

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

**BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CRORE DA GRAÇA
MOURA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie da Graça Moura; Flavia Piva Almeida Leite; Heron José de Santana Gordilho – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-486-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Princípios. 3. Direitos Humanos. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Este volume se inicia com o artigo PARTICIPAÇÃO, ACESSIBILIDADE E A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, das professoras Flávia Piva Almeida Leite e Caroline Kraus Luvizotto, ambas doutoras em Direito, que discutem a participação, a acessibilidade digital e a efetiva inclusão social das pessoas com deficiência física.

A seguir, o professor doutor Heron José de Santana Gordilho, coordenador do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Bahia, apresenta, juntamente com o mestrando do seu programa, Yuri Fernandes Lima, o artigo A REGULAMENTAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS COMO ALTERNATIVA PARA GARANTIR O MÍNIMO EXISTENCIAL DE DIREITOS, que reivindica a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas como alternativa para garantia do mínimo existencial dos direitos fundamentais.

A professora Adriane Patrícia dos Santos Faria, do Curso de Direito do UNILAVRAS e Alline Luiza de Abreu Silva, tutora do EAD do Curso de Administração Pública, apresentam o artigo denominado A CRIANÇA E O ADOLESCENTE: UM CONTEXTO DA PROCLAMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS VIOLAÇÕES, que analisa o Direito da Criança e do Adolescente a partir do princípio da proteção integral e das violações desses direitos fundamentais.

Na sequência, a professora Meire Aparecida Furbino Marques, doutoranda em direito da PUC/MG, no artigo A LAICIDADE DO ESTADO E A EXPOSIÇÃO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS EM PRÉDIOS PÚBLICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, analisa - a partir da proteção do direito do cidadão de expressar a sua religiosidade nos termos da lei - os limites do Estado nos países expressamente laicos.

O professor Doutor Francivaldo Gomes Moura, da Universidade Federal de Campina Grande, em A DIGNIDADE HUMANA: UMA PERSPECTIVA DE LIGAÇÃO ENTRE O CIDADÃO E O ESTADO DE DIREITO, aborda a relação entre a cidadania, a dignidade humana e o Estado de Direito, reivindicando a função estrutural do Direito de assegurar a dignidade da pessoa humana, servindo como filtro contras as injustiças, arbitrariedades, abusos e retrocessos sociais.

Avançando os trabalhos, a professora Débora Silva Melo, da Universidade Federal de Viçosa, campus Rio Paranaíba, Doutoranda em Direito Público pela PUC/Minas, em artigo intitulado ABORTAMENTO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA E DE DIREITO COMPARADO ACERCA DA RECENTE DECISÃO DO STF NO HABEAS CORPUS RJ 124.306 PELA BUSCA DO QUE RESTOU ENCRIPADO, à luz da Teoria Crítica de Ricardo Sanín Restrepo, analisa a decisão do STF no Habeas Corpus RJ 124.306 que reacendeu o debate sobre o aborto no Brasil.

Finalizando as apresentações, Dalvaney Aparecida de Araújo e Erica Patricia Moreira de Freitas, mestrandas em Direito pela Universidade de Itaúna/MG, em A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA NAS REDES SOCIAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU DISCURSO DO ÓDIO? , analisam a liberdade de expressão e o discurso de ódio nas redes sociais, a partir do caso Kaylane, a criança que sofreu uma agressão física por pertencer à uma religião de matriz africana.

Coordenadores(as):

Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie da Graça Moura (UMinho)

Heron José de Santana Gordilho (UFBA)

Flávia Piva Almeida Leite (UNESP)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS E O MÍNIMO EXISTENCIAL DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**
**TAX ON LARGE FORTUNES & EXISTENTIAL MINIMUM OF FUNDAMENTAL
RIGHTS**

Heron José de Santana Gordilho ¹
Yuri Fernandes Lima ²

Resumo

O artigo defende a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas como alternativa para garantir o mínimo existencial de direitos. Trata-se de pesquisa teórica de revisão bibliográfica. Inicialmente analisa a mudança do paradigma hermenêutico do Direito. Após, analisa duas concepções de ponderação de princípios. Em seguida, aborda o ativismo judicial e a teoria da escassez de recursos. Além disso, analisa a teoria do mínimo existencial de direitos e a inaplicabilidade da reserva do possível no Brasil. Por fim, propõe a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas como alternativa para o financiamento da garantia do mínimo existencial de direitos no Brasil.

Palavras-chave: Hermenêutica pós-positivista, Direitos fundamentais, Substancialismo, Ativismo judicial, Mínimo existencial, Reserva do possível

Abstract/Resumen/Résumé

The article advocates the tax on large fortunes as an alternative to guarantee the existential minimum of rights. It is a theoretical research of bibliographical revision. Initially it analyzes the change of hermeneutic paradigm of Law. After, it analyzes two conceptions of pondering principles. It then approaches judicial activism, linking it to the theory of resource scarcity. In addition, it analyzes the theory of the existential minimum of rights and the inapplicability of the reserve for contingencies in Brazil. Finally, it proposes the tax on large fortunes as an alternative to guarantee of the existential minimum of rights in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Post-positivist hermeneutics, Fundamental rights, Substantialism, Judicial activism, Existential minimum, Reserve for contingencies

¹ Pós-doutor pela Pace University Law School (NY). Doutor em Direito Animal pela UFPE. Coordenador do PPGD/UFBA. Professor da UCSAL. Promotor de Justiça Ambiental em Salvador/BA. E-mail: heron@ufba.br

² Mestrando em Direito no PPGD/UFBA. Pós-Graduado em Meio Ambiente e Sociedade pela FESPSP. Advogado. E-mail: yuri.fernandes.lima@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a defender a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas como uma possível alternativa para garantir o mínimo existencial de direitos fundamentais que devem ser assegurados pelo poder público a todos os cidadãos brasileiros.

Primeiramente, analisaremos a influência do paradigma cartesiano no Direito e a posterior mudança desse paradigma, com repercussão na hermenêutica jurídica, culminando com a normatização dos princípios, que teve como objetivo garantir maior proteção aos direitos fundamentais.

Após, na seção seguinte, analisaremos duas concepções dos direitos fundamentais, quais sejam, o relativismo e o substancialismo, e defenderemos esta última concepção, na medida em que deve ser garantido o mínimo existencial de direitos fundamentais.

Na seção posterior, abordaremos a judicialização da política, situando-a historicamente e verificando as possíveis consequências negativas desse fenômeno, a partir da teoria da escassez de recursos.

Em seguida, defenderemos o mínimo existencial de direitos fundamentais e a inaplicabilidade da reserva do possível no Brasil, país com extrema desigualdade social e maioria da população sem acesso às mínimas condições dignas de existência. Demonstraremos que se trata, em verdade, de ausência de vontade política, e não de escassez de recursos.

Por fim, como forma de solução desse aparente impasse, proporemos a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas, previsto na Constituição Federal de 1988, mas até hoje não implantado, de modo a aumentar a arrecadação do Estado. A arrecadação proveniente desse tributo deverá ser investida em políticas públicas que visem à redução da desigualdade social, atingindo, assim, o objetivo precípua do constituinte, qual seja, a distribuição de renda, alcançando, ainda, a justiça tributária e a justiça social e a função social do tributo e a função social do Estado.

2 A EVOLUÇÃO DA TEORIA HERMENÊUTICA NO SÉCULO XX: BREVES CONSIDERAÇÕES

Inicialmente, cumpre falar brevemente sobre a evolução da hermenêutica jurídica para que se possa entender também a evolução do entendimento acerca dos princípios, o que é fundamental para o presente artigo.

Para o estudo de qualquer campo de conhecimento, é imprescindível reconhecer a importância decisiva do filósofo francês da Idade Moderna René Descartes (1596-1650), que foi o responsável pela instituição de um novo paradigma no pensamento contemporâneo: o cartesianismo. O mecanicismo, o reducionismo e a fragmentação cartesianos impregnaram toda a ciência e, conseqüentemente, todo o modo de pensar e de agir da contemporaneidade, determinando decisivamente a dicotomia sujeito-objeto que caracteriza o modo de organização racionalista da ciência, da saúde, da economia e de todos os demais campos do conhecimento humano.

Nos séculos XVI e XVII, a noção medieval de um universo orgânico, vivo e espiritual foi substituída pela metáfora moderna de um mundo-máquina, que se inicia com Copérnico, Galileu e Newton. Estes séculos, que os historiadores denominam Idade da revolução Científica, vão assistir a Bacon apresentar um novo método científico baseado na descrição matemática da natureza e a Descartes conceber o método analítico de raciocínio (CAPRA, 1982).

O mesmo ocorreu com o Direito, que foi classificado como ciência e racionalizado cartesianamente, separando-se sujeito (aplicador da norma) e objeto (caso concreto), na vã tentativa de encontrar um aplicador neutro diante do caso concreto e um método hermenêutico que atingisse a certeza dos resultados. Portanto, o Direito, influenciado pelo cartesianismo, pretendeu a criação de um sistema jurídico lógico, de acordo com a qual o jurista fosse educado com a ideia correta.

Todavia, essa concepção moderna do Direito fracassou, pois o método das ciências naturais não se lhe aplica. Em verdade, o método cartesiano não foi benéfico para qualquer ciência ou campo do saber, na medida em que essa separação fictícia entre sujeito e objeto ocasionou uma visão equivocada do mundo e isso pode ser percebido pela nova mudança paradigmática que vem ocorrendo (CAPRA, 1982).

O questionamento do paradigma cartesiano no Direito pode ter dado causa à chamada “virada hermenêutica”, como se pode observar em vários autores, como Niklas Luhmann e até mesmo Hans Kelsen, cuja obra e cujo pensamento continham elementos pós-modernos a despeito da intenção de salvar a pureza científica do Direito.

Todavia, aqui destacamos o pensamento de Hans-Georg Gadamer, especialmente em sua importante obra *Verdade e método*, em que o referido autor defende que os fenômenos da compreensão e da interpretação do que foi compreendido são menos um problema de método científico, com a finalidade de alcançar o conhecimento e a verdade, “já que pertencem claramente ao todo da experiência do homem no mundo.” (GADAMER, 1998, p. 31).

A hermenêutica gadameriana é brilhante ao reconhecer que a função do intérprete é criar o sentido da lei de acordo com a sua visão de mundo ou, ainda, encontrar na lei a justificativa para a sua visão de mundo. É evidente, assim, que o operador não é imparcial na aplicação da norma, ou seja, a neutralidade racionalista, cientificista e cartesiana esperada do Direito não existe. E isso por uma razão muito simples: a separação sujeito e objeto é uma ficção.

Para Streck (2004), a hermenêutica de Gadamer é crítica por ser produtiva, e não reprodutiva do sentido da norma (texto jurídico-normativo), o que está baseado em uma profunda dialética. Além disso, a hermenêutica gadameriana é crítica, e não idealista ou realista, pois o “intérprete não está fora da história efectual [...] uma vez que o sujeito não é uma mônada; o sujeito é ele e sua possibilidade de ser-no-mundo, é ele e suas circunstâncias, enfim, é ele e sua cadeia signifiante” (STRECK, 2004, p. 224). Com isso rompe-se a dicotomia epistemológica cartesiana sujeito-objeto, a partir da qual o sujeito racionalmente determina o objeto.

No mesmo sentido, Häberle (1997) destaca que a interpretação é um processo aberto e não um processo de submissão passiva. “A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção.” (HÄBERLE, 1997, p. 30).

Assim é que é possível afirmar que a aplicação da norma ao caso concreto é manifestação de vontade, escolha do aplicador. Novamente, o próprio Kelsen entendeu que a interpretação é um ato de vontade.

De fato, segundo Solon, “Ao contrário da doutrina tradicional, que via na interpretação do direito uma atividade intelectual, para Kelsen, o processo hermenêutico é um ato de vontade que acompanha cada etapa do processo de produção do direito.” (SOLON, 1997, p. 136).

É importante, a esta altura, trazer outras contribuições da obra *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão* de Ari Marcelo Solon, posto que sua teoria da soberania parte da análise dos pensamentos opostos de Hans Kelsen e Carl Schmitt.

A par da mencionada posição de Kelsen sobre a volitividade e não racionalidade da hermenêutica jurídica, Schmitt afirmava que o normativismo ou positivismo da República de Weimar, uma vez que não era fundado em um direito natural ou racional, não passava de um decisionismo degenerado e juridicamente cego, submetido à força normativa fática das normas vigentes, que em si eram contraditórias (SOLON, 1997).

Para Solon, o erro de Schmitt foi não perceber, ou não querer perceber que, precisamente por se afastar do direito natural e do direito racional, o conceito de normatividade tornou-se exclusivamente dependente da vontade, levando ao decisionismo. (SOLON, 1997).

Por outro lado, para Mascaro (2013), a teoria do decisionismo é o marco de maior originalidade teórica de Schmitt, pois “ultrapassou-se uma barreira formal, meramente normativa, para se chegar a um núcleo decisional, que concentra o poder enquanto ato originário de seguir a regra ou rompê-la, criando a exceção.” (MASCARO, 2013, p. 411).

Para Schmitt a justiça está antes do direito positivo e suas categorias são intocáveis pela vontade do homem, cabendo ao jurista velar por isso, sob pena de se tornar um servo do poder (BACHOF, 2009).

É importante destacar que durante o julgamento pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg dos crimes de guerra e contra a humanidade, durante a Segunda Guerra Mundial, constatou-se que esses crimes foram cometidos sob a égide da lei, e isto representou um marco para a hermenêutica e para a filosofia jurídicas, na medida em que levou à alteração do status jurídico dos princípios que passaram a ser considerados norma.

Não foi por outra razão que Schmitt preocupou-se em dar aos direitos fundamentais uma efetiva proteção, inabalável pelo sabor das circunstâncias históricas e legais. Como afirma Alexy (2015), a teoria da garantia dos institutos, desenvolvida por Schmitt, consiste em uma proibição endereçada ao legislador contra a eliminação ou a alteração substancial de determinadas competências dos cidadãos (ALEXY, 2015).

Para Gordilho (2009), entender o direito natural pode ser útil para entender os princípios, uma vez que ambos possuem uma alta carga valorativa que exige a sua inviolabilidade e a sua indisponibilidade, salvo em casos excepcionais; acima de todo ordenamento jurídico há princípios e valores que tornam ilegítimo todo ato de injustiça, ainda que tal ato esteja de acordo com uma lei válida e vigente. Além disso, o direito natural procura garantir o que é universal e comum a todos os homens, como o direito à vida, à liberdade e à integridade física, em oposição ao direito positivo (GORDILHO, 2009).

Destarte, o decisionismo encontra, nesse novo paradigma, óbice em princípios jurídicos intangíveis, ou normas supra-ordenadas à Constituição (BACHOF, 2009). Na verdade, alguns princípios podem ser considerados postulados, ou seja, normas de segundo grau ou metanormas (ÁVILA, 2011).

Assim, se por um lado o paradigma cientificista cartesiano não dá conta do Direito, uma vez que o Direito não pode funcionar como uma máquina que gera soluções certas e infalíveis, criadas por um aplicador apartado dos valores envolvidos no caso concreto, as decisões, em verdade, resultariam de atos de vontade no processo de interpretação da norma. O paradigma exclusivamente volitivo, que exclui a razão das decisões, não dá conta da realidade do mundo e abre a possibilidade de, sob a égide da lei, se praticar de crimes contra a humanidade. Nesse contexto, o novo paradigma da normatividade dos princípios surge para garantir ao ser humano condições mínimas de uma existência digna.

Porém, como se verá nas próximas páginas, é preciso dar eficácia aos princípios, sob pena de se incorrer novamente no mero decisionismo volitivo e arbitrário, e essa eficácia só é possível mediante a persuasão racional.

3 A DISTINÇÃO ENTRE A TEORIA RELATIVISTA E A SUBSTANCIALISTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O jurista alemão Robert Alexy é mundialmente conhecido por sua teoria dos princípios, tendo se tornado uma referência internacional quanto à questão dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, especialmente no que tange à forma de resolução de conflitos entre os princípios através da ponderação.

A base da teoria dos princípios constitui a distinção teórico-normativa entre regras e princípios. Regras são normas que consistem em mandatos definitivos e sua forma de aplicação é a subsunção. Já os princípios são “mandatos de otimização”, que exigem que algo seja feito na medida possível e que se leve em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, de modo que a ponderação deve ser a forma específica da aplicação dos princípios (ALEXY, 2011).

Os princípios, portanto, para Alexy (2011), podem ser sopesados, mas não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. Os princípios devem ser aplicados aos casos concretos, mediante regras de colisão (ALEXY, 2011).

Humberto Ávila critica a teoria de Alexy (2015), argumentando que a definição de princípios como normas que sempre devem ser submetidas à ponderação pode conduzir – e tem conduzido no Brasil – a certo “relativismo axiológico” (ÁVILA, 2011), o que bem permite o descarte de princípios fundamentais.

Enquanto a posição teórica baseada no conflito e na força normativa conduz à definição de princípios como normas com eficácia provisória dependente da ponderação, a posição teórica calcada na justificação leva à caracterização dos princípios como normas prescritivas de fins a serem atingidos e que servem de fundamento para a aplicação de outras (ÁVILA, 2011).

A definição dos princípios como “mandatos de otimização” (ALEXY, 2011) leva à conexão necessária entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade, o qual, por sua vez, subdivide-se em três subprincípios: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Dessa forma, em cada caso concreto de conflito entre direitos fundamentais, devem ser aplicados esses subprincípios.

Os subprincípios de idoneidade e necessidade referem-se à otimização das possibilidades fáticas, enquanto que o subprincípio de proporcionalidade em sentido estrito refere-se à otimização das possibilidades jurídicas.

Segundo essa teoria, nenhum princípio é absoluto, já que, em caso de conflito de princípios de direitos fundamentais, o julgador deverá, mediante a técnica de ponderação, eleger qual deles deverá prevalecer.

Para isso, entretanto, o juiz deverá justificar racionalmente sua decisão, por meio de um processo argumentativo, o que levou Alexy a desenvolver uma teoria da argumentação. Para ele a persuasão racional legitimará o Judiciário a escolher o princípio que prevalecerá em caso de conflito concreto entre eles.

Partindo da linha de pensamento proposta por Alexy (2015), em contraposição a Streck (2004), para quem a discricionariedade judicial sempre será decisionista, Marmelstein (2012) advoga a inafastabilidade da ponderação de valores, indissociável do ato de decidir, e a sua devida fundamentação. Dentro da perspectiva da hermenêutica gadameriana, Marmelstein compreende que toda decisão envolve uma escolha, mas defende que o juízo de ponderação pode ser bem fundamentado. A discricionariedade judicial (liberdade para decidir) não leva, necessariamente, a uma *katchanga*¹, pois discricionariedade não é sinônimo de arbitrariedade,

¹ Warat havia desenvolvido a metáfora do “jogo da Cachangá” com um objetivo diferente daquele que usei no post. A intenção original era criticar a dogmática jurídica pela sua capacidade de se adaptar às circunstâncias, criando “coringas” (a Katchanga Real) para salvar as teorias em situações problemáticas. Assim, a dogmática

mas é preciso decidir conforme os princípios fundantes do direito e mediante a devida fundamentação. Assim, as decisões devem ser principiologicamente guiadas a partir do problema jurídico concreto, não bastando invocar um princípio e concluir que a decisão está fundamentada (MARMELSTEIN, 2012).

Seguindo esse mesmo raciocínio de Marmelstein (2012), Ávila (2011) considera que a ponderação tem um sentido amplo de sopesamento de razões, internas ou externas, presente na interpretação de qualquer tipo de norma, quer seja uma regra, quer seja um princípio.

Para Ávila isso fica evidente quando se verifica que os estudos sobre a ponderação invariavelmente procuram harmonizá-la com os postulados de razoabilidade e da proporcionalidade, direcionando a ponderação mediante a utilização dos princípios constitucionais fundamentais. Nesse aspecto, a ponderação, como mero método ou ideia geral despida de critérios formais ou materiais, é muito mais ampla que os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

Como se viu na seção precedente, o novo paradigma da normatividade dos princípios substituiu o paradigma volitivo e decisionista, o qual, por sua vez, já havia substituído o paradigma cientificista cartesiano, o que demonstra a constante evolução do Direito e dos seus métodos de interpretação.

Dentro desse contexto, em caso de conflito entre princípios de direito fundamental, é necessário que o aplicador faça uma “escolha trágica” (CALABRESI; BOBBITT, 1978) e utilize a técnica alexyana da ponderação. Contudo, da mesma forma que é necessário evitar-se o decisionismo na aplicação do Direito, a fim de dar eficácia ao paradigma da normatividade dos princípios, é preciso utilizar a técnica da persuasão racional da ponderação.

Contudo, Amaral (2001) observa a dificuldade do uso de técnicas sofisticadas, tais como a tópica e a ponderação de valores, em um país pouco acostumado à práxis jurídica no campo dos direitos fundamentais, havendo o risco de mero subjetivismo sob o discurso tópico (AMARAL, 2001).

Assim, a teoria de Alexy (2015) é subjetivista ou relativista (BAHIA, 2014), uma vez que nenhum princípio ou regra é absoluto, posto que, nos casos de conflito entre princípios em determinado caso concreto, não é possível que ambos prevaleçam, de modo que a técnica

seria “um jogo de cartas marcadas. E quando alguém consegue entender ‘as regras’, ela mesma, a própria dogmática, tem sempre um modo de superar os paradoxos e decidir a ‘coisa’ ao seu modo...”. [...] Assim, a intenção original de Warat, ao formular a metáfora da Katchanga, era denunciar tanto essa maleabilidade utilizada pelos juristas para salvar as aparências teóricas quanto a natureza decisionista da própria dogmática. (MARMELSTEIN, 2012, p. 01).

da ponderação pode ser utilizada para resolvê-lo e eleger o princípio que deve prevalecer no caso específico.

Esse debate é central para o problema apresentado neste artigo: qual o direito fundamental deve prevalecer nos casos de conflitos decorrentes da escassez de recursos? Para Amaral: “Alexy tem em mente a concorrência por recursos escassos, gerando conflitos entre direitos. Todavia, ao tratar da colisão de direitos fundamentais a questão dos meios materiais não é destacada.” (AMARAL, 2001, p. 127).

Em contraposição à concepção subjetivista ou relativista está a concepção objetivista ou substancialista, para a qual os direitos fundamentais não são negociáveis, dividindo-se os objetivistas em radicais e moderados. Para os primeiros, nenhum direito é negociável, enquanto que para os últimos há um “mínimo existencial de direitos” e um reconhecimento implícito da “reserva do possível” (BAHIA, 2014), conceitos que serão esmiuçados mais adiante.

Além disso, consoante observa Costa (2015), “o substancialismo vincula-se à ideia de promover a concretização dos direitos fundamentais por meio de uma função destacada dos órgãos jurisdicionais” (COSTA, 2015, p. 95).

Os substancialistas concebem ser devida “qualquer prestação relacionada a um direito fundamental individual ou coletivo, na esteira da previsão de que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’ (CF, art. 5º, § 1º)” (BAHIA, 2014, p. 388) e defendem que “todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica e imediatamente aplicáveis nos limites dessa eficácia” (SILVA, 1998, p. 261).

Não obstante, Alexy (2015) é relativista e entende que os princípios possuem força *prima facie* e podem ser derrotados por princípios colidentes, uma vez que nenhum princípio é absoluto. A teoria substancialista, por seu turno, considera que a relatividade dos princípios não é uma característica necessariamente presente em todos os tipos de princípios, ou seja, os princípios possuem um “mínimo de eficácia” ou um “núcleo essencial ou inviolável”, isto é, possuem “anel central não passível de invasão” (ÁVILA, 2011).

Para Ávila a “ponderabilidade” no sentido restrito de capacidade de afastamento, ou a “defectibilidade” como “afastabilidade” por razões contrárias, não é um elemento essencial, definitivo, mas apenas contingente dos princípios (ÁVILA, 2011).

4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A TEORIA DA ESCASSEZ DE RECURSOS

O surgimento do chamado ativismo judicial ou da judicialização da política pode ser explicado pela perda da confiança da sociedade nos Poderes Legislativo e Executivo (BAHIA, 2014), somando-se a isso o ativismo do Ministério Público (AMARAL, 2001), situando-se historicamente, no Brasil, a partir da redemocratização, com os sucessivos e episódios de corrupção endêmica.

Nesse cenário, o Judiciário vem sendo obrigado a preencher as lacunas das políticas públicas que caberiam tanto ao Poder Legislativo quanto ao Executivo (CUNHA JÚNIOR, 2016), tendo tornado-se um “espaço de confronto e negociação de interesses” (GORDILHO, 2009, p. 89).

Até porque não se pode permitir que essas lacunas permaneçam e causem violações a direitos fundamentais. Conforme aponta Bahia (2014), o Judiciário deve assegurar direitos fundamentais exigíveis, “cuja negativa de concretização pelos demais Poderes deve ser considerada uma omissão culposa e juridicamente indevida” (BAHIA, 2014, p. 396).

Dessarte, se, por um lado, é vedado ao Judiciário imiscuir-se na discricionariedade administrativa, avaliando os juízos de oportunidade e conveniência, em obediência ao princípio da separação dos poderes, de outro lado também é certo que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser respeitado (CUNHA JÚNIOR, 2016), cabendo ao Judiciário agir em casos de omissão da Administração. Tem-se aqui, então, uma linha tênue que separa os limites de atuação de cada um dos Poderes.

De acordo com Ávila (2011), “o exercício das prerrogativas decorrentes do princípio democrático deve ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, especialmente porque restringe direitos fundamentais” (ÁVILA, 2011, p. 186).

Decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) têm sido proferidas no sentido de que o Poder Judiciário pode interferir em caso de omissão em política pública que comprometa direitos individuais ou coletivos, inclusive examinando razões de conveniência e oportunidade do administrador, impondo a vontade do constituinte.

Para Frischeisen (2000), “o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação das políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional” (FRISCHEISEN, 2000, p. 97).

É de suma importância ter isso em mente, considerando que o Estado (de exceção) se sobrepõe ao Estado de Direito e cabe ao Poder Judiciário, respaldado no princípio – norma – constitucional da separação e independência dos Poderes, fazer valer os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal (CF).

Para Schmitt, é clara a distinção entre o direito e a norma, de um lado, e o soberano e a política, de outro. O Estado e o poder estão acima do direito e das normas jurídicas e a exceção é o elo entre o poder soberano e o direito (MASCARO, 2013).

Em que pese ter sido formulada para tratar do Estado nazista, a concepção de Estado de exceção de Schmitt, no sentido de que o Estado coloca-se acima do Direito, aplica-se a diversos atos do Estado brasileiro contemporâneo.

Todavia, a despeito de todas as considerações até aqui tecidas, sustenta-se que os recursos são escassos e que, por isso, não é possível para a Administração, ainda que ela seja responsável e honesta, viabilizar as políticas públicas que asseguram a eficácia a todos os direitos fundamentais previstos na Constituição (AMARAL, 2001; BAHIA, 2014; CALABRESI; BOBBITT, 1978; HOLMES; SUSTEIN, 1999). Em outras palavras, se a Administração não arrecadar verbas suficientes, é materialmente impossível a consecução dessas políticas públicas: “Importa não apenas considerar a fundamentalidade do direito reclamado, mas as condições reais do sujeito obrigado a prestar o direito reclamado.” (BAHIA, 2014, p. 388).

Para Holmes e Sustain (1999), pessoas que vivem sob um governo incapaz de tributar e entregar um serviço eficaz não possuem direitos fundamentais. Um direito legal existe apenas quando ele tem uma previsão orçamentária (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p. 19, tradução nossa).

Bahia (2014) destaca decisão do STJ³, em que este entendeu que os “direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado [...] há de superar quaisquer espécies de restrições legais” (BAHIA, 2014, p. 393).

Ocorre que não se trata de um acordo com a teoria da escassez de recursos, ou de restrições legais, mas de restrições materiais. Vale dizer, se por um lado os Poderes Legislativo e Executivo não podem abster-se de elaborar políticas públicas que contemplem todos os direitos fundamentais, por outro lado esses mesmos Poderes não cumprem tal comando constitucional sob o argumento liberal de que não possuem recursos para tanto.

A perspectiva de que todos os direitos têm custos e que os recursos são escassos nos remonta à concepção de que todos os direitos são relativos, visto que nunca será possível atender a todos, de modo que o juiz deve sempre proceder à ponderação dos princípios aplicáveis em cada caso concreto.

³ Trata-se de trecho da ementa do acórdão prolatado nos autos do agravo regimental nº 888.325/RS.

Para refutar esta concepção liberal dos direitos fundamentais podemos partir do conflito entre microjustiça e macrojustiça (ÁVILA, 2011; BAHIA, 2014), levando em conta que o denominado “ativismo judicial ou a judicialização da política” tem gerado inúmeras decisões judiciais obrigando os demais Poderes a incorrerem em gastos específicos, gastos que beneficiam alguns indivíduos em detrimento da coletividade. Veja-se o exemplo de decisão judicial que determina o custeio de um tratamento médico experimental no exterior para um cidadão, mas cujo valor poderia atender a um grupo bem maior de pessoas.

Portanto, uma má aplicação dos recursos, por determinação do Poder Judiciário, por exemplo, que não teria as atribuições adequadas para tanto, pode produzir confusão e arbitrariedade e, em última análise, desservir aos mesmos direitos que pretende promover (HOLMES; SUSTEIN, 1999).

5 MÍNIMO EXISTENCIAL DE DIREITOS E INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA “RESERVA DO POSSÍVEL” NO DIREITO BRASILEIRO

A despeito da teoria da escassez de recursos e das possíveis consequências negativas da judicialização da política, como visto acima, fato é que compete ao Poder Judiciário preencher as lacunas da Administração e garantir a eficácia do mínimo existencial de direitos fundamentais a todos os cidadãos, já que essa foi a vontade do Constituinte. Assim, o mínimo existencial de direitos significa o direito a um mínimo de existência condigna (VIEIRA DE ANDRADE, 2009; PIMENTA, 2016, p. 231), proibida a regressividade negativa dos direitos fundamentais (COURTIS, 2006).

Viera de Andrade (2009), por outro lado, relata decisão que, com fundamento no princípio do Estado Social e no direito à vida e à integridade física, reconheceu o direito de um cidadão à cobertura pública das despesas com o tratamento de doença rara, embora esse tratamento não constasse da lista daqueles que poderiam ser custeados publicamente. O autor lembrou, ainda, jurisprudência do Tribunal alemão no sentido de que a reserva do possível, a que está sujeita a realização dos direitos sociais, define-se por “aquilo que os indivíduos podem razoavelmente exigir da comunidade” (VIEIRA DE ANDRADE, 2009, p. 375-376).

Destarte, a teoria da reserva do possível só pode cingir-se à “razoabilidade como equidade” (ÁVILA, 2011, p. 164), ou seja, o Estado apenas e tão-somente pode recusar-se a custear um direito fundamental se a pretensão estiver além daquilo que os indivíduos em geral

podem razoavelmente exigir do Estado, devendo, sempre, a decisão administrativa ser devidamente justificada e comprovada.

Já para Avila (2014), deve-se compreender a teoria da reserva do possível sob a égide dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sopesando-se os direitos constitucionais e o orçamento do Estado, sendo imprescindível a fundamentação e a comprovação da impossibilidade de atendimento dos direitos fundamentais, mas sempre com garantia de respeito ao mínimo existencial (AVILA, 2014).

Essa dimensão é de fulcral importância, pois se tem visto amiúde no Brasil a invocação da teoria da reserva do possível exclusivamente com a alegação de escassez de recursos, porém, sem as devidas justificação e comprovação, de modo a criar insegurança e caracterizar novamente o tão repugnado decisionismo.

Como sustenta Avila (2014), a teoria da reserva do possível deveria partir de um duplo aspecto: o fático (indisponibilidade de recursos) e o jurídico (ausência de autorização orçamentária do Legislativo). Todavia, ainda assim, incorrer-se-ia da mesma forma na negativa de direitos fundamentais, caso restassem justificados e comprovados ambos esses aspectos. Por isso que, no que se refere ao mínimo existencial de direitos, não é possível aplicar a teoria da reserva do possível.

Segundo as palavras de Avila, o mínimo existencial é o conjunto de direitos fundamentais que devem obrigatoriamente ser garantidos pelo Estado, não se lhe aplicando a teoria da reserva do possível (AVILA, 2014).

A inaplicabilidade da teoria da reserva do possível quanto ao mínimo existencial de direitos é ainda mais evidente em países como o Brasil, em que a desigualdade social é grande e a maioria da população ainda não tem garantidos os seus direitos fundamentais básicos, em patente contrariedade à disposição constitucional, sobretudo no que se refere ao princípio fundante da República que destina especial proteção à dignidade da pessoa humana, princípio este que está insculpido no artigo 1º, inciso III, da CF.

Segundo Andreas Krell (2002), esta teoria é “fruto de um Direito Constitucional equivocado”, pois não foi desenvolvida em países de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos, como o Brasil. Em oportuno paralelo, Krell observa que na Alemanha, de onde teria se originado a teoria em comento, “não há um grande contingente de pessoas que não acham uma vaga nos hospitais mal equipados da rede pública; [...] não há altos números de crianças e jovens fora da escola; [...] etc.” (KRELL, 2002, p. 108-109). Dessa forma, não sendo o mínimo existencial de direitos observado nesses países como o

Brasil, não se aplica a teoria da reserva do possível, utilizada em países desenvolvidos, que não conhecem referido conceito de mínimo existencial de direitos.

A dúvida lançada por Bahia (2014, p. 390) de que “as lições econômicas sobre a escassez acaso são privilégios de países desenvolvidos?” – é pertinente, embora acredita-se ser possível estabelecer prioridades e fazer escolhas não trágicas, o que não se tem visto no Brasil, em que se prefere gastar os recursos públicos com obras faraônicas para eventos esportivos, por exemplo, a investir mais em políticas públicas que visem às necessidades básicas das pessoas, ao menos, para aproximar-se do mínimo existencial de direitos.

Calabresi e Bobbitt (1978) destacam que: “Mais comum ainda, é que a escassez não é o resultado de qualquer falta absoluta de um recurso, mas sim da decisão de uma sociedade que não está preparada para renunciar a outros bens e benefícios em número suficiente para eliminar a escassez.” (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 22).

Isso põe em cheque a própria escassez de recursos como verdade absoluta e universal, por isso Amaral - embora defenda que “a escassez é intrínseca” aos recursos necessários à satisfação das necessidades públicas – lembra que a universalidade da educação na França e da Noruega, com melhor qualidade (AMARAL, 2001, p. 135). Importante destacar que tanto a França quanto a Noruega taxam grandes fortunas (KHAIR, [2008?], p. 03).

Evidentemente que esses dois países são ricos e já garantem o mínimo existencial de direitos aos seus cidadãos, porém, continuam escolhendo priorizar a satisfação das necessidades públicas fundamentais, assim como fez Estocolmo, capital da Suécia, ao recusar-se a sediar os jogos olímpicos de 2022 e optar por priorizar o investimento dos recursos públicos em habitação, desenvolvimento e previdência social.⁴

Tratando especificamente do Brasil, Amaral (2001) menciona que, dentre todos os países da América Latina, o Brasil é aquele com maior arrecadação, porém com o pior resultado de distribuição (AMARAL, 2001). E ainda confessa que, na verdade, se trata muito mais de má alocação de recursos do que de escassez.

Em verdade, o Brasil é um país com muita riqueza, com fartura, e sem escassez de recursos, pois tem o suficiente para garantir os direitos sociais a todos e a cada um dos cidadãos brasileiros. Escassa é a vontade política e farta é a corrupção, tema, aliás, que não se pode deixar de fora desse cálculo.

Um governo que implementa e protege os direitos, além disso, não pode fazê-lo, a menos que canalize receitas fiscais escassas para os usos públicos, e não para os bolsos de

⁴ Sobre essa questão, ver Dearo (2014, online).

funcionários corruptos (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p. 146), embora alguns juristas argumentem que não se pode opor o argumento da corrupção ao da escassez de recursos, pois um erro não pode justificar o outro.

Ademais, existem alternativas possíveis para resolver o impasse entre a suposta escassez de recursos e o atendimento do mínimo existencial de direitos, dentre as quais se pode mencionar decisão do STJ, que, ciente de que a Administração não possuía verba para cumprir referida decisão, determinou a inclusão da despesa no orçamento do ano seguinte (AVILA, 2014, p. 05-06).

6 PROPOSTA DE ALTERNATIVA POSSÍVEL: REGULAMENTAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS

A atuação do Estado na economia é necessária, pois só ele é capaz de arrecadar recursos mediante tributação e entregar soluções eficazes para a garantia dos direitos fundamentais. Para Piketty (2014), o imposto é a mais importante questão, pois sem ele não pode haver destino comum para a sociedade. O autor menciona que cada transformação política da história foi acompanhada por uma revolução fiscal, citando como exemplos o desaparecimento do Antigo Regime, acompanhado da instituição de um regime fiscal universal e moderno, e o nascimento da Revolução Americana, a partir da necessidade dos colonizados de estabelecer seus próprios impostos. “[...] o desafio essencial permanece o mesmo: fazer com que os cidadãos possam escolher soberana e democraticamente os recursos que desejam dedicar aos projetos comuns: educação, saúde, aposentadoria, desigualdade, emprego, desenvolvimento sustentável etc.” (PIKETTY, 2014, p. 480-481).

Partindo da linha de raciocínio exposta acima por Piketty, a CF, em seu artigo 153, inciso VII, dispôs que “Compete à União instituir impostos sobre: [...] grandes fortunas, nos termos de lei complementar.”

No entanto, desde a promulgação da CF de 1988, esta lei complementar ainda não foi aprovada, não obstante existirem vários projetos de lei apresentados com essa finalidade, de modo que a União deixa de arrecadar vultosos recursos que poderiam ser investidos em políticas públicas para garantir os direitos fundamentais da população brasileira.

Com efeito, a instituição do imposto sobre grandes fortunas contribuirá diretamente para uma melhor e mais efetiva distribuição de renda e, conseqüentemente, para a redução da desigualdade social, inclusive “impondo diretamente o ônus tributário sobre as classes mais

abastadas [...] a implicar consecutivamente na possibilidade de diminuição da tributação indireta, esta que grava mais fortemente os estratos sociais menos favorecidos” (GRASSANO; CAMPOS, 2016, p. 333).

Após inúmeras tentativas de implementação do IGF no País, todos esses projetos, bem como a proposta de emenda à PEC 233/2008, têm como justificativa a redução das desigualdades sociais, uma vez que a tributação sintética do patrimônio é um mecanismo eficiente de redistribuição de renda (MARTINS; LOCATELLI, 2008, p. 155).

Esse imposto seria justificável por considerações de justiça, pois este tributo permite alcançar uma *equidade horizontal*, por garantir a tributação equivalente da capacidade contributiva fundada no patrimônio e da capacidade contributiva fundada na renda; e uma equidade vertical, por limitar a acumulação de riquezas, favorecendo a repartição desta e a redução da desigualdade (FERNANDES, 2005, p. 25-26; GRASSANO; CAMPOS, 2016, p. 334).

Aliás, o combate à desigualdade social por meio da distribuição de renda é o objetivo do imposto sobre grandes fortunas, tanto que o artigo 80, inciso III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) determina que o produto da arrecadação de referido tributo compoña o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (QUEIROZ; VALADÃO, 2016, p. 301).

O imposto sobre as grandes fortunas preserva a classe média, para que não se jogue sobre as suas costas mais esse imposto, mas sim sobre os ombros das grandes fortunas, dos grandes patrimônios, para que possamos construir uma nação em que não sejam tão violentos e tão fortes os contrastes sociais (MARIZ, 2006, p. 265).

Aguiar (2013) e Mota (2010) desenvolvem os conceitos de “extrafiscalidade”, “justiça tributária”, “função social do Estado”, “justiça social” e “função social do tributo”, para traduzir a ideia de que “um tributo não pode ter outro escopo que o de instrumentar o Estado a alcançar o bem comum” (CARRAZZA, 2009, p. 76) dedicando Mota (2010) um subcapítulo inteiro ao conceito de “justiça tributária” e concluindo que as razões sociais prevalecem sobre as econômicas para a instituição deste imposto (MOTA, 2010, p. 161).

Quanto à concentração de riquezas, à péssima distribuição de renda e à abissal desigualdade social no Brasil, é fato que uma pequena parcela da população detém a maior parte da riqueza, enquanto a maioria dos brasileiros vive na pobreza. Segundo Vilaverde (2008), no Brasil, os 10% mais ricos detêm mais de 75% da riqueza e têm uma carga

tributária proporcionalmente menor, o que agrava o quadro de desigualdade social (VILAVERDE, 2008).

Além disso, atualmente no Brasil 56% (cinquenta e seis por cento) dos impostos são cobrados sobre o consumo⁵, ou seja, são tributos indiretos, de forma que não dependem diretamente da renda ou do capital do contribuinte individual (PIKETTY, 2014, p. 481).

Dessa forma, na política tributária, a atuação do Estado tem contribuído para acentuar as desigualdades, já que “penaliza mais os mais pobres porque em nosso modelo prevalecem impostos sobre produção e consumo em detrimento dos impostos sobre renda e patrimônio”, segundo estudos do Conselho Federal de Economia (Cofecon)⁶.

Na mesma toada de aprofundamento da desigualdade social pelo Estado, presenciamos, nesse sombrio momento histórico, a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 241/2016, dando origem à Emenda Constitucional nº 95/2016, que estabeleceu teto para gastos de recursos com educação e saúde até 2036. Ao invés de o Legislativo regulamentar o imposto sobre grandes fortunas para aumentar a arrecadação e, com isso, aumentar os investimentos em educação e saúde, preferiu limitar os gastos nessas áreas.⁷

Nesse sentido, o Cofecon propõe elevar a tributação dos mais ricos, o que “seria mais eficiente por prejudicar menos o crescimento econômico, na medida em que preservaria mais a demanda, pois esses contribuintes não precisam retrair seu consumo se ganharem menos juros ou pagarem mais impostos”.⁸

Nesse contexto, é pertinente mencionar o conceito de “barganha social” (HOLMES e SUSTEIN, 1999), segundo o qual a parcela da sociedade que possui mais renda deve contribuir com mais impostos.

Isso porque, além da estabilização e da pacificação sociais, uma sociedade com boa distribuição de renda possui uma atividade econômica mais forte, com mais consumo, com mais produção e mais riqueza para todos.

O Senador Antonio Carlos Valadares (PSB-SE), autor do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 534/2011, que atualmente aguarda votação na Comissão de Assuntos Sociais do Senado, ressaltou sua intenção não só de criar um mecanismo de distribuição de renda, mas

⁵ Sobre essa questão, ver Olmedo (2015, online).

⁶ Sobre essa questão, ver matéria “Para Conselho Federal de Economia, PEC do teto de gastos amplia desigualdades”, em Época Negócios (2015, online).

⁷ O Conselho Federal de Economia (Cofecon) criticou a proposta, pois “joga o ônus do ajuste sobre as camadas mais carentes de recursos e de oportunidades e provoca redução de direitos sociais já alcançados dentre os estabelecidos em nossa Constituição”.

⁸ Sobre essa questão, ver Truffi (2015, online).

também de reforçar o financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS),⁹ ou seja, confirmou a finalidade precípua do imposto, que é a distribuição de renda, e ainda reforçou a tese aqui defendida no sentido de que é preciso aumentar a arrecadação para garantir o mínimo existencial de direitos, dentre os quais está a saúde.

Vários países do mundo possuem um imposto sobre grandes fortunas. Por exemplo, na Europa, Holanda, França, Suíça, Noruega, Islândia, Luxemburgo, Hungria e Espanha, e na América do Sul, Argentina, Uruguai e Colômbia, e em todos eles houve tendência de crescimento da arrecadação e do número de contribuintes, bem como desconcentração contínua de renda e riqueza. Reino Unido e Estados Unidos não possuem esse imposto, porém implementaram uma forte tributação sobre heranças, que contribui para equilibrar problemas distributivos (GRASSANO; CAMPOS, 2016, p. 337).¹⁰

O caso da França é particularmente analisado por Thomas Piketty em sua obra *O Capital no Século XXI*, que cita como um exemplo de sucesso a universalização da educação naquele país, a despeito da teoria da escassez de recursos, sucesso esse que se deve à taxação das grandes fortunas e à consequente desconcentração de renda.

Para Piketty (2014), a redução da desigualdade social na França durante o século XX foi, em grande medida, resultante da queda dos rentistas e do colapso das altas rendas do capital, consistindo em lição fundamental sobre a dinâmica histórica da distribuição da riqueza, o que se pode observar em todos os países desenvolvidos (PIKETTY, 2014).

É curioso que, diante do exemplo francês, para não falar dos demais, há quem se posicione contra o imposto sobre grandes fortunas com fundamento no argumento de que poucos países o adotaram e terminaram por abandoná-lo (MARTINS, 2008). Poucos, todavia, comentam e celebram o caso de sucesso da França, como é o caso de Piketty (2014).

A análise pormenorizada dos tributos assemelhados no Direito comparado foi feita por Sergio Ricardo Ferreira Mota em sua relevante obra sobre o tema *Imposto sobre grandes fortunas no Brasil: origens, especulações e arquétipo constitucional*.

Outros argumentos desfavoráveis, mencionados por Aguiar (2013, p. 187), consistem em “dificuldades de administração, arrecadação e aferição do patrimônio alvo” e “fuga de capitais, desestímulo à poupança e investimento de capitais em solo pátrio”. Contudo, esses argumentos não subsistem, pois, como demonstra Mota:

⁹Sobre essa questão, ver Agência Senado (2016, online).

¹⁰ Sobre essa questão, ver OLMEDO (ano) *Op. Cit.*

[...] a) quanto às dificuldades administrativas, é muito mais fácil a constatação do patrimônio do que a renda, e nem por isso se deixou de instituir o imposto sobre a renda; a declaração de bens atualmente utilizada no imposto sobre a renda pode ser aperfeiçoada e o valor dos bens atualizado, já a ocultação das *grandes fortunas* é muito mais difícil do que a ocultação de outros fatos tributáveis; b) quanto à redução da poupança interna e desestímulo ao investimento, se os muito ricos deixarem de poupar, pagarão impostos incidentes sobre o consumo cujas alíquotas seriam mais elevadas; e c) quanto ao resultado insignificante na arrecadação, não deveria ser considerado decisivo no Brasil, já que a concentração de riqueza no país é exagerada. (MOTA, 2010, p. 128-129)

Ainda quanto ao “dogma” da fuga de capitais, Mota (2010) bem observa que sempre se argumentou que a alta carga tributária no Brasil afugentaria os capitais do país, o que, no entanto, nunca se concretizou.

Como já informado por Rangel, referindo-se à teimosia dos “liberais tupiniquins”, a “tributação do capital ou patrimônio não causa, apenas por si, fuga de capitais, pois os capitalistas fundam suas decisões de investimento na rentabilidade líquida de suas aplicações e na estabilidade das regras do jogo.”
Sejam *dogmas* ou *argumentos ideológicos*, podem ser recomendadas contra tais construções desprovidas de “fundamentação histórica ou econômica” as leituras, conforme Godoi, “das estatísticas econômicas que mostram que, no período de 1945 a 1973 as economias capitalistas cresceram a taxas assustadoramente altas [...] e justamente neste período foi montado o aparato do *Welfare State*”. (MOTA, 2010, p. 133)

Khair ([2008?], p. 01) entende que o imposto sobre grandes fortunas, “em vez de afugentar, deve atrair mais o capital ao permitir a desoneração do fluxo econômico, gerando maior consumo, produção e lucros”.

Assim, os alegados óbices para a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas não passam de pretexto e, como dissemos acima, de falta de vontade política e deliberada intenção de manutenção do *status quo* de desigualdade extrema e alienação das massas, posição compartilhada por Mota:

Urge, dessa forma, atentar para o fato de que na atualidade vários desses interesses atuantes são guiados por uma ordem político-econômica internacional decorrente do regime de economia capitalista que prestigia o capital em detrimento, em especial, daquele indivíduo cuja força de mão de obra é, por natureza, necessária para a sua perpetuação. [...] por isso, a decisão política no sentido de se instituir ou não o Imposto sobre Grandes Fortunas está intimamente atrelada àqueles *conflitos* de interesses políticos. (MOTA, 2010, p. 97-98)

Na verdade, esses conflitos de interesses políticos ocorrem em escala mundial e forças muito poderosas atuam pela manutenção da histórica acumulação de riquezas por uma minoria de pessoas, de sorte que soa desnecessário argumentar que o imposto sobre grandes

fortunas não é instituído no Brasil muito menos em razão da experiência mal sucedida em outros países ou mesmo em virtude das supostas dificuldades e dos gastos com a administração e o controle do tributo em questão do que em razão da falta de vontade política do Poder Legislativo.

Nesse sentido, Balthazar escreve que a globalização política e econômica neoliberal reduziu o planeta a um cassino financeiro sem controle que, de repente, pode arrastar multidões à miséria absoluta, e defende que essa globalização deveria representar a união da família humana e não um mero processo de acumulação e ganhos para uma minoria e uma continuidade da exploração e da miséria da maioria. (MOTA, 2010, p. 121-122)

Como visto acima, o imposto sobre grandes fortunas pode ser destinado à erradicação da pobreza, cumprindo, pois, a sua função social. Dessa forma, erradicando-se a pobreza, estar-se-á garantindo o mínimo existencial de direitos fundamentais a cada cidadão brasileiro, homenageando a dignidade da pessoa humana prevista pela CF como fundamento da República Federativa do Brasil.

7 CONCLUSÃO

Portanto, acreditamos que é preciso propor como alternativa para garantir o mínimo existencial de direitos a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas, previsto na CF de 1988, que deverá vir acompanhada da redução de impostos que oneram os grupos sociais menos favorecidos.

Por fim, a arrecadação proveniente desse tributo deverá ser destinada ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, previsto pelo artigo 80, inciso III, do ADCT, como forma de assegurar o direito fundamental de todo cidadão brasileiro a um mínimo existencial.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Vinicius de. O imposto sobre grandes fortunas à luz dos preceitos constitucionais tributários. Argumenta: *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica* - Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. N. 19 (julho/dezembro). Jacarezinho, 2013, p. 179-201.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91, enero-abril (2011), p. 11-29. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1270&IDA=35741>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

ALEX, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AVILA, Kellen Cristina de Andrade. *A teoria da reserva do possível e as políticas públicas*. Conteúdo Jurídico, Brasília: 01 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47214&seo=1>>. Acesso em: 08 out. 2016.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009.

BAHIA, Saulo José Casali. *Judicialização da política*. II Jornada de Direito Constitucional. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília: ESMAF, 2014, p. 387-402.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Toronto: George J. McLeod Limited, 1978.

CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação*. São Paulo: Círculo do Livro, 1982.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2009.

COSTA, Frederico Magalhães. *Judicialização da Saúde: um estudo de caso à luz do Procedimentalismo, do Substancialismo e do Consequencialismo*. Salvador: Dois de Julho, 2015.

COURTIS, Cristian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Cristian. *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *A judicialização da política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional social e democrático de direito*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, v. 25, p. 149-169, 2016.

DEARO, Guilherme. Suécia recusa Jogos de 2022 para não usar dinheiro público. **Exame.com**, São Paulo, 23 jan. 2014. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/suecia-recusa-jogos-de-2022-para-nao-usar-dinheiro-publico/>>. Acesso em: 26 out. 2016.

FERNANDES, André Luis da Fonseca. Tributação sobre o patrimônio: o caso do imposto sobre grandes fortunas. *Revista de Direito Tributário da APET*, São Paulo, n.7, p. 13-36, 2005.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1998.

GORDILHO, Heron José de Santana. *Abolucionismo animal*. Salvador: Evolução, 2009.

GRASSANO G. MELO, Luciana.; CAMPOS, G. C. N. *A tributação sobre o patrimônio e a renda*: mais um caso de injustiça fiscal. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, v. 26, p. 329-347, 2016.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta aos Intérpretes da Constituição*: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução e nota prévia de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999.

Imposto sobre grandes fortunas aguarda votação na Comissão de Assuntos Sociais. *Agência Senado*, Brasília, 25 jul. 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/07/25/imposto-sobre-grandes-fortunas-aguarda-votacao-na-comissao-de-assuntos-sociais>>. Acesso em: 26 out. 2016.

KHAIR, Amir. *Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF)*. [2008?]. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/akhair190308_2.pdf>. Acesso em: 08 out. 2016.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MARIZ, Antônio. Imposto sobre grandes fortunas. In: LISBOA, Cláudia (Org.). *Perfil Parlamentar*. Brasília: Plenarium, 2006.

MARMELSTEIN, George. A Gênese da katchanga: uma resposta a Lênio Streck. Blog *Direitos Fundamentais*, Fortaleza: 11 fev. 2012. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2012/02/13/a-genese-da-katchanga-uma-resposta-a-lenio-streck/>>. Acesso em: 02 out. 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O imposto sobre grandes fortunas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1697, 23 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10977>>. Acesso em: 02 out. 2016

MARTINS, Rogério V. G. da Silva; LOCATELLI, Soraya D. Monteiro. O imposto sobre grandes fortunas. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CASTRO, Paulo Rabello de; _____ (Org.). *Tributos no Brasil*: auge, declínio e reforma. São Paulo: Fecomércio, 2008, p. 137-156.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. *Imposto sobre grandes fortunas no Brasil: origens, especulações e arquétipo constitucional*. São Paulo: MP Ed., 2010.

OLMEDO, Luiza Bulhões. A maioria dos países desenvolvidos taxa ou já taxou as grandes fortunas. *Sul21*, Porto Alegre, 05 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.sul21.com.br/jornal/a-maioria-dos-paises-desenvolvidos-taxa-ou-ja-taxou-as-grandes-fortunas/>>. Acesso em: 26 out. 2016.

Para Conselho Federal de Economia, PEC do teto de gastos amplia desigualdades. *Época Negócios*, São Paulo, 25 out. 2015. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2016/10/para-conselho-federal-de-economia-pec-do-teto-de-gastos-amplia-desigualdades.html>>. Acesso em 28 out. 2016.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PIMENTA, Paulo R. L. *Conceitos necessários à compreensão das contribuições para a seguridade social*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, v. 26, p. 26-51, 2016.

QUEIROZ, A. Z.; VALADÃO, M. P.; LOPES, R. M. A matriz constitucional do adicional de ICMS destinado aos fundos estaduais de combate à pobreza: questões controversas e a constitucionalização superveniente. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, v. 25, p. 299-328, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TRUFFI, Renan. Imposto sobre grandes fortunas renderia 100 bilhões por ano. *Carta Capital*, São Paulo, 03 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/economia/imposto-sobre-grandes-fortunas-renderia-100-bilhoes-por-ano-1096.html>>. Acesso em: 26 out. 2016.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VILAVERDE, Júlio. No Brasil 10% são donos de três quartos das riquezas. *Eco Debate*, 16 maio 2008. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2008/05/16/no-brasil-10-sao-donos-de-tres-quartos-das-riquezas/>>. Acesso em: 26 out. 2016.