "Ordem Social" em seu Título VIII. Entretanto, a experiência ensina que precisamente quando se trata da concepção do Estado Social as palavras da Constituição podem distanciar-se muito da realidade constitucional³²².

As políticas sociais são diretamente financiadas pelo pagamento dos tributos. O indivíduo realiza o sacrifício do pagamento de impostos para que seja atingida a meta estabelecida pelo Legislador Originário de uma sociedade justa e igualitária. O princípio da solidariedade é que norteia essa dialética em prol da concretização dos direitos fundamentais, especialmente aqueles de cunho social.

O imposto é um dever fundamental que não pode ser simplificado como sendo um mero sacrifício para os cidadãos, da mesma forma que não há como perceber o tributo como sendo uma simples relação de poder onde o Estado faz meras exigências discricionárias aos súditos³²³. A tributação há, assim, de ser vista sob a ótica do princípio da solidariedade, onde a

³²¹ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. *Ibidem*. pp. 24-25.

³²² TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e o Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 43.

³²³ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina. 1ª ed. 3ª reimpressão. 2002. p. 185.

necessidade do Estado na obtenção de recursos para a realização de prestações sociais é o que norteia a atividade tributária para o atingimento dos fins do Estado.

O princípio do Estado Social ou princípio da solidariedade é apenas um dentre vários princípios do Estado Social e Liberal de Direito. A tríade dos valores fundamentais consiste na liberdade, na igualdade e na solidariedade. Esses valores têm de ser levados a uma proporção equilibrada entre si³²⁴.

O dever de pagar impostos constitui, conforme expõe Nabais, um dever fundamental onde o destinatário da obrigação será aquele que tem capacidade fiscal para tanto. A solidariedade é a amálgama que permite ao Estado adentrar na esfera patrimonial do indivíduo e transferir recursos para o fim de financiar o mínimo necessário para a realização de direitos fundamentais, entre eles a liberdade e a propriedade³²⁵.

(...) não há lugar a um qualquer (pretense) direito fundamental de não pagar impostos, como o radicalismo das reivindicações de algumas organizações de contribuintes ou a postura teórica de alguns jusfiscalistas mais inebriados pelo liberalismo econômico e mais empenhados na luta contra a “opressão fiscal”, que vem atingindo a carga fiscal nos países mais desenvolvidos, parecem dar a entender³²⁶.

A incumbência do Estado Social reside na premente necessidade de corrigir as desigualdades e promover a inclusão social com a promoção do bem comum. Somente por meio de políticas públicas financiadas pelos indivíduos a partir da arrecadação de impostos é que isso se torna possível. Daí afirmar Nabais, que o imposto não pode ser encarado como mero sacrifício, mas como contribuição indispensável a uma vida comunitária organizada em Estado onde todos consigam viver com certa prosperidade³²⁷.

Noutros termos, o imposto não pode ser encarado, nem como um *mero poder* para o estado, nem simplesmente como *mero sacrifício* para os cidadãos, mas antes como o contributo indispensável a uma vida em comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada em estado. Com efeito, um estado, para cumprir as suas tarefas, tem de socorrer-se de recursos ou meios a exigir dos seus cidadãos, constituindo justamente os impostos esses meios ou instrumentos de realização das tarefas estaduais³²⁸.

³²⁴ TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. Justiça Fiscal e o Princípio da Capacidade Contributiva. Ibidem. p. 43.

³²⁵ NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Ibidem. p. 186.

³²⁶ NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Ibidem. p. 186.

³²⁷ NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Ibidem. p. 185.

³²⁸ NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Ibidem. p. 185.

O objetivo do Estado, pois, não é a arrecadação de tributo, simplesmente, mas arremeter recursos suficientes para que sejam cumpridas as tarefas contidas na Constituição Federal.

A tributação é um dever fundamental que busca organizar a vida em comunidade no Estado. Ainda assim a tributação deve observar certos limites sendo a capacidade contributiva elemento que possibilita aferir até quanto pode ir à tributação sem que ultrapasse certo limite além do qual se incorre no confisco.

O sistema tributário tem a incumbência constitucional de, a partir do financiamento de políticas sociais, realizar os direitos plasmados na Constituição Federal para o desenvolvimento da sociedade. Os cidadãos, para que isso venha a ocorrer, devem assumir deveres, em especial, de pagar tributos, para a manutenção e a construção dos vínculos de solidariedade como preconiza o atual Estado Democrático de Direito.

5. O PRINCÍPIO DO NÃO-CONFISCO

5.1. Os Impostos e sua Tipologia

A tipologia tributária, como norma corolário do princípio da reserva legal, é importante para delimitar o poder do Estado de tributar, sendo nas palavras de Alberto Xavier, de verdadeiros *numerus clausus* que buscam delimitar o campo de incidência do tributo.

Ora, de entre as várias modalidades possíveis de tipologia - a exemplificativa, a taxativa e a delimitativa - a tipologia tributária é inegavelmente taxativa. A regra *nullum tributum sine lege* alude, deste modo, não só à origem normativa dos tributos, como também ao princípio do *numerus clausus* em matéria de imposto. [...] Da harmonia com o princípio da taxatividade, os direitos tributários constituem um *numerus clausus*, de tal modo que o catálogo criado pelo princípio da seleção delimita com rigor o campo livre do tributo: e por isso tal princípio é uma verdadeira Magna Charta do contribuinte. [...]. Para que um fato desencadeie efeitos tributários é, pois, indispensável a sua correspondência a um dos tipos ou modelos de tributos criados pelo legislador. Assim, o que caracteriza a tipicidade no Direito Tributário não é tanto a necessidade da conformação do fato à norma para que o efeito se produza – idéia subjacente à opinião de Von Wallis – posto tal conformação ser comum a todos os ramos do Direito: antes é o fato de os efeitos tributários se não produzirem sem que essa conformação se reporte a norma expressamente formulada com a força e sob a forma da lei. [...] O fato tributário é necessariamente um fato típico: e para que revista esta natureza é indispensável que ele se ajuste, em todos os seus elementos, ao tipo abstrato descrito na lei. [...] A tipicidade do fato tributário pressupõe, por conseguinte, uma descrição rigorosa dos seus elementos constitutivos, cuja integral verificação é indispensável para a produção dos efeitos. Basta a não verificação de um deles para que não haja, pela ausência de tipicidade, lugar à tributação. O fato tributário, como ser fato típico, só existe como tal, desde que na realidade se verifiquem todos os pressupostos legalmente previstos que, por esta óptica, se convertem em elementos ou aspectos do próprio fato³²⁹.

De acordo com o art. 3º do Código Tributário Nacional tributo pode ser entendido como sendo:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

³²⁹ XAVIER, Alberto Pinheiro. Os Princípios da legalidade e da tipicidade da tributação, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978. pp. 86/89.

Toda a prestação pecuniária, cujo valor possa ser exprimido em moeda, para o Estado, de maneira obrigatória, por parte de uma pessoa física ou jurídica, será um tributo.

A cobrança dos tributos, ademais, deverá estar adstrita ao princípio da legalidade e, conseqüentemente, deve decorrer de ato lícito e de maneira vinculada. Se, todavia, o imposto desrespeitar os parâmetros postos na Constituição Federal, ele será reputado como inconstitucional.

Os tributos podem ser classificados de acordo com tipologia exposta no voto do Ministro Carlos Mário Velloso, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 138.284-8/CE³³⁰³³¹, como: a) impostos, b) taxas, c) empréstimo compulsórios e d) contribuições; as contribuições são subdivididas em d.1) de melhoria, d.2) parafiscais e d.3.) especiais. Por sua vez, as parafiscais se dividem em d.2.1) para seguridade social, d.2.2) outras para a seguridade social e d.2.3) sócias gerais. E as contribuições especiais se dividem em d.3.1) de intervenção no domínio econômico e d.3.2) corporativas.

Parte da doutrina pátria, como Paulo de Barros Carvalho, afirma que os tributos podem ser classificados de acordo com a sua vinculação a uma atividade estatal ou não.

Muitos critérios podem orientar uma classificação dos tributos em espécies. As clássicas, mais difundidas, vêm carregadas de fortes conotações extrajurídicas, principalmente econômicas. Esse o motivo pelo qual nos inclinamos por aquela que tem como fonte inspiradora a circunstância de existir, na hipótese normativa, um vínculo entre o fato descrito e uma atuação do Estado (no sentido amplo). Trata-se da classificação dos tributos em

³³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 138.284-8/CE. Apelante: Petróleo Dois Irmãos Ltda. Apelada: Sr. Delegado Da Receita Federal em Fortaleza. Relator: Min. Carlos Mário Velloso. Brasília, 1º de julho de 1992.

³³¹ “As diversas espécies tributárias, determinadas pela hipótese de incidência ou pelo fato gerador da respectiva obrigação (CTN, art. 4º), são as seguintes: a) os impostos (C.F., arts. 145, I, 153, 154, 155 e 156); b) as taxas (C.F., art. 145, II); c) as contribuições, que podem ser assim classificadas: c.1. de melhoria (C.F., art. 145, III); c.2. parafiscais (C.F., art. 149), que são: c.2.1. sociais, c.2.1.1. de seguridade social (C.F., art. 195, I, II, III), C.2.1.2. outras de seguridade social (C.F., art. 195, parág. 4º), c.2.1.3. sociais gerais (o FGTS, o salário-educação, C.F., art. 212, parág. 5º, contribuições para o SESI, SENAI, SENAC, C.F., art. 240); c.3. especiais: c.3.1. de intervenção no domínio econômico (C.F., art. 149) e c.3.2. corporativas (C.F., art. 149). Constituem, ainda, espécie tributária: d) os empréstimos compulsórios (C.F., art. 148). As contribuições parafiscais têm caráter tributário. Sustento que constituem essas contribuições uma espécie própria de tributo ao lado dos impostos e das taxas, na linha, aliás, da lição de Rubens Gomes de Sousa (“Natureza tributária da contribuição do FGTS”, RDA 112/27, RDP 17/305). Quer dizer, as contribuições não são somente as de melhoria. Estas são uma espécie do gênero contribuição; ou uma subespécie da espécie contribuição. Para boa compreensão do meu pensamento, reporto-me ao voto que proferi, no antigo T.F.R., na AC 71.525, (RD Trib. 51/264)”.

vinculados e não vinculados a uma atuação do Poder Público, didaticamente exposta por Geraldo Ataliba³³².

A observação da hipótese de incidência, ou seja, de seu aspecto material em confronto com suas respectivas bases de cálculo é que vai dizer se o fato descrito é decorrente de uma atividade estatal, sendo, desse modo um tributo vinculado. Nesse diapasão, Paulo de Barros Carvalho afirma que:

Seu substrato é eminentemente jurídico, pois repousa na observação fiel das hipóteses de incidência dos vários tributos, em confronto com as respectivas bases de cálculo. Toda vez que o binômio expressar um acontecimento que envolva atuação do Estado, estaremos diante de um tributo vinculado³³³.

Dentro da divisão acima proposta ainda é possível encontrar situação que enseje a necessidade de uma subdivisão. Trata-se de situações onde a classificação tem correlação direta entre o tributo e a própria atividade estatal, podendo, desta maneira, os tributos ser classificados como sendo diretamente ou indiretamente referidos a uma atividade estatal.

Para exemplificar a subdivisão operacionalizada, Paulo de Barros Carvalho sinaliza com dois exemplos: o primeiro, decorrente de um serviço efetivamente prestado pelo Estado, como assistência médica, o poder de polícia, prestar serviço de coleta de esgoto e de abastecimento de água, donde incidirá uma taxa; e o segundo, quando não há vinculação com um serviço efetivamente prestado pelo Estado, podendo ser uma obra pública que acabe por valorizar um imóvel de região próxima, indicando a incidência de contribuição de melhoria.

As taxas, bem como a contribuições de melhoria, segundo o que determina a nossa Constituição Federal, dependem de uma atividade estatal, enquanto que os impostos não dependem de quaisquer atuações por parte do Estado.

Conforme Paulo de Barros Carvalho o interesse científico quanto a essa classificação reside na necessidade de exame das unidades normativas a serem cotejadas com a diretriz constitucional para fins de se verificar a constitucionalidade da norma quanto à hipótese de incidência e à base de cálculo.

³³² CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 37.

³³³ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. Ibidem. p. 37.

5.2. Conceito de Confisco: Posicionamento da doutrina

Do ponto de vista do Estado, o princípio do não-confisco é regra a impor claro limite ao poder de tributar. A necessidade de se obter recursos para atender os gastos públicos, cada vez maiores do Estado Social, converge, infelizmente, para o aviltamento de direitos outrora conferidos aos indivíduos na história humana.

Curioso notar que grandes movimentos revolucionários, onde se lutou intensamente pela concessão de maiores liberdades em detrimento do poder estatal, foram palco para a discussão acerca da tributação exagerada que acabava por diminuir os direitos de propriedade e de liberdade, pois o confisco era aplicado como forma de punição aos inimigos do Estado. Ives Gandra da Silva Martins, em adição ao mencionado, reafirma a necessidade de se ter atenção aos ensinamentos recorrentes da história.

Os historiadores, que poderiam ofertar uma esplêndida contribuição ao estudo do tributo, no mais das vezes são pouco afeitos às questões jurídicas, econômicas, políticas e até filosóficas, com o que, seja à luz da história cronológica dos grandes feitos e heróis ou da história do cotidiano dos povos e civilizações, o papel desempenhado pelo tributo é por eles pouco analisado, merecendo apenas referências tangenciais, como, por exemplo, às Leis Thowsend, influenciando a revolução americana, ou à derrama, a Inconfidência Mineira. Mesmo, pois, quando o tributo é causa do fato histórico, o fato em si supera em muito, no exame do historiador, em sua visão descritiva ou especulativa dos acontecimentos, a origem do movimento ou do episódio a ser reconstituído³³⁴.

Nessa direção foi que a *Magna Charta Libertatum* inaugurou a submissão do Estado Feudal – iniciado pela estrutura instalada por Guilherme o Conquistador quando da invasão normanda à Inglaterra – à lei, onde na “Clause 39” podemos ler: “Nenhum homem livre poderá tornar-se prisioneiro ou ser privado de suas terras senão pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra”³³⁵.

A necessidade de prévio consentimento para a cobrança de tributos, inclusive com a existência de limites para as despesas, acabou por resultar, em 1628, na *Petition of Rights*, onde se definiu que nenhum tributo fosse cobrado sem consentimento do Parlamento.

³³⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.) Direito Tributário e Direitos Fundamentais. São Paulo: Elsevier. 2012. p. 4.

³³⁵ “[...] no free man shall be imprisoned or deprived of his lands except by judgement of his peers or by the law of the land”.

A Revolução Americana, por sua vez, teve como estopim a alta tributação do chá inglês importado para as Colônias Americanas (*Townshend Acts*), carga esta destruída pelos colonos - momento este conhecido como *Boston Tea Party* -, quando da sua chegada no porto de Boston.

No direito norte-americano o princípio do devido processo legal (*due process of law*), trazido pelos colonizadores ingleses, foi contemplado primeiramente na Declaração dos Direitos da Virgínia, apesar de haver estatutos jurídicos anteriores, como a *Charter of New England* de 1620. A Constituição americana, influenciada pelo princípio, incluiu em seu corpo a Declaração dos Direitos (*Bill of Rights*), onde foram previstas garantias como o julgamento pelo júri e a vedação de que fossem retiradas a vida, a liberdade e propriedade.

A Revolução Francesa, assim como os movimentos populares anteriores, teve seu início com o aumento da tributação em decorrência da entrada da França na Guerra de Independência americana e na Guerra dos Sete Anos, além dos gastos exorbitantes realizados pela Coroa francesa. Os pilares da formação do Estado Francês foram, de acordo com Nicolas Delalande³³⁶, a guerra e os impostos. A tributação, deste modo, estava intrinsecamente ligada à Coroa e ao antigo Estado Feudal que a sustentava. O fato de ninguém defender a tributação nos moldes existentes no *ancien régime* deixa à mostra a ligação umbilical entre eles. A Revolução Francesa nasce, portanto, a partir de uma revolta tributária destinada não a suprimir a taxaço, mas sim de alterar a sua origem de um Estado monárquico absolutista, ainda preso a práticas da Idade Média, para uma nova situação onde todos os cidadãos pudessem, a partir do primado da igualdade, estabelecer a sua legalidade sobre novas bases³³⁷.

A Declaração dos Direitos dos Homem e do Cidadão de 1791, documento proveniente da Revolução Francesa, tentou limitar a carga tributária por meio de um tributo

³³⁶ DELALANDE, Nicolas. *Les Batailles de L'Impôt*. Paris: Éditions du Seuil. 2011. p. 16.

³³⁷ “La question fiscale est consubstantielle au processus de construction de l'État moderne depuis la fin du Moyen Âge : la guerre et l'impôt sont les deux piliers sur lesquels la monarchie française s'est progressivement édifiée. Les sujets du roi sont avant tout des contribuables, soumis aux exigences financières de la Couronne. Mais, lorsque éclate la Révolution française en 1789, plus personne n'ose défendre les impôts d'Ancien Régime. La France, comme les colonies anglaises d'Amérique quelques années plus tôt, s'engage dans une révolution de la souveraineté nationale contre l'arbitraire et l'injustice de la taxation royale. La revendication du droit de la Nation à consentir l'impôt, tout comme la recherche d'une véritable égalité devant la loi, est au fondement de la modernité politique. La Révolution française naît ainsi d'une révolte fiscale, destinée non pas à supprimer le principe de l'impôt, mais à le légitimer en lui donnant l'onction du consentement de la Nation. L'abolition des privilèges et la suppression des intermédiaires fiscaux sont censées consacrer le principe d'égalité et transformer les rapports entre l'État et la société” (DELALANDE, 2011, p. 16).

geral e com a finalidade de gerar receita para a manutenção das forças de segurança e da administração. O tributo a ser instituído deveria obsevar as condições patrimoniais individualmente.

O contexto histórico já denuncia que o aumento da carga de impostos acaba por gerar crises que resultaram no fim de regimes ou mesmo de formas dos Estados, à exemplo do ocorrido com o *ancien régime*.

O Estado Social, da mesma forma, encontra-se, hoje, em crise com o incremento constante dos gastos com a rede de proteção conferida ao indivíduo que é extremamente dispendiosa e com uma gama vasta de direitos conferidos constitucionalmente que impede uma melhor racionalização dos gastos públicos.

A premente necessidade de recursos para se cumprir com o mínimo dos direitos conferidos ao cidadão, pela Constituição Federal, faz com que o Estado tenha que trabalhar entre duas balizas. A primeira diz respeito à necessidade de se obter recursos para o cumprimento de seus objetivos, quais sejam, saúde, educação, previdência social e etc; já a segunda é a observância da vedação do uso dos tributos com efeito de confisco.

Necessário o elucidamento do momento em que há a transposição da tributação legítima para o confisco. Qual seria o quantum necessário para que um tributo seja considerado como sendo confiscatório?

O artigo 150, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil, traz importante garantia fundamental que impõe limitação ao poder de tributar dos entes federados. Trata-se de vedação a “utilizar tributo com efeito de confisco”. A proibição constitucional do confisco visa a proteger o contribuinte de majoração indiscriminada dos tributos pelos entes federativos, de modo que a apropriação por parte do Estado de seu patrimônio ou rendimentos, pela suportabilidade da carga tributária, dê-se de forma justa, viabilizando-se a consecução de valores protegidos em nosso texto constitucional.

Como se vê, o referido princípio trata-se de cláusula aberta, veiculadora de conceito jurídico indeterminado. Ocorre que tal indeterminação acaba por levar ao subjetivismo e à

possibilidade de se especular sobre quais núcleos de valores o Constituinte Originário buscara proteger ao proibir o confisco pelo Estado no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal.

A indeterminação do conteúdo da norma constitucional traz mais. Deixa ao talante do governante do momento qual será a postura do Estado quanto ao que venha a ser o não-confisco, podendo alargar ou restringir seu alcance de acordo com sua vontade.

A Constituição Federal de 1988, em seus arts. 150 a 152, estabeleceu as limitações ao poder de tributar. Esses artigos são a reafirmação de direitos outrora concedidos historicamente aos indivíduos, limitando-se, assim, a ação estatal e reafirmando o exercício de Direitos Fundamentais.

Nesse sentido, a investigação do conjunto de normas que impedem o Estado de exercer a tributação ilimitadamente busca trazer à lume, dentro da sistemática constitucional, impedimentos diversos daqueles contidos no próprio Sistema Tributário Nacional, sem, contudo, abrir mão destes.

A doutrina nacional, fundada nas ponderações de Paulo de Barros de Carvalho acerca do tema, salienta, acerca da ausência dos parâmetros do que venha a ser confisco, o seguinte:

O problema reside na definição do conceito, na delimitação da ideia, como limite a partir do qual incide a vedação do art. 150, IV, da Constituição Federal. Aquilo que para alguns tem efeitos confiscatórios, para outros pode perfeitamente apresentar-se como forma lúdima de exigência tributária.

A temática sobre as linhas demarcatórias do confisco, em matéria de tributo, decididamente não foi desenvolvida de modo satisfatório, podendo-se dizer que sua doutrina está por ser elaborada. Dos inúmeros trabalhos de cunho científico, editados por autores do assim chamado direito continental europeu, nenhum deles logrou obter as fronteiras do assunto, exibindo-as com a nitidez que a relevância da matéria requer. Igualmente, as elaborações jurisprudenciais pouco têm esclarecido o critério adequado para isolar-se o ponto de ingresso nos territórios do confisco. Todas as tentativas até aqui encetadas revelam a complexidade do tema e, o que é pior, a falta de perspectivas para o encontro de uma saída dotada de racionalidade científica³³⁸.

³³⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 159.

Cumpra acrescentar que, em recente decisão, o STF, pelo voto do Min. Celso de Mello, no ARE 831.377 AGR/MG³³⁹, colocou-se a favor da impossibilidade de se delimitar, em abstrato, o conteúdo do artigo 150, IV, da Carta Magna:

A indeterminação conceitual da noção de efeito confiscatório gerado pela atividade impositiva do Estado, de um lado, e a ausência de uma definição normativa, em sede constitucional (como o fazia a Constituição de 1934, art. 184, parágrafo único), que permita quantificar, desde logo, valores considerados irrazoáveis, excessivos e comprometedores do patrimônio privado, de outro, atuam como causas que pré-excluem, em princípio, em sede recursal extraordinária, a possibilidade jurídica de aferir-se a efetiva ocorrência, em cada caso concreto, examinada a situação patrimonial individual do contribuinte, de vulneração ao postulado em referência.

Há vozes dissonantes na doutrina.

Segundo escólio de Ives Gandra da Silva Martins, o confisco ocorre quando se retira do indivíduo a capacidade de se desenvolver, ou seja, retira-se a possibilidade do contribuinte de utilizar seus recursos para as suas necessidades essenciais e para o seu desenvolvimento pessoal. É impossível, segundo Ives Gandra da Silva Martins, verificar a ocorrência do confisco a partir da análise individual de cada imposto, sendo, deste modo, necessário o exame da totalidade da carga tributária suportada por cada um dos contribuintes.

Na minha especial maneira de ver o confisco, não posso examiná-lo a partir de cada tributo, mas da universalidade de toda a carga tributária incidente sobre um único contribuinte.

Se a soma dos diversos tributos incidentes representa carga que impeça o pagador de tributos de viver e se desenvolver, estar-se-á perante carga geral confiscatória, razão pela qual todo o sistema terá que ser revisto, mas principalmente aquele tributo que, quando criado, ultrapasse o limite da capacidade contributiva do cidadão.

Há, pois, um tributo confiscatório e um sistema confiscatório decorrencial. A meu ver, a Constituição proibiu a ocorrência dos dois, como proteção ao cidadão.³⁴⁰

Da mesma acepção partilha Fábio Brun Goldschmidt quando diz não haver uma justificativa razoável para que a análise da carga tributária total seja feita de parâmetros diversos

³³⁹ ARE 831377 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 16/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 05-02-2015 PUBLIC 06-02-2015.

³⁴⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.) Direitos fundamentais do contribuinte. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 49.

ao do limite quantitativo. O limite da tributação deve ser o mesmo, não importante ser a partir de uma ou de todas as exações.

[...] justificativa de tratamento distinto para o limite quantitativo da tributação quando se está diante da análise da carga tributária total (soma de tributos e não um único tributo). O limite da tributação deve ser o mesmo, quer se trate de uma única exigência fiscal, quer se trate de diversas exigências, pois o que se tem em conta são os efeitos, e não a(s) causa(s) de geração da destruição da propriedade ou liberdade do particular³⁴¹.

O STF, a partir do voto do Min. Carlos Velloso na ADin 2010-2/DF³⁴² também defende a análise do confisco a partir da do total da carga tributária imposta ao contribuinte:

É que a Constituição não tolera a utilização de tributo com efeito de confisco. Como se chega a essa conclusão? Qual seria o conceito de tributo com efeito de confisco? O conceito é indeterminado, caso em que o juiz laborará em área que chamaríamos de “área cinzenta”. Em primeiro lugar, a questão, ao que me parece, deve ser examinada no conjunto de tributos que o servidor pagará, no seu contracheque, dado que se trata de tributo incidente sobre o vencimento, salário ou provento [...]. O efeito de confisco se caracterizaria, sobretudo, no fato, por exemplo, de o servidor, em razão da exigência fiscal, ter que se privar de bens ou utilidades de que vinha se utilizando [...]

A dificuldade de se estabelecer limites demarcatórios para a caracterização do confisco a partir da carga tributária total suportada por cada contribuinte esbarra em problemas como a tributação do consumo, onde a exação é cobrada, indiscriminadamente, de todos. Não há a observância de quaisquer parâmetros pessoais, havendo, na maioria dos casos, inclusive a inobservância de princípios constitucionais relevantes como da capacidade contributiva e da própria proibição de confisco.

Aliomar Baleeiro, ao analisar a Constituição de 1969, conceitua o confisco como sendo:

Dentre os efeitos jurídicos dos arts. 153, §§ 1o, 11 e 22, se inclui o da proibição de tributos confiscatórios, como tais entendidos os que absorvem parte considerável do valor da propriedade, aniquilam a empresa ou impedem exercício de atividade lícita e moral³⁴³.

³⁴¹ GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. O princípio do não-confisco no direito tributário. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2004. p. 283.

³⁴² ADI 2010 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/09/1999, DJ 12-04-2002 PP-00051 EMENT VOL-02064-01 PP-00086.

³⁴³ BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 564.

A invasão da propriedade do contribuinte – com a retirada de parcela considerável de seu valor – e o impedimento do exercício de atividade lícita, para Aliomar Baleeiro são características inerentes dos tributos confiscatórios. O direito de propriedade, como corolário da personalidade, já vem a sofrer certa limitação quando não cumprida a sua função social, podendo, desde que paga indenização em dinheiro, sofrer a desapropriação.

Sob esse ponto de vista, aquele dispositivo integra o sistema político e econômico da Constituição, que garante o direito de propriedade, salvo desapropriação mediante prévia e justa indenização em dinheiro (153, § 22) e até impõe ao legislador ordinário a justiça social e a função social da propriedade (art. 160, III). Destarte, a Constituição faz da propriedade privada um atributo da personalidade humana e uma condição de progresso de todos os indivíduos, embora sujeite, por isso mesmo, o uso desse direito a uma função social (art. 160, III)³⁴⁴.

Para Aliomar Baleeiro a propriedade desde que dividida entre vários proprietários nunca poderia vir a sofrer confisco na esfera tributária. A integração da personalidade humana na propriedade acaba por revesti-la de elemento que suplanta uma análise sob a ótica da justiça tributária. Como atributo de sua humanidade, a propriedade representaria a potencialização do humano em cada um dos membros da sociedade, buscando-se, com isso, atingir um bem maior, qual seja o interesse comum³⁴⁵.

A Corte Constitucional, altamente influenciada pelo liberalismo, havia delimitado a ação do Estado em impor tributos apresentando como critérios impeditivos ao poder de tributar a liberdade do trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade³⁴⁶.

O voto do Min. Orosimbo Nonato³⁴⁷, expunha o pensamento dominante à época:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o

³⁴⁴ BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. Ibidem. pp. 564-565.

³⁴⁵ BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. Ibidem. pp. 564-565.

³⁴⁶ BILAC PINTO, Olavo. Finanças e Direito. A crise das finanças. Os limites do poder fiscal do Estado. Uma nova doutrina sobre a inconstitucionalidade das leis fiscais. Revista Forense, São Paulo, vol. 140, p. 552, jan. 1940.

³⁴⁷ Recurso Extraordinário nº 18.331. Relator Ministro Orosimbo Nonato. Publicado ADJ de 10 ago. 1953, p. 2356. DJ 08 nov. 1951, p.10865.

conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode-se acender não somente considerando a letra, o texto, como, também, e principalmente, o espírito e o dispositivo invocado.

Deve-se sublinhar que o conceito clássico de confisco, até meados do século passado, tinha um viés patrimonialista, deixando de lado outros valores constitucionalmente protegidos como a liberdade e a dignidade da pessoa humana para dar primazia à ideia de transferência compulsória de propriedade privada ao Estado.

O avanço do STF no controle da proibição de confisco, como se pode observar na sequência, forneceu um modelo essencialmente material e pragmático de controle da constitucionalidade das normas confiscatórias: desde que haja elementos restringidos no patrimônio e na renda, justifica-se um controle da constitucionalidade a partir dos parâmetros fornecidos pelos direitos fundamentais envolvidos (substância desses direitos), mediante a estruturação aqui defendida de que o que decidirá verdadeiramente as controvérsias será a prevalência material dos interesses constitucionais fundamentais. Portanto, nas palavras do Min. Celso de Mello, no julgamento da ADI 1.075-MC³⁴⁸, passa-se a definir a proibição constitucional do confisco como:

[...] a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade, da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas.

Por fim, e não menos importante, Ricardo Lobo Torres afirma que a vedação ao confisco representa a defesa da liberdade tratando-se de mera imunidade fiscal, nada se relacionando com os princípios vinculados à justiça ou mesmo à segurança jurídica.

A proibição de imposto com efeito de confisco é mera imunidade fiscal, e não simples princípio jurídico vinculado à justiça ou à segurança jurídica. Imuniza contra a cobrança de tributos a propriedade privada considerada em sua totalidade, pois o Estado não pode utilizar o poder fiscal para aniquilar a liberdade individual, que não sobrevive sem aquele direito. A propriedade privada, sendo direito fundamental, exhibe como predicado ou qualidade a

³⁴⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.075-MC. Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 24-11-2006 PP-00059 EMENT VOL-02257-01 PP-00156 RTJ VOL-00200-02 PP-00647 RDDT n. 139, 2007, p. 199-211 RDDT n. 137, 2007, p. 236-237

impossibilidade de ser atingida em seus limites máximos pelo exercício do poder tributário³⁴⁹.

Para Ricardo Lobo Torres a fundamentação da proibição de se utilizar tributos com efeito de confisco encontra-se antes do pacto constitucional. A liberdade, consubstanciada no direito de propriedade é o que impede o Estado de avançar com a tributação nos valores historicamente protegidos.

O fundamento da proibição de utilizar tributos com efeito confiscatório — como o de qualquer outra imunidade — está na liberdade preexistente ao pacto constitucional; consubstancia-se no direito de propriedade, sendo uma sua qualidade. Expressa-se, topograficamente (art. 150, III, CF), como contraponto da norma fundamental que assegura a propriedade privada, embora limitada em sua função social (art. 5º, itens XXII, XXIII e XXIV da Cf). A propriedade privada é, como veremos adiante, ambivalente: ao mesmo tempo em que fornece o substrato por excelência para a imposição fiscal, exibe a barreira contra o tributo no seu contorno máximo. O relacionamento entre tributo e direito de propriedade é tão profundo, como já examinamos antes, que o poder fiscal encontra raízes na autolimitação da propriedade, não sendo mais admissível cogitar-se de uma reserva de fiscalidade ilimitada em favor do Estado³⁵⁰.

As liberalidades que preexistem ao pacto constitucional são aquelas defendidas por Locke, sendo considerados como direitos humanos ou naturais, tratando-se, portanto, de uma reserva conferida pelo direito natural a todo homem contra o poder estatal.

A imunidade é a positivação de uma decisão política no texto da Constituição tratando-se, assim, de uma valoração acerca de matéria de interesse público, como é o caso do rol contido no artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal. Com relação ao confisco, todavia, não se trata de uma valoração, mas sim da aplicação lógica do instituto com vista a proteger o indivíduo da tributação exagerada.

Locke defendeu a propriedade como sendo um direito inerente ao homem:

Tudo isso evidencia que, embora as coisas da natureza sejam dadas em comum, o homem, sendo senhor de si mesmo e proprietário de sua própria pessoa e das ações de seu trabalho, tem ainda em si a justificação principal da propriedade; e aquilo que compôs a maior parte do que ele aplicou para o sustento ou o conforto de sua existência, à medida que as invenções e as artes

³⁴⁹ TORRES, Ricardo Lobo. Os direitos humanos e a tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 128.

³⁵⁰ TORRES, Ricardo Lobo. Os direitos humanos e a tributação. Ibidem. pp. 128-129.

aperfeiçoaram as condições de vida, era absolutamente sua propriedade, não pertencendo em comum aos outros³⁵¹.

A visão de Ricardo Lobo Torres é liberal, pois a propriedade, como expressão da liberdade do indivíduo como entendida por Locke, deve ser protegida por ser anterior ao pacto constitucional e pertencer a todos os cidadãos.

5.3. O Confisco no Brasil, um panorama geral

A discussão acerca do tamanho da carga tributária brasileira é assunto que recorrentemente é trazido como um dos responsáveis pela baixa eficiência do Brasil no campo produtivo assim como pela inadequação do perfil socioeconômico nacional.

Os efeitos obtidos a partir da tributação devem ser positivos gerando-se receitas para cobrir os serviços públicos oferecidos à população, e, também a possibilidade de investimentos financiados pelos produtos tributários. Contudo a tributação pode originar efeitos nefastos, gerando injustiças por meio de distorções como a inobservância da capacidade contributiva do indivíduo, sendo muitas vezes regressiva ao invés de progressiva.

A tributação pós-Constituição de 1988 concentrou-se no aumento de receita em detrimento da melhoria de questões de distribuição e de eficiência. Isto se deu em decorrência do aumento do papel assistencialista do Estado com a transferências de montantes crescentes de recursos para estados e municípios em decorrência da assunção por estes entes de maiores responsabilidades.

Por esse motivo restou à União uma menor parcela das receitas disponíveis, sendo-lhe preferível, assim, a escolha de uma solução que desse prioridade a uma maior arrecadação a um menor custo. A alternativa pelo uso crescente de contribuições sociais, altamente produtivas em termos de geração de receita e não compartilhadas com estados e municípios, foi a solução encontrada para tentar reduzir o déficit das contas públicas. Contudo, as distorções geradas pelas contribuições sociais são enormes, principalmente quanto às associadas aos tributos cumulativos.

³⁵¹ LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo Civil e outros Escritos. Ibidem. p. 108.

O aumento da carga tributária se deu principalmente por meio de tributos cumulativos sobre o consumo, como é o caso da COFINS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, além do incremento do Imposto de Renda das Pessoas Físicas sem que houvesse por longos períodos de tempo a correção monetária da tabela de isenções, progressividade e deduções do próprio imposto.

Assim fica claro que desde a redemocratização os governos que se sucederam não conseguiram combater a concentração de renda e a má distribuição de recursos para o pleno desenvolvimento do país.

Independente do matiz ideológico dos governos que se sucederam, as mudanças foram insuficientes para combater a desigualdade e erradicar a pobreza extrema. Este fato, infelizmente, é de fácil constatação, tendo em vista a profunda crise econômica e social por que passamos.

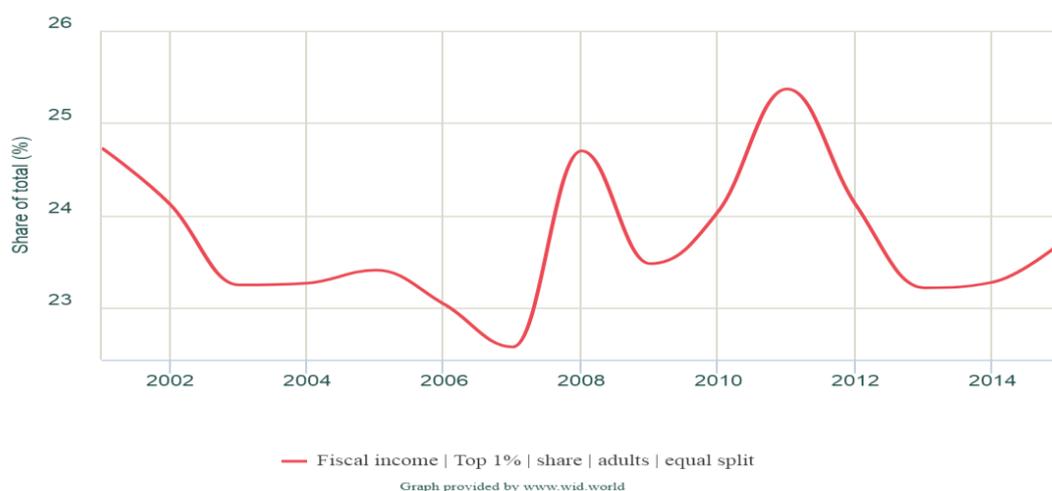
O artigo 3º da Constituição Federal apresenta um guia acerca das nossas urgências, não havendo nada mais premente do que o cumprimento dos claros objetivos ali contidos, já que muito poucos avanços tivemos no que diz respeito à concretização dos objetivos da República Federativa do Brasil, mesmo passados quase 30 anos da promulgação da Constituição Federal.

Podemos afirmar que a situação, tendo em vista a atual crise fiscal que assola o país, acabou por deteriorar a efetivação de direitos garantidos constitucionalmente como saúde pública, previdência social, educação – áreas que não poderiam sofrer qualquer tipo de contingenciamento no repasse de verbas.

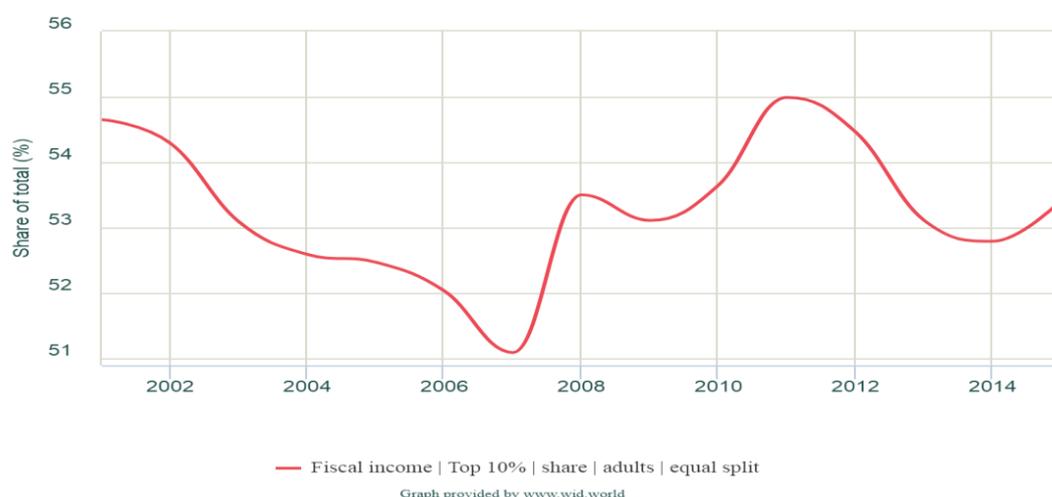
Atualíssimo estudo do *World Wealth and Income Database* deixa claro que não houve alegada diminuição da desigualdade no período compreendido entre os anos de 2001 e 2015. Pelo contrário, os 10% mais ricos da população aumentaram sua fatia na renda nacional de 54% para 55%, enquanto os 50% mais pobres ampliaram sua participação de 11% para 12% no período³⁵².

³⁵²Disponível em: <<http://wid.world/country/brazil/>> Acesso em 16/09/2017.

Top 1% fiscal income share, Brazil, 2001-2015



Top 10% fiscal income share, Brazil, 2001-2015



O Brasil, mesmo sendo uma das dez economias mais ricas do mundo, de acordo com informações obtidas do Banco Mundial³⁵³, possui uma das maiores concentrações de renda do planeta. Apesar da melhoria no Coeficiente de Gini – de 0,60 para 0,55 no período de 1995 a 2009 –, a concentração de renda em nosso país equipara-se às regiões mais miseráveis do mundo³⁵⁴.

Assim, há que se encarar os erros nas políticas públicas de distribuição de renda, muito causados pelo desacerto de nosso sistema tributário que onera mais os pobres do que os

³⁵³ Banco Mundial, World Development Indicators Database. Disponível em <http://siteresources.worldbank.org/DATASTATISTICS/Resources/GDP_PPP.pdf>. Acesso em 18/09/2017.

³⁵⁴ PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Relatório do Desenvolvimento Humano 2009. Coimbra, Edições Almedina, 2009. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2009_PT_Complete.pdf>

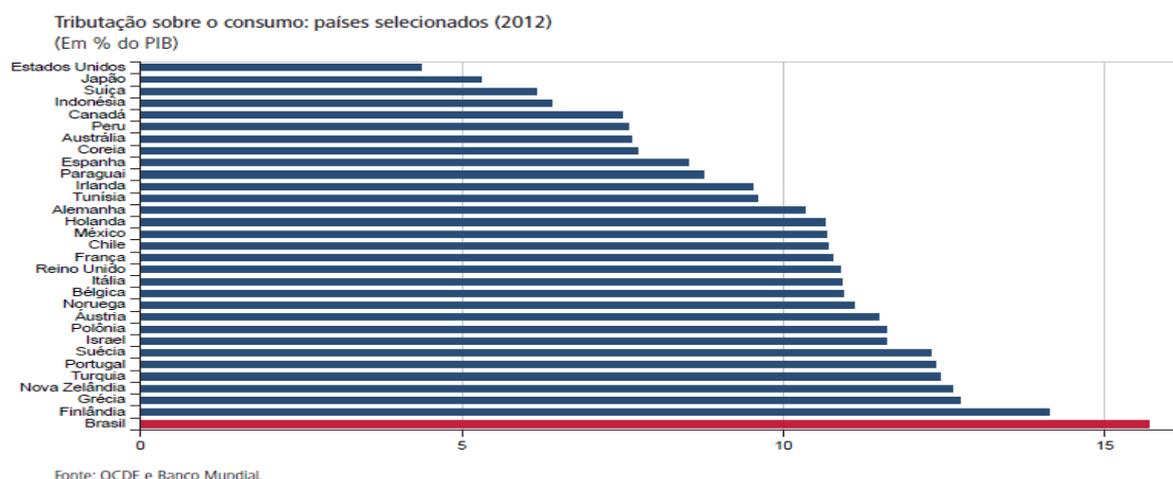
mais ricos, concentrando a tributação no consumo e deixando de taxar mais a renda e o patrimônio não originários do trabalho, como aluguéis, aplicações financeiras, lucros e dividendos.

A carga tributária brasileira no período compreendido entre 1995 a 2008, saltou de 27% para 35% do PIB³⁵⁵, aumentando a taxaço, principalmente, sobre tributos indiretos e cumulativos, que acabam por onerar mais a produção, o trabalhador e os mais pobres. A tributação do consumo é uma das mais altas do mundo e, em contraposição, temos a mais baixa tributação sobre a renda, algo em torno de 28%³⁵⁶.

Nos países que compõem a OCDE, entretanto, a situação é inversa, representando os tributos incidentes sobre o consumo em média 31,9% da carga tributária e, os impostos sobre a renda, 34,9%³⁵⁷.

Segundo o gráfico abaixo, com informações obtidas a partir de estudos da OCDE e do Banco Mundial, o Brasil é o país que mais onera o consumo.

Gráfico 1³⁵⁸



³⁵⁵ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Disponível em https://www.oecd.org/ctp/tax-global/BRAZIL_PT_country%20note_final.pdf. Acesso em 18/09/2017.

³⁵⁶ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Disponível em https://www.oecd.org/ctp/tax-global/BRAZIL_PT_country%20note_final.pdf. Acesso em 18/09/2017.

³⁵⁷ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Disponível em https://www.oecd.org/ctp/tax-global/BRAZIL_PT_country%20note_final.pdf. Acesso em 18/09/2017.

³⁵⁸ RABELLO, Gabriel Gouvêa; OLIVEIRA, José Maria. Tributação Sobre Empresas No Brasil. 2015. p. 41.

Disponível em: <

http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5714/1/Radar_n41_tributa%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em 10/09/2017.

É que quanto mais pobre é o indivíduo, mais sua renda é corroída pelos gastos com o consumo não restando sobra a ser protegida e multiplicada no mercado financeiro ou por meio de outros investimentos. Assim, onera-se o mais pobre em detrimento do mais rico, fato este que deixa claro que o nosso sistema tributário é regressivo e sujeito à concentração de renda.

Tabela 01³⁵⁹: Brasil - Distribuição da Carga Tributária Bruta (segundo faixa de salário mínimo).

Renda Mensal Familiar Salário Mínimo	Carga Tributária Bruta 2004	Carga Tributária Bruta 2008	Dias Destinados ao Pagamento de Tributos
até 2	48,8	53,9	197
2 a 3	38,0	41,9	153
3 a 5	33,9	37,4	137
5 a 6	32,0	35,3	129
6 a 8	31,7	35,0	128
8 a 10	31,7	35,0	128
10 a 15	30,5	33,7	123
15 a 20	28,4	31,3	115
20 a 30	28,7	31,7	116
Mais de 30 SM	26,3	29,0	106
	32,8	36,2	132

Fontes: Carga Tributária por faixas de renda, 2004: Zockun et alli (2007); Carga Tributária Bruta 2004 e 2008: CFP/DIMAC/IPEA.

A tributação, como pode se ver na tabela acima, atinge o patamar de 53,9% da renda de um indivíduo que recebe até 2 salários mínimos, havendo uma diminuição da carga tributária conforme cresce a renda auferida pelo indivíduo.

Logo, o brasileiro mais pobre, tendo em vista a carga tributária por ele suportada, vive em situação de constante confisco, pois sua renda, já insuficiente para fazer frente aos seus gastos ordinários, acaba sendo desproporcionalmente atingida para o pagamento dos tributos.

Há, também, que se salientar que a alta carga tributária atenta contra o mínimo existencial, pois o Estado brasileiro, mesmo não conseguindo atender as necessidades básicas da população, seja na saúde, educação, previdência e demais gastos sociais, continua a tributar desproporcionalmente indivíduos que não possuem meios de subsistência minimamente digna.

A discussão, que não é exclusivamente do Brasil, mas de todos os países que adotaram a política do *Welfare State*, é como conseguir equilibrar os gastos com a receita de

³⁵⁹ Disponível em: <

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/231054/comunicado_da_presidencia_n22.pdf?sequence=2>
. Acesso em 10/09/2017.

tributos em declínio, sem que haja a redução de direitos sociais e o abandono de políticas assistenciais necessárias à manutenção da vida de milhões de pessoas.

Não há Estado Social sem que haja, paralelamente, o Estado Fiscal. Os altos custos diante da dimensão positiva dos direitos sociais exigem que seja feita uma escolha racional a partir das prioridades que se apresentam, de quais direitos deverão ser atendidos e quais sacrifícios deverão ser feitos para o bem da coletividade.

Bresser-Pereira, alertado do esgotamento do *Welfare State*, já aduzia a necessidade de serem feitas reformas para a manutenção dos direitos sociais.

O surgimento do Estado do Bem-Estar para garantir os direitos sociais, e o papel cada vez maior que o Estado assumiu ao promover o crescimento econômico e a competitividade internacional, tornaram evidente o caráter do Estado como res publica. E implicaram um aumento considerável da cobiça de indivíduos e de grupos desejosos de submeter o Estado a seus interesses especiais. A privatização da carga fiscal (forma principal da res publica) passava a ser o principal objetivo dos rent-seekers.

À medida que a proteção aos direitos públicos passava a ser dominante em todo o mundo, foi-se tornando cada vez mais claro que era preciso refundar a república; que a reforma do Estado ganhava uma nova prioridade; que a democracia e a administração pública burocrática — as duas instituições criadas para proteger o patrimônio público — tinham de mudar: a democracia devia ser aprimorada para se tornar mais participativa ou mais direta; e a administração pública burocrática devia ser substituída por uma administração pública gerencial³⁶⁰.

As escolhas a serem feitas devem, necessariamente, considerar que a manutenção do Estado Social demanda uma alta carga tributária para fazer frente aos gastos com saúde, educação, assistência social e previdência. O aumento da expectativa de vida³⁶¹, a diminuição da taxa de natalidade³⁶² e a decorrente inversão da pirâmide demográfica³⁶³ certamente levarão os gastos públicos a subir, sendo necessário, para combater a total falência do Estado, uma

³⁶⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1998/A_reforma_do_Estado_dos_anos_90.pdf>. 1998. p. 61. Acesso em 18/09/2017.

³⁶¹ Banco Mundial. Disponível em: <<https://data.worldbank.org/indicador/SP.DYN.LE00.IN?locations=BR>>. Acesso em 17/09/2017.

³⁶² Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Disponível em: <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-brutas-de-natalidade.html>>. Acesso em 18/09/2017.

³⁶³ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000014425608112013563329137649.pdf>> 2013. p. 32. Acesso em 18/09/2017.

melhoria profunda do sistema tributário de modo a torná-lo mais eficiente e, principalmente, mais justo.

6. CONCLUSÃO

1. O Estado Liberal, em decorrência da sua pouca intervenção na vida social, não conseguiu atender as novas demandas impostas pela sociedade, em especial pelas classes operárias, que clamavam por um alargamento das atribuições do Estado e pelo reconhecimento dos direitos sociais.

2. O Estado Social tem como incumbência responder pelas demandas sociais, deixando de ser expectador e passando a ser agente interventor quanto aos objetivos acrescidos pelas demandas sociais nas constituições. O ordenamento jurídico deixa, deste modo, de ser estrutural e passa a ser funcional.

3. O tributo, que no liberalismo tinha a função meramente contraprestacional, remunerando os serviços públicos desempenhados pelo Estado somente na medida do benefício obtido pelo indivíduo, com um viés claramente contratualista, passa a ser considerado, no Estado Social, como sendo um dever fundamental do cidadão em decorrência da necessidade de recursos para o cumprimento do alargamento das atribuições estatais. O exercício dos direitos fundamentais deve ser custeado pelas receitas obtidas dos tributos amealhados da sociedade, sendo possível, através da tributação, o Estado intervir na ordem econômica e social a fim de cumprir com os seus objetivos.

4. O Estado Total pretende absorver a vida social criando órgãos estatais técnicos para o exercício e, posteriormente, eliminação dos direitos individuais. A tecnocracia inaugura um novo tipo de sociedade onde os direitos fundamentais, assim como os direitos de liberdade, são retirados gradativamente em favor de um Estado controlador de todas as manifestações sociais. A perda da humanidade no processo, ou a “banalização do mal”, nas palavras de Hannah Arendt, são a demonstração clara da alteração do homem como fim em si mesmo, conforme Kant, para o homem-supérfluo. A massa reprime o pensamento individual em favor de uma forma de histeria coletiva que possibilita a ocorrência do assassinato em escala industrial. O confisco é utilizado como forma de sanção e perseguição das minorias.

5. O retorno ao Estado Social democrático, no pós-guerra, aumenta a busca por políticas e serviços públicos que venham a cumprir os mandamentos constitucionais quanto ao atendimento dos direitos fundamentais. Os Estados, em decorrência da alta demanda por serviços públicos, começam a entrar em crise por falta de recursos e realizam uma guinada para o liberalismo, conhecido como o neo-liberalismo.

6. É premente, então, a necessidade de recursos para o Estado dar efetividade às atribuições que lhe foram imputadas, cumprindo com os direitos conferidos ao cidadão pela Constituição Federal, devendo trabalhar entre duas balizas. A primeira diz respeito à necessidade de se obter os recursos necessários para o cumprimento de seus objetivos, quais sejam, saúde, educação, previdência social e etc; a segunda é a observância da vedação do uso dos tributos com efeito de confisco.

7. O artigo 150, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil, traz importante garantia fundamental que impõe limitação ao poder de tributar dos entes federados. Trata-se de vedação que proíbe “utilizar tributo com efeito de confisco”. A proibição constitucional do confisco visa a proteger o contribuinte da majoração indiscriminada dos tributos pelos entes federativos, de modo que a apropriação por parte do Estado de seu patrimônio ou rendimentos, pela suportabilidade da carga tributária, dê-se de forma justa, viabilizando-se a consecução de valores protegidos em nosso texto constitucional.

8. O princípio do não-confisco trata-se de cláusula aberta, veiculadora de conceito jurídico indeterminado, levando o intérprete ao subjetivismo e à possibilidade de se especular sobre quais núcleos de valores o Constituinte Originário quis proteger ao proibir o confisco pelo Estado.

9. O mínimo existencial, como representação da dignidade da pessoa humana, estabelece o limite inferior do que cada ser humano necessita para viver com dignidade. Na Alemanha, a Corte Constitucional entendeu que o limite inferior representaria a menor prestação recebida pelo indivíduo da previdência social. No Brasil, o STF define o mínimo existencial como o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade.

10. A dignidade da pessoa humana, como critério delimitador do confisco, garante a proteção do mínimo existencial, funcionando como barreira intransponível além da qual não pode avançar o Fisco, sob pena de inviabilizar a existência digna do cidadão.

11. Os Estados, em decorrência da alta demanda por serviços públicos, começam a entrar em crise por falta de recursos e realizam uma guinada para o liberalismo, conhecido como o neo-liberalismo. Dá-se o aumento da carga tributária, principalmente por meio de tributos cumulativos sobre o consumo.

12. Há, portanto, erros nas políticas públicas de distribuição de renda, muito pela oneração demasiada dos mais pobres em detrimento dos mais ricos, concentrando-se a tributação no consumo, deixando de taxar apropriadamente a renda e o patrimônio não originários do trabalho, como aluguéis, aplicações financeiras, lucros e dividendos, fato este que torna nosso sistema tributário regressivo e sujeito à concentração de renda.

13. O brasileiro mais pobre, tendo em vista a carga tributária por ele suportada, vive em situação de constante confisco, pois a sua renda, já insuficiente para fazer frente aos gastos ordinários, acaba sendo consumida demasiadamente para o pagamento dos tributos, fato este que atenta contra a proteção do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia. Lisboa: Editorial Presença. 2. ed. volume VIII. 1978.

ACCIOLI, Wilson. Teoria Geral do Estado. Rio de Janeiro: Forense. 1985.

ADEODATO, João Maurício. A Retórica Constitucional. São Paulo: Saraiva. 2010.

AGANBEM, Giorgio. Estado de Exceção. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros. 2008.

_____. Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 94.

AMERY, Jean. At the Mind's Limits. Bloomington: Indiana University Press. 1980.

ARENDT, Hanna. As origens do Totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras. 1998.

_____. Eichmann em Jerusalém. São Paulo: Companhia das Letras. 2013.

ARISTÓTELES. A Política. São Paulo: Edipro. 2009.

ATALIBA, Geraldo. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo. RT. 1968.

BALERA, Wagner. O Princípio fundamental da promoção do bem de todos. In.: VELLOSO, Caio Mário da Silva et alii. (coord.) Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex. 2005.

BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. 7. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de e BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís

Roberto (Org.) A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BECHO, Renato Lopes. Filosofia do Direito Tributário. São Paulo: Saraiva. 2009.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Estado de Exceção Permanente. São Paulo: Azougue Editorial. 2004.

BERGEL, Jean-Louis. Teoria geral do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BILAC PINTO, Olavo. Finanças e Direito. A crise das finanças. Os limites do poder fiscal do Estado. Uma nova doutrina sobre a inconstitucionalidade das leis fiscais. Revista Forense, São Paulo, vol. 140, p. 552, jan. 1940.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. São Paulo: Malheiros. 2009.

_____. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. São Paulo: Malheiros. 2001.

_____; ANDRADE, Paes. História Constitucional do Brasil: Paz e Terra. 1991.

BUFFON, Marciano. Tributação e Dignidade Humana: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAENEGEM, R. C. van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva. 2012.

CHEVALLIER, Jaques. O Esplendor do Estado de Direito. Belo Horizonte: Forum. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva. 2009.

CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Direito. São Paulo: Saraiva. 2007.

DELALANDE, Nicolas. Les Batailles de L'Impôt. Paris: Éditions du Seuil. 2011.

DEL VECCHIO, Giorgio. Teoria do Estado. São Paulo: Saraiva. 1957.

DERZI, Misabel. Família e Tributação. A vedação constitucional de se utilizar o tributo com efeito de confisco In Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1989.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas. 2014.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Direito Constitucional Tributário e “due process of law”. Rio de Janeiro: Forense. 1986.

FALCÃO, Amílcar. Introdução ao Direito Tributário. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder – formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Editora Globo. 2013.

FINNIS, John. Lei Natural e Direitos Naturais. São Leopoldo: Editora Unisinos. 2007.

FREUD, Sigmund. *Psicologia das Massas e Análise do Eu e Outros Textos*. São Paulo: Companhia das Letras. 2011.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. São Paulo: Gen. LTC, 2014.

FRYE, Bruce B. *Liberal Democrats in the Weimar Republic*. Estados Unidos: Southern Illinois University. 1985.

GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. *O princípio do não-confisco no direito tributário*. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, CARNIO, Henrique Garbellini. *Teoria Política do Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: SRS Editora, 2017.

Häberle, Peter. *El Estado Constitucional*. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Lisboa: Edições 70. 2009.

HAYEK, Friedrich. *Law, Legislation and Liberty*. Londres: Routledge. 1998.

_____. *O Caminho da Servidão*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises do Brasil. 2010.

HARTMANN, Nicolai. *Ética*. Madrid: Ediciones Encuentro. 2011.

HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou. 1968.

HERKENHOFF, João Baptista. Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos. São Paulo: Acadêmica, 1994. 1 v.

HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 20ª ed. 1998.

HESSEN, Johannes. Filosofia dos Valores. Coimbra: Armênio Amado, Editor, Sucessor. 5ª ed. 1980.

JEFFERSON, Thomas. Political Writings. Cambridge: Cambridge University Press. 1999.

JELLINEK, Georg. Teoria General del Estado. Buenos Aires: Editorial Albatroz. 1970.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KAUFMANN, Arthur. Filosofia del Derecho. Bogotá: Univesidad Externado de Colombia. 2002.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

KERVÉRGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt. Barueri: Manole. 2006.

KEYNES, John Maynard. As Consequências Econômicas da Paz. São Paulo: UNB. 2002.

_____. Teoria Geral do Emprego, do Juro e do Dinheiro. São Paulo: Editora Nova Cultural. 1996.

KIRCHHOF, Paul. Tributação no Estado Democrático. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009.

LAFER, Celso. A soberania e os direitos humanos. Lua Nova, n. 35. 1995.

LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo Civil e outros Escritos. Petrópolis: Vozes. 2001.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito. São Paulo: Saraiva. 2011.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. O Federalista. Campinas: Russell. 2005.

MAIHOFER, Werner. Estado de Derecho Y Dignidad Humana. Buenos Aires: B de F editorial. 2008.

MARCUSE, Herbert. La Sociedad Industrial Y El Marxismo. Buenos Aires: Editorial Quintarúa: 1969.

_____. Guerra, tecnologia y Fascismo. Medellín. Editorial Universidad de Antioquia: 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; CASTILHO, Ricardo (Org.). Direito Tributário e Direitos Fundamentais: Limitações ao Poder de Tributar. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012.

_____. Direitos fundamentais do contribuinte. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. O Manifesto Comunista. São Paulo: Companhia das Letras. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 2014. 9ª ed.

MIRANDA. Francisco Pontes de. Sistema de Ciência Positiva do Direito. Campinas: Bookseller. 1 volume. 2ª ed. 2005.

MIRANDA, Jorge. Formas e Sistemas de Governo. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

MORAIS, José Luis Bolzan de. As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Coimbra: Almedina. 1ª ed. 3ª reimpressão. 2002.

NABUCO, Joaquim. O Abolicionista. São Paulo: Ipê – Instituto Progresso Editorial, 1949.

NEUMANN, Franz. Behemoth – Pensamiento y acción en el nacional-socialismo. México: Fondo de Cultura Económica. 1983.

_____. Estado Democrático e Estado Autoritário. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1969.

NOGUEIRA, Ataliba. O Estado é meio não fim. São Paulo: Saraiva. 1955.

ORTEGA Y GASSET, José. A rebelião das massas. São Paulo: Martins Fontes. 2ª ed. 2007.

PALIER, Bruno et ali. A Long Goodbye to Bismarck? Amsterdam: Amsterdam University Press. 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. São Paulo: Saraiva. 2014.

PIKETTY, Thomas. El Capital en el Siglo XXI. México: Fondo de Cultura Económica. 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. Democracia, Liberdade, Igualdade. Campinas: Borsoi. 2002.

REALE, Miguel. Teoria do Direito e do Estado. São Paulo: Saraiva. 2005.

_____. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva. 19^a ed. - 3^a tiragem., 2002. p. 208.

REICH, Wilhelm. Psicologia das Massas do Fascismo. São Paulo: Martins Fontes. 1988.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. Liberdades Públicas. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ROSANVALLON, Pierre. A Crise do Estado-Providência. Goiânia: UFG. Brasília: UnB, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHELER, Max. Da Reviravolta dos Valores. Petrópolis: Editora Vozes. 2012.

SCHMITT, Carl. Constitutional Theory. Londres: Duke University Press. 2008.

_____. Teologia Política. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

_____. O Conceito do Político: Belo Horizonte. Del Rey. 2009.

_____. Dictatorship. Cambridge: Polity Press. 2014.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros. 2008.

_____. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 22. ed. 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros. 2ª ed., 2010.

SMEND, Rudolf. Constitución Y Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1985.

SOUZA, Rubens Gomes de, Compêndio de Legislação Tributária. São Paulo: Póstuma. 1981.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2006.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. Justiça Fiscal e o Princípio da Capacidade Contributiva. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. Sistemas Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. Os direitos humanos e a tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Renovar. 2013.

VELLOSO, Roberto Carvalho. Crimes Tributários. São Paulo: Quartier Latin. 2011.

VERDÚ, Pablo Lucas. La Lucha por El Estado de Derecho. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España. 1975.

WEBER, Max. Economia e Sociedade Vol. II. São Paulo: Ed UNB. 2004.

XAVIER, Alberto. Os Princípios da legalidade e da tipicidade da tributação, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1971.