

UNIVERSIDADE CESUMAR – UNICESUMAR
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A
TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO CONTRIBUINTE DO
IMPOSTO DE RENDA EM RELAÇÃO À SAÚDE**

MESTRANDO ANDRÉ RODRIGUES PEREIRA DA SILVA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

MARINGÁ - PR

2021

UNIVERSIDADE CESUMAR – UNICESUMAR
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A
TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO CONTRIBUINTE DO
IMPOSTO DE RENDA EM RELAÇÃO À SAÚDE**

Dissertação apresentado na Universidade Cesumar – Unicesumar, como requisito final para obtenção do título de Mestre em Direito no curso de Pós-graduação “*stricto sensu*” em Ciências Jurídicas. Linha de pesquisa: Linha II – Instrumentos de efetivação dos direitos da personalidade.

Orientadora: Prof. Dra. Juliana Marteli Fais Feriato

MARINGÁ - PR

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S586s Silva, André Rodrigues Pereira da.

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e a tutela dos direitos da personalidade do contribuinte do imposto de renda em relação à saúde / André Rodrigues Pereira da Silva. – Maringá-PR: UNICESUMAR, 2021.

101 f. ; 30 cm.

Orientadora Profa. Dra. Juliane Marteli Fais Feriato.

Dissertação (mestrado) – Universidade Cesumar - UNICESUMAR, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Maringá, 2021.

1. Direitos humanos. 2. Direitos da personalidade. 3. Direito à saúde. 4. Imposto de renda. 5. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. I. Título.

CDD – 341.27

Roseni Soares – Bibliotecária – CRB 9/1796
Biblioteca Central UniCesumar

Ficha catalográfica elaborada de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

ANDRÉ RODRIGUES PEREIRA DA SILVA

**O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A
TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO CONTRIBUINTE DO
IMPOSTO DE RENDA EM RELAÇÃO À SAÚDE**

Dissertação apresentada como requisito final à obtenção do título Mestre em Ciências Jurídica, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências Jurídicas, da Universidade Cesumar – Unicesumar, na linha de pesquisa “Instrumentos de Efetivação dos Direitos da Personalidade”, sob orientação da Prof.^a Dr.^a. Juliana Marteli Fais Feriato.

COMISSÃO JULGADORA:

Orientadora: _____

Prof.^a Dr.^a. Juliana Marteli Fais Feriato

Centro Universitário de Maringá – UniCesumar (Presidente)

Membro: _____

Prof.^a Dr.^a Daniela Menengoti Ribeiro

Centro Universitário de Maringá – UniCesumar

Membro: _____

Prof.^a Dr.^a Tânia Lobo Muniz

Universidade Estadual de Londrina | UEL

Aprovado em: 27 de fevereiro de 2021

AGRADECIMENTOS

Mestrado e Pandemia! O Mestrado para mim foi uma superação e, acima de tudo, um conhecer-se. Chegar a este momento, depois de inúmeros problemas pessoais, horas despendidas, alvoradas de estudos, posso dizer que venci. Cresci emocionalmente e pessoalmente; amadureci ideias e pensamentos, de forma a enxergar o mundo sob outra perspectiva.

No entanto, o resultado alcançado somente foi possível com a ajuda única e exclusivamente da minha orientadora Profa. Dra. Juliana Marteli Fais Feriato, e claro, pela graça de Deus!

Por isso, agradeço primeiramente a Deus, por sempre estar comigo nas horas difíceis, assim como meus eternos agradecimentos à minha orientadora Juliana, que me colocou nos trilhos e permitiu que eu concluísse o mestrado.

Agradeço imensamente aos meus pais, que mesmo longe, me deram todo o apoio, sem contar pela oportunidade da vida. Quero agradecer ainda a um outro anjo que me salvou muito durante esse mestrado, a minha amiga Daniele Machado, e aos meus também amigos de mestrado, Hugo e Emanuel, onde repartimos todas as dificuldades e alegrias das inúmeras e exaustivas viagens. Agradeço, por fim, a todos os professores da Unicesumar pelo esforço e dedicação para conosco!

SILVA, André Rodrigues Pereira. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e a tutela dos direitos da personalidade do contribuinte do imposto de renda em relação à saúde**. 2021. 101 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Cesumar – Unicesumar, Maringá, 2021.

RESUMO

O presente trabalho científico aborda o estudo do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos como instrumento para a efetivação dos direitos da personalidade do contribuinte em relação aos aspectos do direito à saúde tratados no imposto sobre a renda. Para tanto foi feita a abordagem da teoria dos direitos humanos da tributação para auxiliar na construção e compreensão do tema a partir da importância da efetivação dos direitos da personalidade em relação à pessoa humana na qualidade de contribuinte. Com isso, a análise efetiva-se inicialmente através da investigação das conexões conceituais existentes no direito interno e comparado sobre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade, bem como sobre a relação de tais direitos com o princípio da dignidade da pessoa humana. O problema da pesquisa visa responder as repercussões sociojurídicas presentes na efetivação de tais direitos quando apresentados perante uma relação jurídico-tributária, onde muitas vezes o contribuinte fica exposto aos arbítrios do Estado. A pesquisa utilizou o método dedutivo e a técnica de pesquisa de análise dos fundamentos doutrinários e jurisprudenciais por meio de uma abordagem qualitativa, convergindo para a conclusão que identifica a necessidade de se evidenciar instrumentos de efetivação da tutela de direitos humanos e direitos da personalidade em matéria tributária, especialmente, quando envolver o direito à saúde.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direitos da personalidade. Direito à saúde. Imposto sobre a renda. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

SILVA, André Rodrigues Pereira. **The inter-American system for the protection of human rights and the protection of the rights of the taxpayer's personality in relation to the income tax and health.** 2021. 101 f. Dissertation (Master's Degree in Legal Studies) – Universidade Cesumar – Unicesumar, Maringá, 2021.

ABSTRACT

The present scientific work deals with the study of the inter-American human rights protection system as an instrument for the realization of taxpayer personality rights in relation to aspects of the right to health dealt with in the income tax. For this purpose, the human rights theory of taxation was approached to assist in the construction and understanding of the theme based on the importance of realizing personality rights in relation to the human person as a taxpayer. With this, the analysis is effected initially through the investigation of the conceptual connections existing in the internal and compared law on human rights, fundamental rights and rights of the personality, as well as on the relation of such rights with the principle of the dignity of the human person. The research problem aims to answer the socio-legal repercussions present in the realization of such rights when presented before a legal-tax relationship, where the taxpayer is often exposed to the State's discretion. The research used the deductive method and the research technique of analysis of doctrinal and jurisprudential foundations through a qualitative approach, converging to the conclusion that identifies the need to highlight instruments for effecting the protection of human rights and personality rights in tax matters, especially when it involves the right to health.

Keywords: Human rights. Personality rights. Right to health. Income tax. Inter-American system for the protection of human rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. – Artigo

CC/02 – Código Civil Brasileiro de 2002.

CF – Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CTN – Código Tributário Nacional

EC – Emenda Constitucional

ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

IR – Imposto de Renda

IRPF – Imposto sobre a renda da pessoa física

OC – Opinião Consultiva

OEA - Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

PIB – Produto Interno Bruto

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

SRFB – Secretaria da Receita Federal do Brasil

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DIREITOS HUMANOS DA TRIBUTAÇÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE PARA O CONTRIBUINTE	13
1.1. Direitos humanos e direitos fundamentais	13
1.1.1. Das gerações ou dimensões dos direitos humanos fundamentais.	17
1.1.2. Características dos direitos humanos	21
1.2. Os direitos da personalidade como direito fundamental	23
1.3. A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental na Constituição	26
1.3.1. Valorização da pessoa humana	28
1.4. Tributação e direitos fundamentais	29
1.4.1. Tributação e justiça fiscal.....	32
1.4.2. Extrafiscalidade e direitos humanos.....	34
1.5. Limitações constitucionais: Princípios constitucionais tributários	36
1.5.1. Princípios tributários relacionados aos direitos humanos.	39
2. O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O PLURALISMO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	43
2.1. Estrutura e desenvolvimento do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos	43
2.2. Instrumentos de atuação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos	45
2.2.1. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos.	45
2.2.2. A Corte Interamericana de Direito Humanos	47
2.3. As competências consultivas e contenciosas da Corte Interamericana e seus critérios de interpretação	48
2.3.1. Os impactos das decisões da corte interamericana de direitos humanos no Brasil.	54
2.4. O status constitucional dos tratados de direitos humanos no Brasil e o controle de convencionalidade	56
2.5. Os modelos de relações entre o direito interno e direito internacional	61
2.5.1. Os modelos monista e dualista.	62
2.5.2. O controle de convencionalidade como instrumento de proteção dos direitos da personalidade.....	66
3. DA TUTELA DOS DIREITOS DA PESONALIDADE DO CONTRIBUINTE PERANTE O SISTEMA INTERAMERICANA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	69
3.1. Direito à saúde e o mínimo existencial	69
3.2. O Imposto sobre a Renda da Pessoa Física e os mecanismos normativos para a implementação do direito à saúde	72
3.2.1. Breve histórico do Imposto sobre a Renda.....	72
3.2.2. Isenção de Imposto sobre a Renda para portadores de doenças graves.....	73
3.2.3. Dedução do Imposto sobre a Renda com despesas médicas.	75
3.3. Princípios informadores do Imposto sobre a Renda	77
3.4. A proteção interamericana do direitos humanos e direitos da personalidade	81
3.4.1. Análise sistêmica das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em questão de saúde e sob o prisma dos direitos da personalidade	82
3.5. A tutela internacional para a efetivação do direito à saúde do contribuinte do Imposto sobre a Renda	88
CONCLUSÕES	92
REFERÊNCIAS	95

INTRODUÇÃO

Um Estado de bem-estar social, como organismo político que é, deve ter como primordial atividade a busca do bem comum. Para cumprir esse mister a contento, necessita obter recursos financeiros que, no atual contexto, são arrecadados junto às pessoas que se encontram vinculadas ao seu âmbito de relações jurídicas.

A tributação enquanto elemento deste pacto social, busca a sua legitimidade na própria formação do Estado. No entanto, em matéria de tributação, o Estado limita às liberdades individuais das pessoas e se manifesta retirando parcelas de riquezas do particular em prol da coletividade.

Isto porque, o dever de pagar tributos no Estado Social e no próprio Estado Democrático de Direito constitui-se como um dever fundamental, pois o pagamento de um tributo não é simplesmente um sacrifício pessoal ao contribuinte, mas uma contribuição necessária para que o Poder Público possa cumprir com suas tarefas essenciais no interesse da coletividade, na busca pelo bem comum.

Todavia, é preciso buscar um equilíbrio, uma razoável e verdadeira retributividade do tributo, buscando assim, a justiça fiscal em seu sentido mais humano, observando direitos da personalidade do contribuinte.

Por sua vez, com o advento da Constituição Federal de 1988, positivou-se no ordenamento jurídico brasileiro os mais variados direitos fundamentais (individuais, políticos e sociais), no entanto, o principal problema não vem residindo na declaração de tais direitos e sim na efetivação dos direitos fundamentais já existentes.

Nesse sentido, o texto constitucional expressa que a saúde é um direito de todos os brasileiros, devendo ser garantido pelo Estado àquelas pessoas que dele necessitam de forma universal e igualitária.

Com efeito, o direito à saúde, nos termos do artigo 196 da CF¹, pressupõe que o Estado deve não apenas garantir serviços públicos de promoção, proteção e recuperação da saúde, mas adotar políticas econômicas e ações sociais que melhorem as condições de vida da população.

¹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Consoante essa perspectiva, verifica-se que o Poder Público, na busca pela eficiência na realização de suas funções e de adequar-se à complexidade social, deve instituir instrumentos jurídicos e mecanismos com a finalidade de promover significativas transformações sociais, tanto do ponto de vista quantitativo, quanto qualitativo, nos mais variados setores, inclusive no campo da tributação.

Com isto, levanta-se uma importante questão no âmbito do direito tributário, relativa à efetivação de direitos da personalidade na proteção ao direito à saúde, como por exemplo, no tocante à isenção do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física – IRPF em relação a doenças graves ou então sobre a possibilidade de dedução de despesas com medicamentos na base de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física – IRPF, uma vez, que sob essa perspectiva, o direito à saúde encontra-se relacionado à preservação ao direito à vida e à integridade física e psíquica da pessoa humana.

O Imposto de Renda, ou “Imposto sobre a Renda”, conforme previsto no inciso III, do artigo 153, da Constituição Federal de 1988, em relação às pessoas físicas detém grande potencial para atuar como instrumento de justiça social, uma vez que possui o caráter da progressividade, que reforça ainda o seu caráter extrafiscal, bem como se amolda perfeitamente à aplicação do princípio da capacidade contributiva, esculpido no § 1º, do artigo 145, da Carta Constitucional.²

Além disso, a legislação permite que o contribuinte, pessoa física, deduza, da base de cálculo do imposto, algumas despesas (com educação, saúde, pensão alimentícia, etc.). A maioria delas está sujeita a limites de valores. As despesas com saúde, por sua vez, não estão sujeitas a limites. No entanto, os gastos com saúde não contemplam as despesas com medicamentos, exceto se integrar as despesas hospitalares, isto é, somente será admitido o abatimento do imposto sobre medicamentos consumidos no âmbito dos hospitais, o que não contempla uma proteção adequada do direito à saúde.

Esse modelo de indedutibilidade do IRPF com gastos sobre medicamentos permanece presente em poucos países como na Espanha e na Argentina. Já em outros países, como Estados Unidos, Canadá e Portugal, a tributação da pessoa física mostra-se mais alinhada com os valores de justiça tributária, permitindo-se, em alguns casos, a dedutibilidade sobre medicamentos até sem prescrição médica.

² Art. 145: [...]. § 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Em relação aos portadores de doenças graves, onde a Lei n. 7.713/88 isenta do Imposto de Renda os proventos auferidos, desde que suas doenças estejam previstas no rol taxativo do artigo 6º, da referida Lei. Existe ainda na legislação do IR a presunção de falta de capacidade contributiva em relação aos rendimentos mensais auferidos até o limite R\$ 1.903,98 (um mil, novecentos e três reais e noventa e oito centavos), havendo igualmente a dispensa do pagamento do imposto (art. 35, II, “a”, Decreto 9.580/2018).

Desse modo, no atual cenário de sucessivas crises econômicas e humanitárias, as reflexões doutrinárias apontam para a adoção de uma tributação mais humanizada, como instrumento de concretização de direitos fundamentais e da personalidade, bem como a própria dignidade da pessoa humana, sem olvidar da preservação básica dos princípios constitucionais tributários, que atuam como verdadeiros freios aos arbítrios do Estado.

Quanto ao direito à saúde, sua construção como direitos da personalidade, parte de sua perspectiva publicista, podendo ser tratado como direito fundamental social (artigo 6º, CF), como também sendo corolário da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inc. III, CF), pela ótica da teoria do mínimo existencial, podendo, por fim, ser tratado em seu modal deontico de prestação positiva do Estado (artigo 196, CF), do qual se pode extrair diversos deveres, tais como o dever do Estado de promoção, proteção e recuperação.

Mas somente com este *status* constitucional poder-se-á falar em efetiva tutela do direito à saúde do contribuinte.

Nesta seara publicista será também tratado o direito à saúde no âmbito de proteção interamericano, uma vez que tal direito está inserido nas legislações interamericanas sobre direitos humanos como direito humano fundamental, sendo ainda considerado como direito da personalidade, no tocante à tutela da vida e da integridade física e psíquica.

Na perspectiva da própria jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH, o direito à saúde é confirmado como um direito humano fundamental e indispensável ao exercício adequado dos demais direitos humanos, sendo dever do Estado a proteção e a garantia de serviços essenciais de saúde.

Portanto, o presente trabalho terá como intuito demonstrar os aspectos do direito à saúde sob a perspectiva dos direitos da personalidade sobre a tributação do Imposto sobre a Renda, a partir de sua perspectiva jurídica interna e internacional, tratando dos possíveis instrumento de efetivação dos direitos da personalidade ao caso em testilha.

1. DIREITOS HUMANOS DA TRIBUTAÇÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE PARA O CONTRIBUINTE

Neste capítulo serão apresentados os pontos relevantes para o estudo e construção da teoria dos direitos humanos da tributação, auxiliando na compreensão da importância da efetivação de direitos da personalidade em relação à pessoa humana na condição de contribuinte. Também serão analisados os pontos essenciais de identificação e possíveis equivalências dos direitos da personalidade com os direitos fundamentais e humanos, bem como a sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

1.1. Direitos humanos e direitos fundamentais.

A terminologia “direitos humanos” pode ter inúmeros significados se analisada sob a perspectiva pragmática e social, cujo a expressão é composta por dois elementos: homem e direito. Todavia, é na ciência jurídica que reside o maior desafio de identificação de sentidos para esta expressão.

De acordo com Enoque Ribeiro Santos, a expressão “direitos humanos” pode ser atribuído aos valores ou direitos inatos e imanescentes à pessoa humana, pelo simples fato de ter ela nascido com esta qualificação jurídica. São direitos que pertencem à essência ou à natureza intrínseca da pessoa humana e que não são acidentais ou suscetíveis de aparecerem e de desaparecerem em determinadas circunstâncias. São direitos eternos, inalienáveis, imprescritíveis que se agregam à natureza da pessoa humana pelo simples fato de ela existir no mundo do direito (2004, p. 38).

Nas lições de Norberto Bobbio, os direitos humanos constituem uma conquista da sociedade moderna, cabendo também caracterizá-los como uma construção ou “invenção” da modernidade. Evidentemente, que nenhuma “invenção”, enquanto construção social, surge do nada. Os direitos humanos remontam a noções pré-modernas no âmbito da filosofia, da teologia e da política, constituindo um novo artefato social que emerge com a modernidade. (1992, p. 7).

Nesse sentido, pode-se observar que a ideia moderna dos direitos humanos apresenta-se como um substituto da noção mais antiga do direito natural, de tal maneira que a sua fundamentação seria, nas lições de Luhmann uma “herança que a decadência do direito natural europeu antigo nos deixou”. (1993, p. 539).

Dentro de um contexto histórico-normativo, Ingo Wolfgang Sarlet defende que o processo de elaboração dos direitos humanos, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado de progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais, que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais.

Aponta ainda o autor que, na Inglaterra da Idade Média, mais especificamente no século XIII, encontra-se o principal documento, a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, firmada pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses (2007, p. 43).

É incontestável, portanto, o valor das declarações inglesas para aprofundamento dos direitos humanos, uma vez que foi através dele que se efetivou a tutela democrática do Estado de Direito, e conseqüentemente, a tutela dos direitos humanos, conforme leciona Fabio Konder Comparato (2008, p. 89).

São, assim, considerados humanos, “os direitos conferidos a todo e qualquer sujeito, no intuito de se resguardar sua dignidade”, direitos esses que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir todos decorrentes de alterações no pensamento filosófico, jurídico e político da humanidade, e que, positivados, convencionou-se designar por “direitos fundamentais”. (HERKENHOFF, 1994, p. 31).

Segundo o jurista espanhol Antonio Perez Luño:

Los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. (1999, p. 48)

Portanto, embora os direitos humanos sejam inerentes a própria condição humana seu reconhecimento é fruto de um processo histórico de lutas contra o poder estatal e de busca de um sentido para a humanidade.

Por outro lado, quanto aos direitos fundamentais, estes nascem a partir do processo de positivação dos direitos humanos, a partir do reconhecimento, pelas legislações positivas de direitos considerados inerentes a pessoa humana.

Neste sentido, José Joaquim Gomes Canotilho observa que:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (1998, p. 259).

Verifica-se assim que o conceito de direitos fundamentais também é controverso, repleto de construções e significações que o igualam aos direitos humanos, razão pela qual Paulo Bonavides relata que:

A primeira questão que se levanta com respeito à teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo, porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães. (2004, p. 560).

Em outras palavras, pode-se dizer que “os direitos fundamentais são aqueles estabelecidos pela Constituição”, e cuja dimensão, em princípio, decorre da interpretação mais ampla possível da norma constitucional que o estabelece. Desse modo, em certos casos pode parecer que ocorre o surgimento de novos direitos que, a rigor, já estavam de algum modo embutidos nos preceitos anteriores. Daí referir-se a doutrina a novas gerações, ou novas dimensões dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2004, p. 560).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

O termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional. (2009, p. 36).

Além disso, reconhece o autor ser indissociável a vinculação entre dignidade da pessoa humana e os direitos humanos e fundamentais como postulado que se assenta o Direito Constitucional contemporâneo (SARLET, 2009, p. 27).

De igual modo, Luís Roberto Barroso assevera que a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos e fundamentais estão intimamente relacionados, uma vez que expressa os valores morais que singularizam as pessoas merecedoras de igual respeito e consideração, bem como porque contempla os direitos fundamentais como positividade da moral por meio de normas jurídicas (BARROSO, 2014, p. 75).

Nesse contexto, Dirceu Pereira Siqueira (2015, p. 251), acrescenta que:

Os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos de personalidade são direitos essenciais do ser humano que foram reconhecidos e positivados na ordem jurídica nacional e internacional para assegurar a proteção à pessoa das ameaças, abusos e violações perpetradas pelo Estado ou pelos particulares. (SIQUEIRA, 2015, p. 251).

Desta feita, a positividade dos direitos, que hoje são alcunhados de fundamentais e que, de igual modo, correspondem às gerações de direitos humanos, foram transportados para a Constituição Cidadã de 1988, como consequência histórica dessa transmutação de direitos naturais (universais) em direitos individuais, e depois, a uma nova escala universal de direitos sob a ótica internacional.

Como precedente histórico deste processo de internacionalização dos direitos humanos, Flávia Piovesan assinala a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho, convenções pelas quais foi possível, pela primeira vez, “redefinir o status do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de direito internacional” (PIOVESAN, 2004, p. 125).

Quanto a isto assinala Thomas Buergenthal:

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse. (2002, p. 35).

Verifica-se, assim, que no direito internacional clássico, anterior ao pós-Segunda Guerra Mundial, não era reconhecida aos indivíduos à condição de sujeitos de direitos. Pelo contrário, conforme apresentado, a visão era extremamente restrita no âmbito jurídico interno dos Estados soberanos. E a partir do pós-guerra, o foco de atenção dos direitos humanos sob a perspectiva da dignidade humana ganham relevo no âmbito internacional, consolidando a ideia de limitação da soberania estatal.

Posto isto, imperioso discorrer acerca das gerações ou dimensões dos direitos humanos fundamentais, a partir de sua concepção juspositivista, para assim auxiliar na compreensão da ideia dos direitos fundamentais com base na dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos a seguir.

Destarte, cabe na sequência apresentar o estudo das características intrínsecas dos direitos fundamentais, as quais foram atribuídas desde seu surgimento histórico-social até os dias de hoje, conforme evidenciado a seguir.

1.1.1. Das gerações ou dimensões dos direitos humanos fundamentais.

O debate acerca das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais surge e se intensificam as pesquisas doutrina e a evolução normativa constitucional. Isso porque, conforme visto, os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas do ser humano em face de situações de injustiças ou de agressões a bens fundamentais (liberdade, vida, honra, etc.).

Segundo Manuel Gonçalves Ferreira Filho, a concepção das “gerações” dos direitos fundamentais foram idealizadas em 1979 pelo polonês Karel Vasak e difundida pelo italiano Norberto Bobbio. No Brasil, foi Paulo Bonavides o principal divulgador (2004, p. 197).

De todo modo, a teoria relativa às gerações dos direitos fundamentais está associada *in contest* ao surgimento e evolução desses direitos, os quais foram surgindo gradativamente, a partir de fatos históricos relacionados à evolução da teoria constitucional, mais conhecidas por “fases do constitucionalismo”.

De todo modo, o surgimento dos direitos fundamentais pode ser analisado sob mais de um aspecto. Numa concepção jusnaturalista que pugna pela existência de um direito natural alheio à vontade estatal, tido como absoluto, perfeito e imutável, alguns autores como Ingo W. Sarlet apontam a doutrina do cristianismo, inspirada na escolástica e na filosofia de Santo Tomas de Aquino, na qual, sendo o homem criado a imagem e semelhança de Deus, possui alto valor intrínseco e uma liberdade inerente a sua natureza e, por isso, dispõe de direitos que devem ser respeitados por todos e pela sociedade política. (2009, p. 31).

O cristianismo, ao pregar que todos os homens são irmãos, pois filhos do mesmo Deus Pai, embora houvesse diferenças individuais e de grupos sociais, serviu como fundamento para construção dos direitos de igualdade.

Outrossim, nas lições de Jorge Miranda:

É com o cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem acepção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor. Criados a imagem e semelhança de Deus, todos os homens e mulheres são chamados à salvação através de Jesus, que, por eles, verteu o Seu sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir. (2011, p. 18).

Mas com o surgimento das teorias contratualistas do Estado, o jusnaturalismo destaca-se na teoria de John Locke que, partindo do pressuposto de que os homens se reúnem em sociedade para preservar a própria vida, a liberdade e a propriedade, torna esses bens (vida, liberdade e propriedade) conteúdos de direito oponíveis ao próprio Estado.

Conforme Locke:

A única maneira pela qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte. (1998, p. 468).

Essa teoria passou a inspirar a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).³

Apesar de serem esses documentos os marcos históricos dos direitos dos indivíduos, Paulo Bonavides observa que outras declarações de direitos foram reconhecidas, como por exemplo, na Inglaterra, a Magna Carta de 1215, dada pelo Rei João Sem-Terra aos bispos e barões ingleses, assegurando alguns privilégios feudais aos nobres, sendo assim o primeiro vestígio de limitação estatal, embora dirigida aos burgueses e senhores feudais (2004, p. 563).

Também a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689, que asseguravam direitos aos cidadãos ingleses no tocante à proibição de prisão arbitrária, o remédio do *habeas corpus* e o direito de petição, respectivamente. Tais direitos, embora não fossem constitucionalizados, contribuíram para a formação do núcleo dos direitos fundamentais dos cidadãos.

No entanto, a primeira geração de direitos fundamentais, que dominou o século XIX, teve seu fundamento nessas Declarações, sendo a Declaração dos Direitos do Homem e

³ O art. 1º da Declaração de Direitos de Virginia estabelece que todos os homens são por natureza livres e têm direitos inatos dos quais não se despojam ao passarem a viver em sociedade. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelece em seu art. 2º que o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. O art. 4º da mesma Declaração afirma que o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limite senão as restrições necessárias para assegurar aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. (Disponível no sitio oficial da embaixada da França no Brasil mantido na Internet em <http://www.ambafrancebr.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>. Acesso em 15.07.2020).

do Cidadão, influenciada pela Revolução Francesa de 1789, considerada o marco inicial. (BOBBIO, 1992, p. 60).

Consequentemente, a primeira geração de direitos fundamentais estaria composta pelo núcleo de direitos inerentes à liberdade, direitos estes ligados essencialmente aos indivíduos.

Por sua vez, na segunda geração, põem-se os direitos inerentes à igualdade. Conforme ponderam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, os direitos fundamentais de segunda geração, “traduzem uma etapa de evolução da dignidade humana”:

Sua essência é a preocupação com as necessidades do ser humano. O Estado, em vez de abster-se, deve fazer-se presente, mediante prestações que venham a imunizar o ser humano dessas necessidades mínimas que pudessem tolher a dignidade de sua vida (2008, p. 341).

Verifica-se assim que com a consagração dos direitos de liberdade, ocorreu a passagem das chamadas liberdades negativas, para os direitos políticos e sociais, que passaram a exigir uma intervenção direta e positiva do Estado.

Assim, os direitos sociais ou prestacionais, como o direito à saúde, ao trabalho e educação, configuraram um dos elementos marcantes de transição do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social (LAFER, 1988, p. 127).

Tais direitos, segundo Fábio Konder Comparato (2008, p. 53) foram inicialmente positivados somente nas constituições francesas liberais de 1791 e 1973, sendo ampliados e reafirmados pela Constituição Francesa de 1948, carta política esta que correspondeu com a consciência da população, verdadeira interessada na efetivação de tais direitos, dos problemas resultantes da revolução industrial e a condição dos operários.

Na terceira geração, encontram-se os direitos ligados à ideia de fraternidade, que transcende ao grupo e ao próprio Estado. Nos dizeres de Paulo Bonavides, esses direitos:

Tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (2004, p. 563).

Assim como os demais, os direitos de terceira dimensão, também surgiram em determinadas circunstâncias sociais. Nasceram para atender a novas carências humanas.

Na quarta geração dos direitos fundamentais, colocam-se, os direitos à democracia, ao pluralismo e à informação, todos decorrentes da globalização política na esfera da

normatividade jurídica, e “correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social”. (BONAVIDES, 2004, p. 571).

Já Norberto Bobbio, também admitindo a quarta dimensão, exemplifica com outros direitos. Afirma o jurista que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, aqueles referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitiria manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.

É importante ressaltar que as várias gerações dos direitos não se excluem. Na verdade, correspondem a um aperfeiçoamento dos direitos fundamentais, que os faz mais adequados à realidade de cada época.

Recentemente, Paulo Bonavides (2004, p. 570) passou a admitir uma quinta dimensão de direitos fundamentais, consubstanciada no direito fundamental à paz. Enaltecendo a ideia de concórdia, afirma que esta gera uma necessidade de criar e promulgar um novo direito fundamental: o direito à paz enquanto direito de quinta geração, justificando sua tese em razões históricas e, principalmente, nas circunstâncias atuais:

Estuário de aspirações coletivas de muitos séculos, a paz é o corolário de todas as justificações em que a razão humana, sob o pálio da lei e da justiça, fundamenta o ato de reger a sociedade, de modo a punir o terrorista, julgar o criminoso de guerra, encarcerar o torturador, manter invioláveis as bases do pacto social, estabelecer e conservar, por intangíveis, as regras, princípios e cláusulas da comunidade política. (2004, p. 571).

Por fim, é amplamente aceita a existência de uma sexta geração de direitos fundamentais, relacionado ao direito à água potável, evoluído a partir do direito de terceira geração relativo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez que a água é o bem mais essencial à vida no planeta.

Nas lições de Zulmar Fachin, observa-se que:

A água é um mineral. Não tem vida. Contudo, é um microbem ambiental que oferece condição essencial para a existência da vida no planeta terra. Não obstante ser micro, é tão macro que, sem ela, fauna e flora, atmosfera e solo não existiriam. Registre-se, por outro lado, que a própria estabilidade climática é regulada pela abundância do líquido no planeta. (2010, p. 5)

Com efeito, é inquestionável a fundamental importância da água para o ser humano, em vista que sem ela tudo o que se conhece de mundo não existiria.

Registre-se, portanto, a inexorável influência da teoria histórica, a qual procura explicar como os direitos fundamentais surgiram e se consolidaram com o passar do tempo. Na

a sociedade é quem contribui para reconhecer qual ou quais bens jurídicos tem importância e consequentemente devem ser preservados.

1.1.2. Características dos direitos humanos.

Consoante traçado linhas acima, os direitos fundamentais decorrem de uma construção histórica e jurídica e, consequentemente, sua concepção sobre quais direitos são considerados fundamentais ou não, dependerá da época, do lugar e do tipo de Estado.

Na França de 1789, por exemplo, os direitos fundamentais podiam ser resumidos a *liberté, égalité, et fraternité*. Atualmente, porém, o conceito de direitos fundamentais alcança até mesmo questões inimagináveis daquela época, como o direito à saúde (art. 6º, CF) e direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF).

Da mesma forma, a igualdade entre os sexos e religião (crença) são direitos fundamentais no Brasil (art. 5º, I e VI, CF), mas não os são nos países de tradição muçulmana.

Como afirmava Norberto Bobbio:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. (1992, p. 5-6).

A partir disso, tradicionalmente, são atribuídos aos direitos fundamentais as seguintes características: a) universais; b) absolutos; c) inalienáveis; d) irrenunciáveis; e e) indisponíveis.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p. 239-240), destacam, no contexto brasileiro, que os direitos fundamentais são universais e absolutos; possuem o aspecto de historicidade; são inalienáveis e indisponíveis; estão constitucionalizados; vinculam os poderes públicos; e têm aplicabilidade imediata.

Todavia, quando se diz que os direitos fundamentais são universais, há de ser observado dois sentidos: existem direitos fundamentais que se ligam a todos os homens, e existem aqueles que não se ligam à totalidade (logo, não universais). No primeiro caso, se encontram o direito à vida; no segundo caso, o direito dos trabalhadores tão somente, de modo que o constituinte privilegiou certos bens que satisfariam a necessidade de alguns homens na sua posição social específica.

A título de direito comparado, pode-se citar a Constituição Portuguesa, a qual universaliza o direito à vida e à integridade física e moral, no seguinte sentido:

Artigo 24.º Direito à vida 1. A vida humana é inviolável. 2. Em caso algum haverá pena de morte. Artigo 25.º Direito à integridade pessoal 1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável. 2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos. (PORTUGAL, 2010, p. 28).

Por sua vez, quando se diz que os direitos fundamentais são absolutos, quer dizer que estão no mais elevado patamar jurídico de modo que não podem ser livremente restringidos, servindo o Estado como garantidor e protetor de tais direitos.

Assim, os direitos fundamentais gozariam de prioridade absoluta sobre os interesses privados e coletivos, e todo poder a ele se limitaria. Entretanto, como salientam a doutrina, nenhum direito é absoluto (HESSE, 1991, p. 67). Mesmo os direitos fundamentais sendo básicos, podem ser relativizados. Primeiramente, porque podem entrar em conflito entre si e, nesse caso, não se pode estabelecer *a priori* qual direito irá prevalecer, pois essa questão só pode ser analisada tendo em vista o caso concreto. E, em segundo lugar, nenhum direito fundamental pode ser usado para a prática de ilícitos. Portanto, nenhum direito fundamental é absoluto. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 240).

Cumprido esclarecer, ainda, que não existe hierarquia entre direitos fundamentais. Todo e qualquer embate deve ser sanado a partir da análise das circunstâncias jurídicas e fáticas, de modo que a aplicação de um direito fundamental não invalidaria outro direito fundamental não aplicado, o que Robert Alexy denominou de “colisão de direitos fundamentais” (1999, p. 267)

Os direitos fundamentais são inalienáveis, indisponíveis e irrenunciáveis. Partindo da premissa que a inalienabilidade se funda na dignidade da pessoa humana, ao ordenamento jurídico é vedado permitir que o homem aliene a sua dignidade.

Como bem assinala José Afonso da Silva, “o cunho inalienável em alguns direitos fundamentais torna nulo, na modalidade absoluta, por ilicitude do objeto, qualquer contrato que vise a alienação destes direitos”. (2006, p. 166).

Porém, partindo da premissa que há direitos fundamentais que não são expressões da dignidade da pessoa humana, é aceita a disponibilidade quando a ordem constitucional assim permitir. Ademais, os direitos fundamentais não podem, em regra, ser objeto de renúncia pelo seu titular. Entretanto, é forçoso reconhecer que, em certas condições, sempre sob a reserva de

revogação, o exercício do direito pode ser renunciado, desde que não ataque o núcleo essencial de direitos existenciais (ARAÚJO; SERRANO JÚNIOR, 2008, p. 95).

Nesse aspecto, também são indisponíveis (ou irrenunciáveis), o que significa dizer que os titulares dos direitos fundamentais não podem ser abdicados (pode até deixar de exercê-los, mas jamais dispor dos direitos fundamentais).

Com efeito, são irrenunciáveis os direitos fundamentais que “intendem preservar as condições normais de saúde física e mental bem como a liberdade de tomar decisões sem coação externa” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 243).

Daqui e em relação às demais características acima, extrai-se portanto a ideia da concepção material dos direitos fundamentais, a partir da dignidade da pessoa humana, mas sem olvidar a sua tangencia no tocante aos direitos da personalidade.

1.2. Os direitos da personalidade como direito fundamental.

Com relação aos direitos fundamentais e direitos da personalidade, Flaviana Rampazzo Soares, traz uma interessante distinção, segundo o qual: “Direitos fundamentais são os essenciais à pessoa, ao seu pleno desenvolvimento, e direitos de personalidade são os atributos que compõem a pessoa” (2009, p. 34).

A dignidade da pessoa humana consta efetivada no texto constitucional enquanto princípio fundamental que é, tornando-se o fundamento de nossa ordem constitucional no que se refere à proteção do indivíduo, logo, constata-se que os direitos da personalidade estão assentados na dignidade humana (SOARES, 2009, p. 35).

Dessa forma, imperioso analisar o significado da personalidade no contexto constitucional de proteção à pessoa, frente aos constantes equívocos na compreensão do termo “personalidade”.

Segundo Carlos Alberto Bittar os direitos da personalidade são aqueles direitos reconhecidos à pessoa humana, considerada de si mesma e em suas projeções na sociedade, àqueles previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos do homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos (1995, p. 53).

No mesmo sentido Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona conceituam que os direitos da personalidade “são aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções pessoais” (2014, p. 186).

Por sua vez, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias sintetizam que “os direitos da personalidade estão, inexoravelmente unidos ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia para a preservação de sua dignidade”. (2013, p.178)

Ainda, o ilustre jurista português Josaphat Marinho em seu artigo sobre os direitos da personalidade no projeto do novo Código Civil brasileiro pondera que

Os direitos de personalidade, que proporcionam conteúdo à personalidade e servem à satisfação de necessidades humanas juridicamente relevantes, sendo qualidades particulares que compõem a pessoa. Ou seja, são determinados atributos corpóreos e incorpóreos que constituem o indivíduo, que se manifestam com voz própria e recebem proteção jurídica. (2000, não paginado).

Assim, não restam dúvidas diante dos conceitos ora apresentados que os direitos da personalidade tutelam os bens que são inerentes à essência humana (vida, honra, imagem, intimidade, integridade física, etc.), seja essa proteção na esfera cível-constitucional, quanto nas esferas penais, trabalhistas, ambientais, familiares, entre outras. E que direitos fundamentais e direitos da personalidade não guardam entre si distinção em substância, especialmente, em razão da tutela constitucional da pessoa prevista no artigo 5º, *caput*, incisos III, IV, V, VI e X, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Posteriormente, o Código Civil de 2.002, ao trazer tratamento especial aos direitos da personalidade, estabeleceu em seu artigo 12, que: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

Por outro lado, Carlos Alberto Bittar pondera que sob a perspectiva das relações de direito público, com vistas à proteção da pessoa em face do Estado, tais direitos devem ser denominados de direitos fundamentais. Mas se a relação for tratada exclusivamente em seu aspecto privado, com vistas à proteção da pessoa em face de outros indivíduos, então poderá ser chamado de direitos da personalidade (2001, p. 23).

No entanto, a tutela constitucional oferecida principalmente pelo artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, inquestionavelmente, compreende os direitos da personalidade como direitos fundamentais, alcançando nessas relações caráter de direito público e de direito privado.

Ademais, quanto à dignidade da pessoa humana, Flavia Piosevan (2009, p. 21) assevera que “o valor da dignidade da pessoa humana, incorporado na Declaração Universal de 1948, constitui o norte e o lastro ético dos demais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos”.

Portanto, em síntese, quer figurem na relação de direito público (*quod ad statum rei romanae spectat*), como de direito privado (*quod ad singulorum utilitatem pertinet*), os direitos fundamentais e os direitos da personalidade caminham juntos na defesa intransigente da dignidade da pessoa humana.

Ainda nesse contexto, observa Dirceu Pereira Siqueira (2015, p. 251), que os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos de personalidade são direitos essenciais do ser humano que foram reconhecidos e positivados na ordem jurídica nacional e internacional para assegurar a proteção à pessoa das ameaças, abusos e violações perpetradas pelo Estado ou pelos particulares. E complementa ainda asseverando que:

A distinção das categorias dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade reside no fato de que os direitos fundamentais pertencem ao regime de direito público (Direito Constitucional) e os direitos de personalidade ao regime de direito privado (Direito Civil), sendo que os direitos fundamentais incidem na relação vertical entre indivíduo e Estado, enquanto que os direitos de personalidade são aplicados na relação horizontal entre os particulares. (SIQUEIRA, 2015, p. 251).

No mesmo sentido, Luiz Roberto David Araújo, assevera que a pessoa possui valores que lhes são intrínsecos pela condição humana, capazes de promover seu desenvolvimento na sociedade.

Dessa forma, a dignidade humana integra os valores do ser, que conduz e centraliza a personalidade de cada indivíduo, ou seja, se apresenta como fonte de aspirações, desejos e

formas de manifestações individuais, bem como o meio de preservar a individualidade da pessoa (ARAÚJO, 2008, p. 226).

1.3. A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental na Constituição.

Quando a Constituição Federal de 1988 elencou no seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República, consagrou a obrigatoriedade da proteção máxima à pessoa por meio de um sistema jurídico-positivo formado por direitos fundamentais e da personalidade humana, garantindo assim o respeito absoluto ao indivíduo, propiciando-lhe uma existência plenamente digna e protegida de qualquer espécie de ofensa, quer praticada pelo particular, como pelo Estado.

Assim agindo o legislador constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas gerais e informativas de toda a ordem constitucional, especialmente, das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição formal e material (SCARLET, 2008, p. 64).

A dignidade da pessoa humana, portanto, é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida e, sendo possível definir a existência como “o modo de ser do homem no mundo”, a dignidade da pessoa humana seria o núcleo da existência humana, valor inato, imaterial, essencial, de máxima grandeza da pessoa. (SILVA, 1999, p. 109),

De fato, o que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SCARLET, 2008, p. 61).

Nesse mister, a dignidade humana depende da garantia e proteção de todos os direitos, com maior ênfase nos direitos fundamentais, instalados no Título II da Constituição Federal, abrangendo, no Capítulo I, em relação aos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º); no Capítulo II, sobre os direitos sociais (art. 6º ao art. 11), no Capítulo III, os direitos da nacionalidade (arts. 12 e 13); no Capítulo IV, os direitos políticos (Art. 14 ao Art.16); no Capítulo V, sobre os partidos políticos (art. 17).

Todavia, a gama de direitos constitucionais orientados pelo princípio da dignidade humana não se limita ao Título II, da Constituição Federal, tutelando, inclusive, o meio ambiente (art. 225), o direito ao planejamento familiar (art. 226, §7º), direito da criança e do adolescente à alimentação, à convivência familiar, à profissionalização, cultura, respeito, proteção contra a violência, negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão (art. 227), bem como, o respeito aos direitos dos índios no tocante aos costumes, línguas, crenças e tradições (art. 231).

Quando se pensa em conexão a direitos fundamentais, imperiosa são às lições do professor J. J. Gomes Canotilho, no seguinte sentido:

A função de defesa ou de liberdade dos direitos fundamentais tem dupla dimensão: plano jurídico-objetivo: normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; plano jurídico-subjetivo: o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). A função de prestação social: os direitos fundamentais significam, em sentido restrito, o direito do particular a obter alguma coisa do Estado (saúde, educação, segurança social); A função de prestação social dos direitos fundamentais tem grande relevância em sociedades, como é o caso do Brasil, onde o Estado do bem-estar social tem dificuldades para ser efetivado. A função de proteção perante terceiros: os direitos fundamentais das pessoas precisam ser protegidos contra toda sorte de agressões. Esta função impõe ao Estado um dever de proteção dos cidadãos perante terceiros. A função de não discriminação: a função de não discriminação diz respeito a todos os direitos fundamentais” (2002, p. 407).

Para Edilson Pereira Nobre Junior, respeitar a dignidade da pessoa humana, traz quatro importantes consequências:

a) igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação e desrespeito à sua condição de pessoa, tal como se verifica nas hipóteses de risco de vida; c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem; d) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou imposição de condições sub-humanas de vida. (2000, p. 04).

Nas lições de Ingo W. Sarlet, observa o autor que a dignidade humana seria irrenunciável e inalienável, assim como tal é a qualidade do ser humano, o qual não pode ser destacado ou negociado, mas pelo contrário, sua condição humana deve ser respeitada, promovida e integralmente protegida (2009, p. 143).

Desse modo, à dignidade da pessoa humana também garante os direitos da personalidade, por se tratarem de conteúdo mínimo de cada indivíduo. E com maior intensidade, uma vez que tais direitos encontram-se na esfera mais íntima do ser humano, como a vida, à honra, à intimidade, à vida privada, entre outros.

1.3.1. Valorização da pessoa humana.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, historicamente, o princípio da dignidade da pessoa humana teve suas raízes nos preceitos cristãos, onde o homem era considerado como fruto de uma obra divina, sendo então merecedor de um tratamento diferenciado e digno perante as demais espécies da Terra. A expressão “dignidade” vem do latim *dignus* que significa “aquele que merece estima e honra” ou “aquele que é importante” e sua utilização sempre correspondeu, conforme relatado, à espécie humana (2003, p. 77).

Maria Helena Diniz, ao citar Goffredo da Silva Telles, em sua obra aduz que a personalidade consiste no conjunto de caracteres que são próprios à pessoa, não sendo a personalidade um direito e sim, o próprio lastro dos direitos e deveres que dela irradiam, é o primeiro bem da pessoa que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens (DINIZ, 2003, p.119).

Por sua vez, a Constituição Republicana de 1988 manifestou proteção à pessoa humana ao conferir *status* de princípio fundamental logo no primeiro capítulo do referido diploma, segundo o qual: “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. 1º, inc. III, CF).

Essa dignidade que deve ser reconhecida à pessoa, e desde a sua concepção, segundo à legislação civil, caracteriza-se como um valor absoluto e impede a divisão em categorias de pessoas ou de dignidades. (KLEVENHUSEN, 2005, p. 126)

Pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e promulgada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, ficou estabelecido no seu artigo 1º que: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Por tal razão, Ingo W. Sarlet (2009, p. 50) afirma que “a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece, já que constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa”.

Dessa forma, haverá necessidade de proteção da dignidade humana sempre que a pessoa for reduzida em sua condição humana ou sempre que for rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em qualquer de suas relações sociais, inclusive (e especialmente), na seara laborativa.

1.4. Tributação e direitos fundamentais

É inegável que o Estado necessita angariar recursos financeiros para sustentar suas atividades, assim como garantir a satisfação do interesse público como sua finalidade precípua, através da imposição de tributos às pessoas que integram a sociedade.

No entanto, o poder de tributar do Estado, que é irrenunciável e indelegável, não é absoluto, pois a própria Constituição Federal impõe certos limites por meio dos princípios constitucionais tributários e das imunidades tributárias.

Segundo Aliomar Baleeiro, a atividade financeira do Estado “é a procura de meios para satisfazer às necessidades públicas”, no mesmo sentido afirma que “a atividade financeira consiste em obter, criar, gerir e despender o dinheiro indispensável às necessidades, cuja satisfação o Estado assumiu ou cometeu àquelas outras pessoas de direito público” (1969, p. 7).

É certo que muitos doutrinadores estudam os direitos fundamentais sem fazer qualquer referência aos direitos do contribuinte.

Existem, porém, notáveis manifestações doutrinárias que justificam a colocação do contribuinte como titular de direitos fundamentais. Lobo Torres, ensina que o relacionamento entre o tributo e a liberdade é dramático, porque, não obstante o tributo seja a garantia da liberdade, “possui a extraordinária aptidão para destruí-la” (1999, p. 13).

Já Helenilson Cunha Pontes, escreve que:

Justamente pelo caráter ‘dramático’ da relação entre indivíduo e Estado, enquanto ente tributante, é que a aplicação dos direitos fundamentais na relação jurídico-tributária assume indiscutível relevo. Com efeito, a crescente invasão do Estado sobre a esfera das liberdades individuais em busca de recursos tributários torna indispensável a construção de uma doutrina que reconheça nos direitos fundamentais a proteção necessária contra as agressões às liberdades individuais. (2004, p. 82).

É interessante ter em mente a noção de que as grandes conquistas na luta pelo controle do arbítrio estatal deram-se precisamente em questões tributárias. A história do imposto está intimamente ligada à história política da humanidade.

Segundo Renato Lopes Becho, os denominados direitos humanos, em seus meandros tipicamente humanistas, podem ser estendidos ao campo da tributação, sob um contexto em que o positivismo jurídico, com mero respeito às leis, cederia passo, “de uma forma hermeneuticamente sensata”, às finalidades intrínsecas do sistema jurídico, refletidas na proteção primária do homem em si mesmo considerado (2009, não paginado).

Como bem observa Konrad Hesse, “A Constituição é norma jurídica central no sistema e vincula a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos.” (1991, p. 19).

Sob a influência do neoconstitucionalismo e da necessidade de implantação de um Estado Democrático, a Constituição Federal de 1988 consagrou um amplo e extenso leque de direitos fundamentais, impondo ao Poder Público o dever de adotar medidas efetivas e adequadas de proteção e promoção de tais direitos fundamentais, e na proteção da tutela constitucional tributária existiria aspectos envolvendo direitos da personalidade, precipuamente em suas perspectivas sobre o direito à saúde.

Com efeito, tributaristas, no Brasil, como Alberto Nogueira (1997), Carlos Araujo Leonetti (2003, não paginado), Paulo Caliendo (2009, p. 203) e Ricardo Lobo Torres (1999, p. 7) estão, há algum tempo, mostrando essa outra face da tributação.

Segundo Carlos Araujo Leonetti (2003, não paginado), essa atuação da tributação como garantidora dos direitos humanos pode ocorrer, essencialmente, de duas formas:

- a) Fazendo com que os tributos ditos fiscais, i.e, aqueles cuja função precípua é a de arrecadação, sejam exigidos em estreita sintonia com os princípios tributários plasmados na Constituição da República, como os da legalidade, da tipicidade, da isonomia, da capacidade contributiva e da vedação de tributo confiscatório.
- b) Utilizando-se, adequadamente, a chamada tributação extrafiscal, em que a arrecadação não é o mais importante, mas, sim, a indução de determinados comportamentos, para a consecução de políticas públicas. (2003, não paginado).

Por outro lado, os tributos são criados de acordo com a competência tributária que a Constituição Federal atribuiu à União, Estados, Distrito Federal e Município, de modo que é estabelecido parâmetros que tutelam os valores que ela considera relevantes, tais como os direitos e garantias individuais.

Sabe-se, assim, que o poder de tributar do Estado não pode ser ilimitado para que não haja violação dos direitos humanos e fundamentais, por isto que a ordem constitucional impões certos limites ao Estado para a realização de tal atividade (COELHO, 2005, p. 214).

Salienta Leandro Paulsen que a arrecadação tributária, outrora fora estudada pelo ramo da ciência financeira em virtude das receitas e das despesas estatais; posteriormente, sendo elevada a direito autônomo, mas foi apenas no século anterior, que recebeu tratamento hermenêutico sistemático como direito tributário, ligado, mormente, à arrecadação de tributos, abrangendo princípios e institutos próprios (PAULSEN, 2014, p. 85).

Nos termos da doutrina de Regina Helena Costa esclarece que *tributum* “vem do verbo *tribuere*, que significa repartir por tribos, inicialmente, e, depois, repartir em sentido geral”, (COSTA, 2014, p. 31) e que seu aparecimento remonta os à civilização antiga.

Na verdade, todos os direitos têm um aspecto econômico (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, não paginado), o que implica a necessidade de compreendê-los no contexto maior do problema da escassez de recursos (HILL, 1992, p. 3), como se fosse um assunto de finanças públicas. Por isso, alguns afirmam que a realização concreta dos direitos humanos depende igualmente da existência de recursos públicos (BALAKRISHNAN; HEINTZ; ELSON, 2016, não paginado).

Dessa forma, a questão da imposição dos tributos, como “um mal necessário”, sempre foi palco às mudanças no cenário mundial, principalmente nas revoluções e episódios de caráter políticos, tendo influência significativa questões de ordem tributária.

Ademais, ao Estado Democrático de Direito preconizador de uma intervenção mínima, compete a este o exercício de guarda dos direitos e garantias fundamentais de todos, em especial, a máxima proteção à dignidade da pessoa humana, de regra, através da concretização dos direitos sociais.

Nas palavras de Eros Roberto Grau acerca da consagração da valorização da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos no texto constitucional brasileiro:

Isso significa, por um lado que o Brasil - República Federativa do Brasil – define-se como entidade política constitucionalmente organizada, tal como a constitui o texto de 1988, enquanto a dignidade da pessoa humana seja assegurada ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político.(GRAU, 2008, p. 197).

De qualquer forma, o cumprimento dos ditames constitucionais supracitados, requer a efetiva participação estatal. O dever-poder de implementação desses valores, proporcionando vida digna e o desenvolvimento social pleno, desde que respeitada à prática de

políticas públicas, impõem a criação de programas com finalidade precípua de reduzir as desigualdades e, proporcionando, por conseguinte, a justiça social. (RIBEIRO; GESTEIRO, 2013, p. 204).

Nesse sentido, Luiz Roberto Barroso, ao explicitar sobre o papel do Estado, afirma que este tem por missão ser o gestor e mentor da criação de incentivos e mecanismos de estímulo fiscal à iniciativa privada, para que esta contribua de forma positiva à consecução dos princípios da ordem econômica, somente é possível com políticas de indução de condutas, incentivos fiscais, fomento, financiamento público e redução de alíquotas de impostos. (2001, p. 199).

Portanto, é possível afirmar com propriedade, que a tributação demonstra importante papel por contribuir ativamente no desenvolvimento econômico-social. Em outras palavras, é, por intermédio da tributação, que o Estado é capaz de fazer cumprir a valoração dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

1.4.1. Tributação e justiça fiscal

Em um Estado Democrático de Direito, no qual a atividade tributária se constitui na principal fonte de arrecadação de recursos, o dever fundamental que pode ser entendido como o de maior relevância é, justamente, o de pagar tributos (BUFFON, 2009).

Isso ocorre, porque nesse modelo de Estado, a tributação é indispensável para que os direitos fundamentais dos cidadãos possam ser assegurados e, de fato, efetivados.

Em virtude disso, pode-se afirmar que pagar tributos, muito mais do que um sacrifício, é um dever e “uma contribuição necessária para que o Estado possa cumprir com suas tarefas no interesse do proveitoso convívio de todos os cidadãos” (TIPKE; YAMASHITA, 2002, p. 15).

Ainda, Vitor Antônio Duarte Faveiro (2002, p. 225) leciona que “a consideração do homem como um ser naturalmente social, [...] implica o reconhecimento, quer no universo antropológico, quer no universo econômico ou social”, da sua condição e dever inato de contribuir, com uma parte de seus recursos, para manutenção da sociedade na qual está inserido.

Em outras palavras, “o fato de a condição humana ser pensada a partir da inserção social, isto é, o homem só existe dentro da sociedade” por si só, deve ser capaz de justificar a importância do dever fundamental de pagar tributos, já que, sem eles, “a própria figura do Estado resta quase inviabilizada, pois não é possível pensar uma sociedade organizada, sem que

existam fontes de recursos para financiar o ônus dessa organização” (BUFFON, 2009, p. 90-91).

Ocorre que, inegavelmente, esse dever para com os demais, em especial quando ele exige uma contrapartida financeira, parece ter sido colocado em segundo plano, pois “um fato palpável é que na sociedade de nossos dias o sentimento do dever é obscuro, com frequência parece extinto, enquanto seu oposto, o sentimento reivindicativo, alcança as maiores quotas de intensidade” (ROBLES, 2005, p. 23).

Marciano Buffon (2009, p. 85), por sua vez, lembra que a “ideia de deveres fundamentais está nitidamente vinculada à concepção de solidariedade social, ou seja, só há deveres porque se vive em uma sociedade”, que poderá ser mais ou menos igual, quanto maior ou menor for a preocupação, de cada um, com o destino de todos.

Dessa forma, partindo-se da premissa de que o Estado brasileiro se caracteriza como um Estado Tributário, uma vez que depende de receitas derivadas para a própria existência e para o atendimento de seus fins sociais “é lógico concluir que, por força do princípio da solidariedade, caberia a cada cidadão dar sua contribuição para esse Estado Social e Tributário de Direito” (YAMASHITA, 2004, p. 60).

A respeito da questão, Helenilson Cunha Pontes (1999, p. 147) lembra que a atividade de imposição tributária, “como de resto todas as demais atividades estatais, deve ser dirigida para o atendimento dos objetivos elencados no artigo 3º da Constituição Brasileira”, pois a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, na qual as desigualdades sociais sejam reduzidas, é dever fundamental imposto ao Estado Republicano.

Nesse sentido, Torres (2005, p. 181) afirma que a solidariedade “é, sobretudo, uma obrigação moral e um dever jurídico. Mas, em virtude da correlação entre deveres e direitos, informa e vincula a liberdade, a justiça e a igualdade”.

Por essa razão, Ribeiro (2009, p. 10) leciona que “não há mais como crer no mito de que existe um direito do contribuinte em contraposição ao interesse do Estado, pois a grande questão do direito tributário” não é, apenas, representada pela relação vertical existente entre os contribuintes e o fisco, mas, principalmente, pela relação horizontal que há entre os vários contribuintes de uma mesma sociedade.

Portanto, verifica-se que a tributação não possui influência, somente, na relação do Estado com os cidadãos, pois ela afeta, também, a relação dos cidadãos uns com os outros. Daí a importância de se constituir um direito justo, ou melhor, um direito tributário mais humanizado.

1.4.2. Extrafiscalidade e direitos humanos.

É cediço que a construção de um Estado Democrático de Direito e o cumprimento das garantias fundamentais albergadas no texto constitucional passam obrigatoriamente pela via do financiamento destas estruturas.

As ações governamentais que se fundam nos objetivos constitucionais fundamentais da República, passam por programas estruturantes oriundos de um processo de planejamento político, administrativo, econômico e orçamentário para a consecução dos arranjos institucionais politicamente estabelecidos para a eficiência das Políticas Públicas e, como bem observa Maria Paula Dallari Bucci, (2013, p. 39) esta deve visar a concretização de objetivos definidos, devendo expressar a seleção de prioridades, a reserva dos meios necessários à sua consecução e um intervalo de tempo para um necessário atingimento dos resultados.

Imaginar um Estado sem uma política governamental que tenha sistematizado o caráter arrecadatório, é impor ao homem um fracasso em seu desenvolvimento humano. Assim, tributar, no melhor termo concebido por Matheus Carneiro Assunção é viabilizar o cumprimento da função estatal e, (2010, p. 13) como pondera Bucci (2013, p. 39) é uma forma de política pública mais racional de organização estrutural do Poder Público na forma de intervenção, tornando mais efetivo o processo de modernização, de redução das desigualdades sociais e de inclusão social.

Se pensado de forma clássica, o Estado por intermédio da instituição dos tributos servia apenas à proteção da liberdade individual e a propriedade privada. No entanto, com o surgimento do estado social, a tributação foi concebida como indutor de comportamentos voltando suas atenções a efetivação dos direitos sociais.

E neste ponto, a tributação extrafiscal tem desempenhado um importante papel de reforma social e desenvolvimento econômico, intervindo diretamente na economia do país.

O termo extrafiscalidade remete às normas jurídicas tributárias (competência) que dispõem sobre a ordem pública, a intervenção econômica, redistribuição de renda, servindo, quase que exclusivamente, a promover os direitos fundamentais. (CALIENDO, 2005, p. 195)

O Estado enquanto gestor do orçamento público precisa, para fins de cumprir com sua atividade financeira, captar recursos materiais para manter sua estrutura em funcionamento. Não obstante a resistência do contribuinte em contribuir a tal desiderato, vê-se no poder estatal um autêntico provedor das necessidades coletivas.

A instituição de tributos, principal fonte dos ingressos públicos voltados ao atingimento dos objetivos fundamentais (insertos no art. 3º da Constituição Federal de 1988),

contribui para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização. Para tanto, o ente estatal, para manter seus objetivos institucionais, deve centrar-se em políticas públicas de desenvolvimento.

Neste contexto, reforçando a importância da tributação e sua correlação a políticas públicas desenvolvimentistas, Leandro Paulsen, observa que “a tributação é inerente ao Estado, seja totalitário ou democrático” (2014, p. 22). Então, por via incidência de tributos, tem-se a intervenção do Estado na economia; uma interferência no domínio econômico firmado como extrafiscalidade.

Dessa forma, a extrafiscalidade traduz-se no conjunto de normas que, embora formalmente integrem o direito tributário, tem por finalidade principal e dominante a consecução de determinados resultados econômicos ou sociais através da utilização de instrumentos fiscais e não a obtenção de receitas para fazer frente face às despesas públicas. (BUFFON, 2010, p. 557).

Nesse sentido, a imposição estatal através da extrafiscalidade tem por finalidade preponderante o interesse coletivo, a busca por resultados econômico-sociais positivos, características que advém de sua natureza interventora (não arrecadatória). É a exceção a fiscalidade; sem, contudo, esquecermos que a finalidade extrafiscal não elide a fiscal, pois ambas coexistem, sem que aja prevalência de uma ou de outra forma de tributação. (BUFFON, 2010, p. 558).

Assim, a extrafiscalidade, em sua face de exoneração, se consubstancia na concessão de isenções ou benefícios fiscais, com vistas a concretizar direitos fundamentais, assegurar e estimular o desenvolvimento socioeconômico de determinada região ou incentivar determinada atividade que seja de interesse da coletividade.

A título de exemplo, ao assegurar a dedução dos gastos com saúde, educação, dependentes, etc. o Estado brasileiro está reconhecendo que essas despesas, de resto involuntárias, comprometem sua capacidade contributiva (mínimo existencial), e com efeito, autoriza o contribuinte a desonerar-se, preservando o seu patrimônio mínimo.

Em suma, em virtude do acima exposto, evidencia-se a acerca do uso da tributação como meio a realização dos princípios e direitos fundamentais, em destaque a realização da dignidade da pessoa humana, por via aplicação da tributação extrafiscal e análise do papel do Estado na realização dos direitos sociais concretos.

De outro lado, o direito tributário poderá servir como instrumento de efetivação de direitos da personalidade, na medida em que garanta o direito à saúde, sob o aspecto da proteção da vida, integridade física e psíquica das pessoas.

1.5. Limitações constitucionais: Princípios constitucionais tributários.

A Constituição é a maior expressão da unidade entre Direito e Poder, haja vista que a Constituição representa uma Carta de Direitos, mas que nasce daquela mais originária decisão de um poder político: o Poder Constituinte.

A partir da análise do poder constituinte e da sua precedência em face do texto constitucional, verifica-se que a soberania provém do povo, nos termos do que se expressa no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, segundo o qual: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

O poder constituinte originário estabelece assim os princípios e regras de funcionamento do Sistema Tributário Nacional, bem como funda as bases da competência tributária dos entes federados para a instituição e majoração de tributos, e ainda introduz determinadas limitações para o exercício do poder tributante pelo Estado.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 545):

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

A partir desta definição extrai-se o entendimento de que os princípios seriam os vetores originários de adequação, interpretação e concretização de um sistema jurídico, tendo por função a compreensão das regras jurídicas, informando assim o seu sentido e servindo de mandamento nuclear destas.

J. J. Canotilho (2003, p. 1087), esclarece de forma sistemática sobre as diferenças entre regras e princípios, quando diz:

Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem) que é ou não

é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada, consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos.

O jurista Eros R. Grau, também tratando desta diferenciação, manifestou no sentido de que as regras devem ser aplicadas por completo ou não aplicadas, não comportando exceções, enquanto os princípios não se excluem, comportando exceções no âmbito de sua aplicação. Sobre o assunto aponta que:

As regras jurídicas não comportam exceções. Isso é afirmado no seguinte sentido; se há circunstâncias que excepcionem uma regra jurídica, a enunciação dela, sem que todas essas exceções sejam também enunciadas, será inexata e incompleta. (1998, p. 89)

Ainda, Robert Alexy (2011, p. 123), assevera que os princípios seriam normas que ordenam algo que, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, seja realizado em medida tão alta quanto possível. Segundo o autor, a diferenciação entre regras e princípios constitui uma coluna mestra do edifício da teoria dos direitos fundamentais. Para Alexy, as normas de direitos fundamentais, sem raridade, são definidas como princípios e:

Com ainda mais frequência, o caráter principiológico nas normas de direitos fundamentais é sublinhado de maneira menos direta. Como será visto, isso ocorre, por exemplo, quando se faça em valores, objetivos, fórmulas abreviadas ou regras sobre ônus argumentativo. Por outro lado, faz-se referência às normas de direitos fundamentais como regras quando se afirma que a Constituição deve ser levada à sério como lei, ou quando se aponta para a possibilidade de fundamentação dedutiva também no âmbito dos direitos fundamentais. (1999, p. 86)

Assim, sob todos os pontos de vista que se analisa o objeto em questão – princípio – verifica-se que o mesmo representaria uma norma jurídica destinada à interpretação das demais normas jurídicas, apontando os caminhos que devem ser seguidos na aplicação das leis e resolução de conflitos que por ventura surjam. São, portanto, as bases do ordenamento jurídico, e por terem âmbito de validade maior, orientam a interpretação de outras regras, inclusive das regras constitucionais.

Nesse sentido, se uma norma possuir uma pluralidade de sentidos, prevalecerá aquela que esteja de acordo com os princípios constitucionais, entendendo assim, que os princípios se sobrepõem às normas e às leis existentes em nosso ordenamento jurídico.

Em matéria tributárias, os princípios previstos na Constituição funcionam verdadeiramente como mecanismos de proteção dos contribuintes frente ao ímpeto arrecadatório do Estado, o qual a Constituição Federal de 1988, os posicionou na Seção II, denominada “Limitações do Poder de Tributar”.

Dessa forma, pode-se dizer que tais princípios existem para proteger o cidadão contra os abusos de poder do Estado em relação a sua atividade de tributação. E que em face do elemento teleológico, portanto, o intérprete deve extrair desses princípios a efetiva proteção do contribuinte. (2008, p. 52).

E no intuito de colocar limites ao poder de tributar dos entes federados a Constituição Federal trouxe diversos princípios de relevante importância, como por exemplo, o princípio da legalidade, previsto no artigo 150, inciso I da Constituição, que giza: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;”. (BRASIL, 1988).

Da leitura do dispositivo infere-se que o instrumento hábil a criar ou majorar um tributo é a lei, aqui entendida em seu sentido estrito, sendo que os elementos submetidos à reserva legal seriam o fato gerador, a base de cálculo, a alíquota e os sujeitos (passivo e ativo).

Em regra, a lei que cria os tributos é a lei ordinária, contudo existem exceções que para existir precisam ser criadas por meio de lei complementar, que como cediço exige um *quorum* qualificado para a sua aprovação (art. 69 da CF). Exemplo: Imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII, da CF), Empréstimos compulsórios (art. 148 da CF), e os impostos de competência residual da União (art. 154, I, da CF).

Existem exceções ao princípio da legalidade, aqui estudado sobre o viés da estrita legalidade tributária, sendo que alguns tributos podem ter suas alíquotas majoradas por meio de ato do poder executivo a exemplo do Imposto de Importação, Imposto de Exportação, Imposto sobre Produto Industrializado, Imposto sobre Operação Financeiras, Cide-Combustível e ICMS sobre combustíveis (art. 153, §1º, Art. 155, §4º, IV e art. 177, §4º, I, ”b”, CF). Todavia, tais exceções tomam-se por conta a característica da extrafiscalidade preponderantemente presente nesses tributos.

Roque Antonio Carrazza ainda observa que para a devida segurança dos contribuintes sobre os elementos de identificação do fato imponible (hipótese de incidência,

sujeito ativo e passivo), seria vedado o emprego de analogia (pelo Judiciário), e da discricionariedade (pela Administração Pública). Segundo o autor a legalidade para o direito tributário não é somente cumprir a exigência de lei em seu sentido formal na criação ou majoração de tributos, deve ainda a referida lei trazer todos os elementos do tipo tributário, o qual chamou de princípio da tipicidade tributária (2006, p. 210).

Portanto, para que o princípio da legalidade tributária alcance sua finalidade, como instrumento protetor da segurança jurídica, exige-se o requisito da tipicidade, isto é, da mesma forma que não se pode admitir tipo penal inteiramente aberto, não se pode admitir tributo sem definição legal do tipo sobre o qual incide a lei tributária.

1.5.1. Princípios tributários relacionados aos direitos humanos.

A Constituição Federal de 1988 abriga princípios desde o seu preâmbulo até os Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), e já em seu artigo 1º enumera os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana, e os princípios da soberania nacional e da cidadania, conjunto esse de princípios, que figuram entre os mais úteis e essenciais ao desenvolvimento humano.

Por outro lado, em matéria tributária, existem princípios constitucionais que, apesar de regularem as atividades de tributação do Estado, de igual forma, visam à proteção do indivíduo.

Nesse sentido, pode-se inicialmente citar o princípio da capacidade contributiva. A Constituição Federal de 1988 insere no seu artigo 145, § 1º, a seguinte redação:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (BRASIL, 1988).

Atualmente, inserido no âmbito do Sistema Tributário Nacional, o princípio da capacidade contributiva, havia ficado de fora da Constituição de 1967 e da EC nº 1, de 1969.

Ives Gandra Martins (2002, p. 232), afirma que a capacidade contributiva é “[...] a exteriorização da potencialidade econômica de alguém, independentemente de sua vinculação ao poder tributante”. Segundo o autor, esse princípio, do ponto de vista objetivo, apresenta a ideia de que o legislador tributário deve captar fatos da vida que expressem de alguma forma uma riqueza do sujeito. Nessa perspectiva, todos os tributos estão irrestritamente sujeitos ao

princípio da capacidade contributiva. Já sob o aspecto subjetivo, o princípio da capacidade contributiva é expresso na ideia de que paga mais tributo quem tem melhores condições financeiras.

Do ponto de vista subjetivo, a capacidade econômica somente se inicia após a dedução das despesas necessárias para a manutenção de uma existência digna para o contribuinte e sua família.

Tais gastos pessoais obrigatórios, com alimentação, vestuário, moradia, saúde, em vista das relações pessoais do contribuinte, devem ser considerados com rendimentos em sentido econômico – mesmo no caso dos tributos incidentes sobre o patrimônio, como heranças e doações.

Dessa forma, realiza-se o referido princípio constitucional por meio do cumprimento das regras de vedação à tributação confiscatória e do mínimo existencial, este último essencialmente necessário para a manutenção da vida e da saúde da pessoa humana (art. 150, IV, e art. 1º, III, CF).

Além disso, como observa Ricardo Lobo Torres: “O princípio está estritamente ligado ao valor justiça, e encontra o seu fundamento no valor da solidariedade que permite a correlação entre direitos e deveres fiscais, própria da noção de cidadania fiscal.” (2005, p. 303).

Por sua vez, o princípio da capacidade contributiva tem uma estreita relação com o princípio da igualdade ou isonomia tributária, que se encontra prevista no inciso II do artigo 150 da CF, nos seguintes termos:

Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; (BRASIL, 1988).

Empregada a noção de justiça distributiva aristotélica, o tributo deverá ser estabelecido em iguais termos para todos aqueles contribuintes que tenham uma mesma capacidade contributiva; isto é, a atribuição de encargos tributários deverá ser feita de acordo com a riqueza de cada indivíduo.

Assim, o princípio da capacidade contributiva é um critério de aplicação da igualdade que busca conteúdo nesse valor e no direito de pagar tributo na mesma proporção daquele que possui a mesma riqueza (RIBEIRO, 2003, p. 61).

Para Humberto Ávila (2010, p. 358), “o critério de justiça, no Direito Tributário, deve ser a capacidade contributiva (art. 145, parágrafo 1º)” daquele que suporta o ônus fiscal, de modo que qualquer tentativa de se afastar esse “direito preliminar de igual tratamento deve ser fundamentada”, pois, caso contrário, o próprio significado do princípio da capacidade contributiva estaria sendo violado.

Assim, observa-se que, para ser justo, o direito exige critérios, “sobretudo quando uma coletividade de pessoas está destinada a compartilhar cargas e pretensões, que estão conexas com a vida em comum de uma comunidade”. Logo, qualquer imposição tributária sem critérios ou princípios, pode ser vista como arbitrária, pois carece de “uma medida unitária” que lhe impeça de “medir por diferentes medidas” situações equivalentes (TIPKE, 2012, p. 14).

De tal modo, pode-se dizer que o princípio da capacidade contributiva fundado no princípio da igualdade garante, pelo menos em tese, um sistema tributário justo e humanizado, que não dá lugar às arbitrariedades e a privilégios, pois “assegura que situações equivalentes venham ser tratadas do mesmo modo, e situações não-equivalentes, de modo diverso” (CARRAZZA, 2009, p. 327).

Quanto à igualdade, este princípio foi expressamente consagrado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, concretamente nos artigos 1º e 6º. (USP, 2020).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, estabeleceu no artigo 7º que “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”. (1948, não paginado).

Assim, como princípio, a igualdade constitui uma garantia contra a discriminação e à arbitrariedade, vinculando de forma direta a atividade dos Poderes Públicos. Particularmente, a igualdade limita a atividade do Poder legislativo, vedando que o legislador possa dar um tratamento diverso em caso de situações iguais ou equivalentes.

Para o caso, cabe destacar que no âmbito do Imposto sobre a Renda, de finalidade extrafiscal, o princípio da igualdade, juntamente com o princípio da capacidade contributiva, permite uma carga tributária diferenciada.

Através dos instrumentos da progressividade da alíquota, que leva em consideração os critérios dos rendimentos para a garantia da justa tributação e manutenção do mínimo existencial (art. 35, Decreto n. 9.580/2018), bem como da isenção fiscal, que leva em consideração, por exemplo, a pessoa com doença grave, para a preservação da saúde, tais

princípios são efetivamente observados em prol da garantia de direitos da personalidade (art. 6º, Lei n. 7.713/1988).

De igual modo, fica assegurado o direito à saúde, à integridade física e psíquica quanto à possibilidade de dedução da base de cálculo do Imposto sobre a Renda as despesas médicas (art. 73, Decreto n. 9.580/2018). Todavia, em relação à gastos com medicamentos, tais direitos não se encontram assegurados, o que faz surgir à necessidade de se buscar, frente à omissão estatal, instrumentos normativos internacionais que busquem a efetivação desses verdadeiros direitos da personalidade.

2. O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O PLURALISMO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Neste capítulo serão tratados os pontos relevantes para o estudo do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, a partir da análise de sua estrutura, instrumentos de atuação, competências, bem como os diversos modelos de tratamento jurídicos dos tratados internacionais perante sistema de direito interno e de direito internacional, diante da abordagem da teoria do controle de convencionalidade. Na sequência, serão analisados os efeitos do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal frente à possibilidade de aplicação imediata dos tratados de direitos humanos e dos impactos das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2.1. Estrutura e desenvolvimento do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

A violação pelos Estados aos compromissos internacionais de proteção dos direitos humanos culminou na responsabilidade internacional e as respectivas punições a serem estabelecidas por intermédio das condenações emanadas pelas Cortes Internacionais.

A partir da criação do sistema global de proteção dos direitos humanos, com a Carta das Nações Unidas de 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU) incentivou a criação e a consolidação de sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, voltados para a discussão de temas como a paz, a guerra, a segurança e a garantia desses direitos. (PIOVESAN, 2017, p. 346).

Assim, no ano de 1945, na Cidade do México, ocorreu a Conferência Interamericana de Chapultepec, que resultou em uma declaração que ratificava os princípios democráticos e tentava garantir a adoção de regimes políticos semelhantes pelos Estados, a fim de evitar a propagação de princípios socialistas.

Segundo Thereza Rachel Couto Correia, a Conferência de Chapultepec foi o marco para a construção da Organização dos Estados Americanos (OEA), pois apresentou diretrizes gerais, previu o Tratado do Rio, a Carta da OEA e a Declaração Americana dos Direitos e

Deveres do Homem. Desse modo, a criação da OEA estava alicerçada, de um lado, pelos Estados Unidos, que estavam em um processo acelerado de industrialização, e, de outro, pelos países latino-americanos, os quais buscavam sua afirmação política e econômica (2008, p. 72).

De acordo com Clovis Gorczewski, depois de um longo caminho percorrido, em 30 de abril de 1948, aprovou-se a Carta da OEA e, em 2 de maio do mesmo ano, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Contudo, tais documentos ainda viriam a sofrer emendas e alterações. Entre essas alterações, houve a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na Declaração de Santiago do Chile de 1959. Seu objetivo inicial era promover os direitos humanos, o que também viria a ser ampliado mais tarde. (2016, p. 176).

Em 1965, a II Conferência Interamericana Extraordinária, realizada no Rio de Janeiro, expandiu a competência da CIDH, que, além de promover e proteger os direitos humanos, passaria a atuar como um órgão de controle dos Estados que viessem a violar tais direitos (PIOVESAN, 2017, p. 334).

Com efeito, tanto a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, quanto a Carta da OEA acolheram direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, visto que tiveram grande influência das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, acabando por servir como um texto de repulsa.

E em 1969, em San José, na Costa Rica, foi aprovada a Convenção Americana de Direitos Humanos (também conhecida como Pacto de San José), que entrou em vigor em 1978, ocasião em que a Convenção Americana criava a Corte Interamericana de Direitos Humanos, instalada em 1979 como meio de proteção e garantia de tais direitos (TEREZO, 2014, p. 144).

Desse modo, relatam Rosana Helena Maas e Ana Paula Daroit, que os casos de violação dos direitos humanos são encaminhados à Comissão por meio de queixas individuais ou de comunicações estatais. Após preenchidos todos os requisitos e cumpridos todos os prazos e formalidades quanto às queixas, petições e audiências, a Comissão busca um acordo para o conflito. Não havendo acordo, é redigido um relatório com o resumo dos fatos, a expressa informação de violação ou não de direitos humanos ou da Convenção Americana e as recomendações para remediar ou compensar os danos (2019, p. 17).

De acordo com o Regulamento Comissão Interamericana de Direitos Humanos o prazo para o cumprimento das recomendações é de três meses. Se o prazo não for respeitado, a Comissão tem duas opções: encaminhar o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos ou realizar um segundo relatório, impondo novo prazo (2013, não paginado).

Assim, a responsabilização do Estado perante a comunidade internacional é realizada por meio de dois órgãos oriundos da Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme está previsto em seu artigo 33:

São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-Partes nesta Convenção:

- a. a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e
- b. a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte. (1969, não paginado).

Nestes dois órgãos encontram-se os instrumentos de prevenção e reparação de eventuais direitos violados, e, assim, a garantia do efetivo cumprimento do dever de zelar pela proteção dos direitos humanos.

2.2. Instrumentos de atuação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Pela análise do texto da Pacto de San José, é nítida a prevalência da função da Comissão quanto à observância, promoção e proteção dos direitos humanos. Ademais, seu regulamento interno estabelece os procedimentos a serem observados quando ocorre a violação de qualquer direito estabelecido na Declaração Americana de Direitos ou na Convenção Americana, a qual passa-se à análise.

2.2.1. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece em seu artigo 44, que qualquer pessoa, grupo de pessoas ou organização não governamental, legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da OEA, podem apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violações de direitos humanos reconhecidas pelos tratados internacionais. (1969, não paginado).

Desse modo, a Comissão é o primeiro órgão a receber a petição, exarando, após uma análise adequada, um relatório que trate acerca da responsabilização do Estado denunciado. E para ser possível a responsabilização do Estado por uma violação aos direitos humanos, faz-se necessário, inicialmente, que este tenha ratificado a Convenção referida, e, portanto, reconheça a competência da Comissão.

De acordo com a Carta da OEA⁴ “[...] o sentido genuíno da solidariedade americana e de boa vizinhança não pode ser outro que o de consolidar neste Continente dentro do marco das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado com respeito aos direitos essenciais do homem”.

A Carta estabelece a Comissão como órgão principal da OEA, que tem como função promover a observância e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da OEA nesta matéria. Segundo informações da própria Comissão, esta realiza seu trabalho com base em três pilares: 1º) o Sistema de Petição Individual; 2º) o monitoramento da situação dos direitos humanos nos Estados Membros, e 3º) a atenção a linhas temáticas prioritárias (OEA, 2020, não paginado).

Assim, através dessa estrutura, a Comissão considera que, no contexto da proteção dos direitos de toda pessoa sob jurisdição dos Estados americanos, é fundamental dar atenção às populações, comunidades e grupos historicamente submetidos à discriminação, sendo, portanto, o primeiro órgão a receber a petição, exarando, após uma análise adequada, um relatório que diga acerca da responsabilização do Estado. (CIDH, 2020, não paginado).

Ainda, antes de apresentar uma queixa contra um Estado-membro, devem ser analisados três pontos condicionais para tanto: a) o Estado acusado deverá ter violado um dos direitos estabelecidos na Convenção Americana ou na Declaração Americana; b) deverá o denunciante ter esgotado todos os recursos legais disponíveis no Estado onde ocorreu a violação, e a petição à Comissão deverá ser apresentada dentro dos seus meses da data da decisão final sobre o caso pelo tribunal correspondente (“esgotar os recursos” significa que, antes de recorrer à Comissão, o caso deverá ter sido apresentado aos tribunais de justiça ou às autoridades do país de que se trate, sem que se tenham obtido resultados positivos); e c) a queixa não deverá estar pendente de outro procedimento internacional (PIOVESAN, 2009, p. 75).

Importante ressaltar que essas condições podem ser dispensáveis, desde que possa ser verificado que a vítima teve negado seu acesso aos meios internos de solução, se houve impedimento em obter satisfação, ou, ainda, se as leis internas não asseguram o devido acesso aos procedimentos legais de proteção dos direitos violados (CIDH, 2020, não paginado).

⁴ Reformada pelo Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos "Protocolo de Buenos Aires", assinado em 27 de fevereiro de 1967, na Terceira Conferência Interamericana Extraordinária, pelo Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos "Protocolo de Cartagena das Índias", assinado em 5 de dezembro de 1985, no Décimo Quarto período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral, pelo Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos "Protocolo de Washington", assinado em 14 de dezembro de 1992, no Décimo Sexto período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral, e pelo Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos "Protocolo de Manágua", assinado em 10 de junho de 1993, no Décimo Nono Período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral. (OEA, 2020, não paginado).

Por fim, nos casos em que for constatada demora do poder judiciário em analisar o devido processo, também possibilitam à vítima o acesso direto à Comissão.

Igualmente, cabe analisar também como requisito de admissibilidade a inexistência de litispendência internacional, ou seja, se a mesma questão não está pendente de análise em outra instância internacional (PIOVESAN, 2009, p. 76).

Após a decisão quanto à admissibilidade, é comunicado ao Governo acerca da acusação e solicitado que este encaminhe à Comissão informações suficientes para que possa ser analisado se existem ou subsistem os motivos da petição ou comunicação.

Em caso de o Estado-membro não cumprir as recomendações, pode a Comissão publicar suas conclusões em um relatório anual encaminhado à Assembleia da Organização dos Estados Americanos, ou ainda, como última providência, enviar o caso para ser apreciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, se o Estado tiver reconhecido a sua jurisdição, mediante declaração expressa e específica (CIDH, 2020, não paginado).

2.2.2. A Corte Interamericana de Direito Humanos.

Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, composta por sete juízes, com sede em San José na Costa Rica, é um órgão independente e autônomo, econômica e administrativamente, criado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, mas não subordinado à OEA – ainda que sua Secretaria funcione em conformidade com as disposições administrativas da Secretaria Geral da OEA, e que seu orçamento seja submetido a aprovação na Assembleia Geral da OEA (2009, não paginado).

O principal objetivo da Corte IDH é aplicar e interpretar as normas da Convenção Americana, possuindo competência jurisdicional e consultiva. De acordo com Clovis Gorczewski, a competência consultiva está ligada a uma forma de agir mais preventiva, com a finalidade de interpretar a Convenção, dispositivos, leis ou qualquer tratado, de modo a ajudar os Estados a cumprir as diretrizes acerca dos direitos humanos (2016, p. 186).

Já para a Corte exercer sua competência jurisdicional, é preciso que haja consentimento expresso por parte do Estado, que, ao se tornar Estado-membro da OEA, declara aceitar e reconhecer a validade das decisões da Corte. Essa atribuição contenciosa consiste no exame de casos em que o Estado tenha violado a Convenção Americana de Direitos Humanos.

As reparações impostas pela Corte em suas sentenças visam a restaurar o direito violado com a reparação integral do dano e com a punição dos culpados. Nesse sentido, as reparações subdividem-se em: material, por perda ou redução da renda; e imaterial (reparação

de dano moral), em que o dano é caracterizado pelos sentimentos das vítimas e altera de forma substancial sua existência (SILVEIRA, 2013. p. 45).

2.3. As competências consultivas e contenciosas da Corte Interamericana e seus critérios de interpretação.

De acordo com o artigo 2º de seu Estatuto, a Corte IDH julga as violações aos direitos humanos, uma vez concluído o trâmite na Comissão (1979, não paginado). É um órgão jurisdicional autônomo, que tem por objetivo a aplicação e a interpretação da Convenção. Segundo Ramos (2002, p. 85), compete à Corte Interamericana de Direitos Humanos:

[...] conhecer casos contenciosos quando o Estado demandado tenha formulado declaração unilateral de reconhecimento de sua jurisdição. Além disso, pode ser acionada por qualquer país da OEA para interpretar norma relativa a tratados de direitos humanos no seio interamericano.

As funções da Corte Interamericana são classificadas e definidas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) em duas categorias: contenciosa (artigos 61, 62 e 63) e consultiva (artigo 64).

Assim, a Corte apresenta competência contenciosa e consultiva. No que se refere ao plano consultivo, ela se estende a todos os países que integram a OEA, independente de fazerem ou não parte da Convenção. Desse modo, qualquer membro da OEA pode solicitar um parecer da Corte quanto à interpretação de um tratado relativo à proteção dos direitos humanos ou mesmo da Convenção.

O artigo 1.1 da Convenção Americana estabelece que os Estados Parte "se comprometem a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos nela e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição". Desta forma, as violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana podem acarretar a responsabilidade de um Estado, desde que a pessoa se encontre baixo sua jurisdição. Portanto, o exercício desta é uma precondição necessária para que um Estado incorra em responsabilidade por condutas que lhe sejam atribuíveis e que se aleguem violadoras de algum direito convencional (Corte IDH, 2017, não paginado).

Em outras palavras, o entendimento jurisprudencial da Corte para que um Estado seja considerado responsável por uma violação à Convenção Americana, primeiro seria necessário estabelecer que o referido Estado esteja exercendo "jurisdição" em relação a pessoa ou pessoas que se alegam vítimas da conduta violadora à direitos humanos.

Neste sentido, a Corte IDH entende que o uso do termo jurisdição previsto no artigo 1.1 da Convenção Americana, implica que o dever estatal de respeito e garantia dos direitos humanos se deve a toda pessoa que se encontre no território do Estado ou que de qualquer forma seja submetida a sua autoridade, responsabilidade ou controle. (Corte IDH, 2017, não paginado).

No caso da República Federativa do Brasil, este em 10 de dezembro de 1998, reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte, mas promulgou a referida declaração somente em 2002 por meio do Decreto nº 4.463 de 8 de novembro do mesmo ano. E no ano de 2006, veio então a primeira condenação do Brasil, no caso *Damião Ximenes Lopes*, julgado pela Corte IDH, ou seja, a primeira condenação do Brasil em uma instância internacional de direitos humanos e também a primeira sentença da Corte relativa a violações de direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais (Corte IDH, 2006, não paginado).

A Corte deve assim exercer sua competência contenciosa, considerando a responsabilidade do Estado pela violação, uma vez que este se obrigou, ao ratificar a Convenção Americana, a não só garantir, como prevenir e investigar, usando todos os recursos que dispuser para impedir as violações à Convenção (art. 62, item 1, da Convenção).

A exemplo disso, pode-se citar o caso *Gelman versus Uruguai* (Corte IDH, 2011), segundo o qual reafirmou a obrigação do Estado infrator de investigar violações de direitos humanos, como modalidade de medida positiva para assegurar o respeito aos direitos previstos na Convenção Americana:

184. A obrigação de investigar violações de direitos humanos encontra-se dentro das medidas positivas que os Estados devem adotar para garantir os direitos reconhecidos na Convenção. O dever de investigar é uma obrigação de meios e não de resultado, que deve ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples formalidade, condenada de antemão a ser infrutífera, ou como uma mera gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas, de seus familiares ou do aporte privado de elementos probatórios.⁵

Com isso, tais compromissos geram obrigações de punir, com o rigor de suas normas internas, os infratores de normas de direitos humanos constantes de sua legislação e da Convenção Americana, assegurando ainda à vítima a reparação adequada.

⁵ 184. La obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención²¹⁶. El deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios.

O Estado não pode se eximir da obrigação de reparar a violação, conforme estabelecem as normas de Direito Internacional relativas à responsabilidade internacional do Estado, alegando, por exemplo, que a medida a ser tomada violaria seu direito interno. A competência contenciosa será *ratione personae*, *ratione materiae* e a *ratione temporis* (GUERRA, 2012, p. 278).

No que tange à competência contenciosa *ratione personae*, verifica-se que somente os Estados-partes e a Comissão é que possuem legitimidade para acionar a Corte Americana:

Artigo 61

1. Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte.
2. Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50.

Assim, devem ser adotadas medidas para que o sistema de proteção dos direitos humanos no âmbito do continente americano possa avançar principalmente quando confrontados com o sistema europeu. Isso porque no plano americano ainda não foi reconhecido o *jus stand* do indivíduo, ou seja, não pode a pessoa humana ingressar diretamente com ações no âmbito da Corte Interamericana.

Nesse sentido Antônio Celso Pereira relata s seguinte observação (2006, p. 264):

Em suas reflexões e recomendações de *lege ferenda* expostas no curso que ministrara na sessão externa da Academia de Direito Internacional da Haia realizada na Costa Rica, em 1995, para o aperfeiçoamento e fortalecimento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade chama a atenção para o fato de que, sem o direito de petição individual, e o conseqüente acesso à justiça no plano internacional, os direitos consagrados nos tratados de direitos humanos seriam reduzidos a pouco mais do que letra morta. [...] O direito de petição individual abriga, com efeito, a última esperança dos que não encontraram justiça em nível nacional. Não me omitiria nem hesitaria em acrescentar, - permitindo-me a metáfora, - que o direito de petição individual é indubitavelmente a estrela mais luminosa no firmamento dos direitos humanos.

Outrossim, em Voto Concordante emitido na Opinião Consultiva OC 17/2002, de 28 de agosto de 2002, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos à solicitação da Comissão Interamericana, Antonio Augusto Cançado Trindade, há época juiz, afirmava que o direito de petição individual às Cortes Internacionais de Direitos Humanos representaria um resgate histórico do indivíduo como sujeito de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Referindo-se, nesta oportunidade, a seu Voto no caso Castillo Petruzi y Otros *versus* Peru (Exceções Preliminares, Sentença de 04/09/1998), ressalta que, instado pelas

circunstâncias do caso, qualificou o direito de petição individual como cláusula pétrea dos tratados de direitos humanos que o consagram (Corte IDH, 2002, não paginado).

Outro aspecto relevante, conforme observa Sidney Guerra (2012, p. 345)., está relacionado à “competência *facultativa*” da Corte, uma vez que para conhecer de qualquer caso contencioso que lhe seja submetido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou por um Estado-Parte da Convenção Americana, a Corte só poderá exercer esta competência contra um Estado por violação dos dispositivos da Convenção Americana, se este Estado, de modo expresso, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação da Convenção Americana ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, em declaração apresentada ao Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos, deixar claro que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção

Em relação à competência material (*ratione materiae*), encontra-se estabelecida no artigo 62, que prevê que a Corte IDH poderá conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção:

Artigo 62

[...]

3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial. (1969, não paginado).

E no que tange à *ratione temporis*, a competência da Corte pode também sofrer limitações. Isso porque o artigo 62, item 2, do referido tratado internacional, estabelece que a competência pode ser aceita por prazo determinado:

Artigo 62

[...]

2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte.

Além disso, a Corte poderá também se manifestar de forma consultiva (Opinião Consultiva - OC), quando forem encaminhadas consultas pelos Estados-partes, emitindo pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os instrumentos internacionais:

Artigo 64

1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

De fato, o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos (e também da Comissão - CIDH) é bastante relevante no contexto regional, principalmente, se for levado em consideração às graves violações a direitos humanos que foram praticadas no continente nos períodos de golpes e regimes militares em quase todo o continente, representando verdadeiros abusos e supressão de direitos.

Antes da implantação desse Sistema de Proteção Regional dos Direitos Humanos, esgotavam-se as possibilidades de se obter reparação de danos por violação aos direitos humanos de modo interno, através de inúmeras instâncias até se chegar a uma Corte Constitucional, que pudesse restabelece e reparar direitos fundamentais.

Sem embargo, Flavia Piovesan, aponta que apesar do fenômeno da jurisdição internacional em matéria de direitos humanos caracterizar-se em hodierna realidade, observa-se grande crescimento de casos que consagram a responsabilidade internacional do Estado por violação aos direitos da pessoa humana (2000, p. 45).

Ressalta ainda a autora pela importância do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, nos seguintes termos:

Cabe realçar que o sistema interamericano tem assumido extraordinária relevância, como especial lócus para a proteção de direitos humanos. O sistema interamericano salvou e continua salvando muitas vidas; tem contribuído de forma decisiva para a consolidação do Estado de Direito e das democracias na região; tem combatido a impunidade; e tem assegurado às vítimas o direito a esperança de que a justiça seja feita e os direitos humanos sejam respeitados. O sistema americano tem revelado, sobretudo, dupla vocação: impedir retrocessos e fomentar avanços no regime de proteção dos direitos humanos, sob a inspiração de uma ordem centrada no valor da absoluta prevalência da dignidade humana. (2000, p. 251)

Por conseguinte, a Corte Interamericana de Direitos Humanos assentou entendimento no sentido de que o dever de reparação por violação de norma da Convenção

Americana é um procedimento internacional especial, que visa a reparação de graves violações a direitos humanos e não de uma simples ação de reparação de danos do direito civil interno.

No caso Velásquez Rodríguez x Honduras, em sentença proferida no dia 29 de julho de 1998, a Corte estabeleceu por unanimidade que: “*Honduras está obligada a pagar una justa indemnización compensatoria a los familiares de la víctima*”⁶, com base nos seguintes argumentos:

26. A reparação do dano causado pela violação de uma obrigação internacional consiste na restituição integral (*restitutio in integrum*), que inclui o restabelecimento da situação anterior e a reparação das consequências que a violação produziu e o pagamento de uma indenização a título de compensação por danos patrimoniais e imateriais, incluindo danos imateriais.

27. Quanto ao dano imaterial, a Corte declara que este é indenizável nos termos do Direito Internacional e, em particular, nos casos de violação dos direitos humanos. Seu acordo deve estar em conformidade com os princípios de equidade.

[...]

54. A obrigação de reparar, como já foi dito, não deriva do direito interno, mas da violação da Convenção Americana. Em outras palavras, é o resultado de uma obrigação internacional. Por conseguinte, os referidos familiares de Manfredo Velásquez, para reclamar uma indenização, apenas têm que comprovar o vínculo familiar, mas não estão obrigados a seguir o procedimento exigido pela legislação hondurenha em matéria hereditária. (1989, não paginado).

Portanto, as decisões reparatórias emitidas pela Corte IDH não se referem à revisão de decisão interna, pelo contrário, as condenações aos Estados infratores impõe à obrigação autônoma, definitiva e inapelável de reparar o dano.

Dessa forma, a Corte confirma o que dispõe os artigos 67 e 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969, não paginado):

Artigo 67

⁶ 26. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral.

27. En lo que se refiere al daño moral, la Corte declara que éste es resarcible según el Derecho internacional y, en particular, en los casos de violación de los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad. [...].

54. La obligación de resarcimiento, como quedó dicho, no deriva del derecho interno sino de la violación de la Convención Americana. Es decir, es el resultado de una obligación de carácter internacional. En consecuencia los citados familiares de Manfredo Velásquez, para poder exigir la indemnización, únicamente tienen que acreditar el vínculo familiar, pero no están obligados a seguir el procedimiento que exige la legislación hondureña em materia hereditária.

A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

Artigo 68

1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.
2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

Por outro lado, diante do que dispõe o item 2 do artigo 68, acima transcrito, ressalta-se a necessidade de harmonizar o sistema nacional e internacional de proteção e reparação de direitos, mediante a conjugação de tais sistemas, sem que um exclua o outro, fortalecendo assim os mecanismos de reparação de danos no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (CORREIA, 2008, p. 242).

Com isso, compete ao Estado infrator promover a responsabilidade primária e ao sistema internacional uma ação suplementar em relação aos direitos violados.

Veja-se, de fato, que a responsabilidade internacional em matéria de direitos humanos reforça o valor jurídico das normas protetivas dos direitos da pessoa humana, tendo em vista que defere maior efetividade dos direitos, bem como a devida sanção aos Estados que violam essas normas.

André Ramos de Carvalho (2002, p. 9) acentua que:

as obrigações internacionais nascidas com a adesão dos Estados aos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos só possuem conteúdo real quando o mecanismo de responsabilização por violações é eficaz. Tal mecanismo deve ser o mais amplo possível para que se evite justamente o caráter meramente programático das normas internacionais sobre direitos humanos.

Por isso mesmo é que a própria Convenção Americana não deixou dúvidas acerca da imperatividade das decisões da Corte IDH. Assim, a grande importância conferida à Corte Interamericana reside no fato de que suas decisões são imperativas e exigíveis dentro do território dos países que ratificaram a Convenção.

2.3.1. Os impactos das decisões da corte interamericana de direitos humanos no Brasil.

No tocante ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos da OEA, que efetivamente implementou mecanismos de proteção aos direitos humanos a partir da década

de cinquenta, o Brasil não foi inserido desde a sua origem, muito em consequência dos regimes autoritaristas vigentes no país até 1985 (VENTURA; CETRA, 2012, p. 2).

Mais tarde, com a Constituição Federal de 1988 já promulgada, diante de uma nova realidade jurídica e política no país, buscando a consolidação da redemocratização, em 1992, o Brasil ratifica a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) e, em 1998, reconhece a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, porém, somente promulga a referida declaração no ano de 2002 por meio do Decreto nº 4.463 de 8 de novembro.

Em uma pequena análise quantitativa é possível dimensionar a situação brasileira no Sistema Interamericano, especificamente na Corte de direitos humanos. Na Corte, de acordo com informações atuais do próprio site da Corte IDH, o Brasil possui 2 (dois) casos em trâmite, 14 (quatorze) sentenças, sendo 9 (nove) condenatórias⁷ e 5 (cinco) de arquivamento; e 44 (quarenta e quatro) medidas provisórias.

Tais condenações possuem o efeito de constituir pública e internacionalmente o Estado brasileiro como violador de direitos humanos, ignorando os inúmeros tratados e documentos internacionais que, de livre e espontânea vontade, comprometeu-se a observar.

Por outro lado, essas condenações tiveram impactos na realidade brasileira, motivando a criação de leis específicas, instituindo obrigações estatais, bem como a revisão de diversos sistemas administrativos internos ocasionadores de violações de direitos humanos.

Inicialmente, a partir da condenação primeira condenação no caso Damião Ximenes Lopes, o Brasil passou a ressignificar os hospitais psiquiátricos precários, desativando até o ano de 2006. No ano de 2001, promulgou-se então a Lei 10.216/2001, que dispôs sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, passando a implementar-se uma nova política de proteção e atendimento às pessoas com doença mental no país.

Já em Julia Gomes Lund e Outros (2009), em que o Brasil foi condenado pelo desaparecimento forçado de opositores do regime militar integrantes da Guerrilha do Araguaia na década de 1970, podem ser destacados os seguintes desdobramentos: a) aprovação da Lei n. 9.140/1995, que reconhece a responsabilidade do Estado pela morte de opositores políticos no período de dois de setembro de 1961 a quinze de agosto de 1979; b) criação, pela mesma Lei,

⁷ (1) Caso Damião Ximenes Lopes (2004); (2) Caso Arley José Escher e Outros (2007); (3) Sétimo Garibaldi (2007); (4) Julia Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia – 2009); (5) Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde (2015); (6) Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros (Favela Nova Brasília – 2015); (7) Pueblo Indígena Xucuru e seus membros (2016) (8) Vladimir Herzog e outros (2016); e (9) Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e Seus Familiares (2020).

da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, que visa localizar as pessoas desaparecidas, reconhecê-las como vítimas e, conforme o caso, autorizar o pagamento de indenização; c) aprovação da Lei n. 12.528/2011, que cria a Comissão Nacional da Verdade; d) aprovação da Lei 12. 527/2011, que regulamenta o acesso às informações públicas (CEIA, 2003, p. 132).

Nesse sentido, pode-se tomar algumas dessas repercussões como exemplificativas dos efeitos gerados no ordenamento jurídico interno a partir de decisões do direito internacional que buscaram assim efetivar a tutela dos direitos humanos e fundamentais da pessoa.

2.4. O *status* constitucional dos tratados de direitos humanos no Brasil e o controle de convencionalidade.

O termo “controle de convencionalidade” surgiu na década de 70 na França, quando o Conselho Constitucional francês proferiu a decisão nº 74-54, em 15 de janeiro de 1975 e declarou-se incompetente para o exercício de compatibilidade entre leis e tratados internacionais. Todavia, a técnica não foi desenvolvida em solo europeu, o que somente ocorreu em campo latino-americano (MORAES; SILVA, 2020, não paginado).

A evolução da técnica em análise ganhou corpo a partir de 2006. Conforme destaca Mazzuoli (2011, p.34), a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que o controle era obrigatório, no caso *Almonacid Arellano e outros versus Chile*. Diante disso, foi firmando formalmente a doutrina do controle jurisdicional de convencionalidade, e a partir daí, o controle de harmonização das leis internas com os tratados sobre direitos humanos, foi ganhando novos contornos.

Nos dizeres de André de Carvalho Ramos (2016, p. 331) o controle de convencionalidade, diz respeito a uma técnica que harmoniza as normas nacionais com as normas internacionais, representando uma análise de compatibilidade (convencionalidade) de atos comissivos ou omissivos do direito interno em relação às normas internacionais.

Assim, enquanto o controle de constitucionalidade *prima* pela adequação à Constituição pelas demais leis internas, o controle de convencionalidade atua pelo ajustamento das normas domésticas em relação aos tratados internacionais.

Mas como pondera Valério de Oliveira Mazzuoli (2011, p. 25), antes de trazer o desenvolvimento da teoria sobre o controle jurisdicional da convencionalidade das leis é importante estudar o *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos no sistema brasileiro, pois quando se falar em controle de convencionalidade, a referência à expressão designará tão

somente a compatibilização vertical das leis com os tratados de direitos humanos em vigor no país. À compatibilidade das leis com os instrumentos internacionais comuns denomina-se de controle de supralegalidade, como se explicará oportunamente.

Desta forma, primeiramente, se faz necessário atentar para o fato de que a promulgação da Constituição de 1988 foi um marco significativo para o início do processo de redemocratização do Estado brasileiro e de institucionalização dos direitos humanos no país.

Atualmente, já se encontram ratificados pelo Brasil (estando em pleno vigor entre nós) praticamente todos os tratados internacionais significativos sobre direitos humanos pertencentes ao sistema global de proteção dos direitos humanos (também chamado de sistema das Nações Unidas). São exemplos desses instrumentos (já incorporados ao direito brasileiro) a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Referentes à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil (2000), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados (2000) e, ainda, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como Convenção de Mérida (2003).

Isso tudo sem falar nos tratados sobre direitos sociais (v.g., as convenções da OIT) e em matéria ambiental internacional, também incorporados ao direito brasileiro e em vigor no país.

No que tange ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos a situação não é diferente. O Brasil também já é parte de praticamente todos os tratados existentes nesse contexto, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), do Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990), da Convenção Interamericana para

Prevenir e Punir a Tortura (1985), da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), da Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994) e da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999) (MAZZUOLI, 2011, p. 27).

É bem sabido que a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que acrescentou o § 3º ao artigo 5º da Constituição, trouxe a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um *quorum* qualificado, a fim de passarem (desde que ratificados e em vigor no plano internacional) de um *status* materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados “equivalentes às emendas constitucionais”.

Tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à produção normativa doméstica, até hoje desconhecido entre nós: o controle de convencionalidade das leis.

Desse modo, percebe-se, atualmente, uma relação dialógica entre o direito interno e o direito internacional, a qual empreende uma troca equivalente entre a Constituição e os Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, em busca da tutela dos direitos humanos. Há uma interdisciplinaridade entre o direito constitucional e o direito internacional que se revela no manifestado direito constitucional internacional (GARCIA, 2011, p. 355).

Dessa forma, o processo de democratização brasileiro que impulsionou o processo de incorporação de tais documentos internacionais, podem, portanto, reforçar ou ampliar o direito constitucional ou ainda podem, em alguns casos, contrariar o direito interno (PIOVESAN, 2017, p. 74).

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, segundo essa ótica internacional marcadamente humanizante e protetiva, erigiu a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4.º, II) a princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Este último passou a ser, inclusive, princípio pelo qual o Brasil deve reger-se no cenário internacional.

Além disso, como observa Valerio de Oliveira Mazzuoli (2011, p. 28), a Constituição deu um passo extraordinário rumo à abertura do nosso sistema jurídico ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, quando, no § 2.º do seu art. 5.º, deixa estampado que:

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 parte. (BRASIL, 1988).

Com base nesse dispositivo, percebe-se que, ao se efetuar a incorporação de tais tratados, é atribuída aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada: a natureza de norma constitucional. Isto significa dizer que os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos do qual o Brasil é parte integram o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados (PIOVESAN, 2017, p. 76).

Carlos Mário da Silva Velloso, diante da análise do § 2.º do artigo 5.º da Constituição, indica três vertentes de interpretação possíveis: a) direitos e garantias expressos na Constituição, a exemplo dos elencados nos incisos I ao LXXVIII do seu art. 5.º, bem como outros fora do rol de direitos, mas dentro da Constituição, como a garantia da anterioridade tributária, prevista no art. 150, III, b, do Texto Magno; b) direitos e garantias implícitos, subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados, e c) direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (2004, p. 38).

Ainda Antônio Augusto Cançado Trindade (2003, p. 624), pondera que:

A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária – não só representa um apego sem reflexão a uma postura anacrônica, já abandonada em vários países, mas também contraria o disposto no art. 5.º (2) da Constituição Federal brasileira. Se se encontrar uma formulação mais adequada – e com o mesmo propósito – do disposto no art. 5.º (2) da Constituição Federal, tanto melhor; mas enquanto não for encontrada, nem por isso está o Poder Judiciário eximido de aplicar o art. 5.º (2) da Constituição. Muito ao contrário, se alguma incerteza houver, encontra-se no dever de dar-lhe a interpretação correta, para assegurar sua aplicação imediata; não se pode deixar de aplicar uma disposição constitucional sob o pretexto de que não parece clara.

Em virtude das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais existentes até então no Brasil, e com o intuito de pôr fim às discussões relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, acrescentou-se um parágrafo subsequente ao § 2.º do art. 5.º da Constituição, por meio da Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, com a seguinte redação:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988).

A redação desse dispositivo, como se percebe, é materialmente semelhante à do artigo 60, § 2.º, da Constituição, segundo o qual toda proposta de emenda à Constituição: “Será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”.

A semelhança dos dispositivos está ligada ao fato de que, antes da entrada em vigor da Emenda 45 de 2004, os tratados internacionais de direitos humanos, anteriormente à sua ratificação pelo Presidente da República, eram exclusivamente aprovados (por meio de Decreto Legislativo) por maioria simples, nos termos do artigo 49, inciso I, da Constituição, o que gerava inúmeras controvérsias jurisprudenciais sobre a aparente hierarquia infraconstitucional (nível de normas ordinárias) desses instrumentos internacionais no nosso direito interno (MAZZUOLI, 2011, p. 33).

Todavia, esclarece Celso Lafer (2005, p. 6) que:

O novo parágrafo 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao clarificar a lei existente.

Em síntese, pode-se concluir que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos inovam significativamente o universo dos direitos nacionalmente consagrados, seja por reforçar sua imperatividade jurídica, seja por adicionar novos direitos, ou mesmo por suspender preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos. Em qualquer dessas hipóteses, estes tratados internacionais surgem no intuito de aprimorar e fortalecer, nunca de restringir, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano.

Neste diapasão, em 2008, o STF deu destaque especial aos tratados de direitos humanos, conferindo-lhes patamar de normas supralegais, ou seja, na posição intermediária entre a Constituição e as leis federais. De fato, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1- SP, o Ministro Gilmar Mendes votou no sentido de que:

O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. (2008, não paginado)

Todavia, Celso Lafer, interpretando o § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal, entende pelo *status* constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, sendo

irrelevante o submissão de tais tratados ao procedimento estabelecido no § 3º, do mesmo artigo 5º. Segundo o autor:

Os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados. (2005, p. 17/18).

No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello, em voto proferido no HC 87.585-8 - TO, reconhece a hierarquia materialmente constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil se vinculou:

Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 - RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa CELSO LAFER, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais. (STF, 2008, não paginado).

No entanto, o pleno do STF seguiu a posição anterior apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes, segundo a qual os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito simples (antes ou depois da Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004) possuem hierarquia supralegal, enquanto que os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito congressional especial, do artigo 5º, § 3º, da CF, teriam hierarquia de emendas à Constituição.

Assim, os demais tratados continuariam a seguir a decisão antiga do Supremo Tribunal Federal, preferida no RE 80.004-SE (1977), que os colocam como equivalentes a leis ordinárias ou, no máximo, supralegais.

Diante disso, faz-se emergir a discussão acerca da adoção de dois modelos teóricos que explicam às relações dos tratados internacionais de direitos humano com o direito interno, conforme tratado a seguir.

2.5. Os modelos de relações entre o direito interno e direito internacional.

Conforme discutido, a análise da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao direito interno brasileiro, bem como a sua posição hierárquica nesse mesmo

ordenamento, tem como pressuposto necessário o estudo preliminar dos fundamentos da incorporação desses tratados internacionais, concebidos no seio do direito internacional, pelos diversos ordenamentos jurídicos internos.

Essas relações têm sido reduzidas pela doutrina a dois grandes modelos, o dualista e o monista, idealizados inicialmente por Heinrich Triepel (1998, p. 990), de um lado, por Hans Kelsen (2010, p. 540), do outro.

2.5.1. Os modelos monista e dualista.

A teoria monista admite a existência de apenas uma ordem jurídica coordenada no contexto de uma unidade normativa, logo, o direito internacional aplica-se diretamente na ordem jurídica dos Estados, independentemente de qualquer transformação.

De acordo com essa teoria, as normas internacionais podem ter eficácia condicionada a harmonia de seu teor com o direito interno. Da mesma forma, a aplicação das normas nacionais não podem contrariar os preceitos do direito internacional aos quais o Estado encontra-se vinculado.

Segundo Hidelbrando Accioly, a doutrina monista não parte do princípio da vontade dos estados, mas sim da norma superior, pois o direito é um só, quer se apresente nas relações de um estado, quer nas relações internacionais. (ACCIOLY, 2010, p. 231)

Segundo Heinrich Triepel, “[...] uma regra jurídica é o conteúdo de uma vontade superior às vontades individuais, manifestadas em vista de limitar as esferas de vontades humanas que lhe são submetidas” e, assim, fonte jurídica é “a vontade da qual a regra jurídica deriva” (1998, p. 990).

Para essa teoria, o direito interno e o direito internacional, embora tratem de assuntos diferentes, fazem parte de um todo harmônico e, portanto, devem conviver desta maneira, porém, em caso de conflitos de normas internacionais e as do ordenamento jurídico interno de cada Estado, aquelas se sobrepõem a estas, surgindo então a superioridade hierárquica do direito internacional em face do direito interno.

Como bem acentua Celso D. de Albuquerque Mello (2004, p. 124):

O monismo com primazia do Direito Internacional foi desenvolvido principalmente pela escola de Viena (Kelsen, Verdross, Kunz, etc.). Kelsen, ao formular a teoria pura do direito, enunciou a célebre pirâmide de normas. Uma norma tem a sua origem e tira a sua obrigatoriedade da norma que lhe é imediatamente superior. No vértice da pirâmide estava a norma fundamental, a norma base (``Grundnorm``), que era uma hipótese, e cada jurista podia escolher qual seria ela. Diante disso, a concepção Kelseniana foi denominada

na sua primeira fase de teoria da livre escolha; posteriormente, por influencia de verdross, Kelsen sai do seu "indiferentismo" e passa a considerar a "Grundnorm" como sendo uma norma de DI: a norma costumeira "pacta sunt servanda". Em 1927, Duguit e Politis defendem o primado do DI e como eles toda a escola realista francesa, que apresenta em favor argumentos sociológicos..

Mazzuoli acredita ainda existir outra espécie de monismo, qual seja, o "monismo internacionalista dialógico", que pode ser empregado quando a regra tratar de direitos humanos, onde prevalecerá a melhor norma a ser aplicada no caso concreto.

Nas palavras do autor:

Assim, no que tange ao tema dos "direitos humanos" é possível falar na existência de um monismo internacionalista dialógico. Ou seja, se é certo que à luz da ordem Jurídica internacional os tratados internacionais sempre prevalecem à ordem jurídica interna (concepção monista internacionalista clássica) não é menos certo que mesmo se tratando dos instrumentos que versam direitos humanos pode haver coexistência e diálogo entre eles e as normas de Direito interno. Em outros termos, no que tange às relações entre os tratados internacionais de direitos humanos e as normas domésticas de determinado Estado, é correto falar num "Diálogo das fontes". (MAZZUOLLI, 2011, p. 90).

Ademais, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 consagrou a teoria do monismo internacionalista em seu artigo 27, que dispõe: "Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado" (BRASIL, 2009). Dessa forma, pode-se concluir que monismo internacionalista é a teoria adotada pelo direito internacional (PORTELA, 2012, p. 65).

Neste sentido, Flávia Piovesan destaca que a hierarquia constitucional já se extrai de interpretação conferida ao próprio artigo 5º, § 2º, da Constituição. Segundo a autora, seria mais adequado que a redação do aludido § 3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, afirmando - tal como fez o texto argentino - que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional (2017, p. 79).

Noutro caminho, a denominação dualista foi dada por Alfred Verdross, em 1914, e aceita por Triepel, em 1923. O primeiro estudo sistematizado acerca da existência de um conflito entre normas foi realizado por Heinrich Triepel, em 1899, na obra *Volkerrecht und Landesrecht*, Triepel defendia que o direito interno e o direito internacional são duas ordens jurídicas separadas, autônomas e independentes. Em decorrência dessa completa independência, não existiria possibilidade de um conflito entre elas. (MELLO, 2004, p. 122)

De acordo com essa teoria dualista, para que uma norma internacional seja aplicada na ordem interna de um Estado, este deve primeiramente transformá-la em norma de direito interno, incorporando-a ao seu ordenamento jurídico. Essa concepção traduz a chamada ``Teoria da Incorporação``. É nesse sentido o pensamento de Paulo Henrique Gonçalves Portela, em sua obra:

O ente estatal nega, portanto, aplicação imediata ao direito internacional, mas permite que suas normas se tornem vinculantes internamente a partir do momento que se integrem ao direito nacional por meio de diploma legal distinto, que adote o mesmo conteúdo do tratado, apreciado por meio do processo legislativo estatal cabível. Cabe destacar que, com esse processo de incorporação, os conflitos que porventura ocorram envolverão não o Direito Internacional e o Direito Interno, mas apenas normas nacionais. (2012, p. 64)

Devido a teoria da incorporação, surgiram duas subdivisões ao dualismo, quais sejam: dualismo moderado e dualismo radical. De acordo com o dualismo radical, para que uma norma internacional tenha aplicabilidade e eficácia no âmbito interno, é necessário que seja transformada por uma lei interna, que a incorpore ao ordenamento jurídico nacional do Estado.

Já o dualismo moderado defende que não é necessário que conteúdo das normas internacionais seja inserido em um projeto de lei interna, bastaria um ato formal de internalização, no caso do Brasil, um decreto de promulgação do presidente da república, que inclui o ato internacional na ordem jurídica nacional.

A respeito, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1480/DF, afirmou que:

É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. (STF, 2001)

Desta forma, pode-se afirmar que no Brasil há uma prevalência na aplicação do dualismo moderado, uma vez que não há a necessidade de dupla manifestação do Congresso

Nacional como condição de validade dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

A Suprema Corte brasileira tem exigido, após a aprovação do tratado no Congresso Nacional e a troca dos respectivos instrumentos de ratificação, que seja o tratado internacional promulgado internamente, por meio de um decreto executivo, não necessitando, portanto, de transformação em lei interna.

Deve-se observar, assim, que esse controle possui caráter complementar em relação à própria Constituição, uma vez que a proteção aos direitos humanos é fundamento do Estado Constitucional de Direito, de sorte que um país, quando firma compromisso visando à proteção da pessoa humana, nada mais faz do que reforçar essa proteção ao indivíduo, de modo a sempre garantir a aplicação da norma mais benéfica à dignidade individual

Isso porque o paradigma de proteção, em cada caso, é distinto, em razão do caráter subsidiário do direito internacional e do princípio *pro homine*, pelo qual as convenções sobre direitos humanos têm aplicação quando a proteção do Estado nacional é insuficiente ou omissa e, ainda assim, no que forem mais benéficas à proteção individual (ALCALÁ, 2016, p. 14).

Aliás, é de se observar que o princípio *pro persona* encontra-se previsto em dois diplomas internacionais, ratificados pelo Brasil, a saber: a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 29, “b”) e o Protocolo de San Salvador (art. 4°):

Art. 29 – Normas de interpretação – Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

[...]

b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou de convenções em que seja parte um dos referidos Estados. (1969, não paginado).

Art. 4.º – Não admissão de restrições – Não se poderá restringir ou limitar nenhum dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob o pretexto de que este protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau. (1988, não paginado).

Desse forma, com exceção dos casos envolvendo tratados internacionais sob o rito do § 3º, do artigo 5º, da CF, o controle de convencionalidade não se aplicará quando a norma for incompatível com a Constituição, o que configuraria hipótese de inconstitucionalidade. De fato, uma lei somente seria “inconvencional” quando, apesar de válida perante o texto constitucional, trazer uma incompatibilidade com os compromissos internacionais do país no que diz respeito à proteção dos direitos humanos.

Desse modo, não se pode deixar ineficaz a regra da aplicabilidade imediata das garantias constitucionais e dos tratados internacionais, conforme disposto nos §§ 1º e 2º, da Constituição Federal de 1988.

Como observa Juliana Marteli Fais Feriato (2020, p. 2019), o direito internacional e o interno formam um único sistema, havendo a primazia do direito internacional, sendo de suma importância para a estabilidade das relações internacionais. Caso assim não fosse, isto é, se o direito internacional, dependesse, exclusivamente, da vontade do Estado, este poderia, a qualquer momento, se desvincular das obrigações assumidas, sem sofrer qualquer consequência.

Portanto, cabe ao Poder Judiciário a prática do controle de convencionalidade, tendo o caráter difuso quanto aos juízes ou tribunais domésticos, acompanhando a incorporação dos tratados de direitos humanos ao direito interno, sendo essencial que o magistrado promova a devida coordenação das fontes internacionais e internas.

De outro modo, é viável a ocorrência de controle concentrado de convencionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF) nas hipóteses em que os tratados internacionais de direitos humanos tenham sido aprovados pelo rito do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

2.5.2. O controle de convencionalidade como instrumento de proteção dos direitos da personalidade

No Brasil, é notório que o Poder Judiciário conserva para si a obrigação de controlar a convencionalidade de leis. No entanto, de acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, essa legitimidade, não se limita ao Poder Judiciário, visto que no caso *Gelman versus Uruguai* em 2011, a Corte ampliou o dever de sujeição aos tratados sobre direitos humanos para todos os órgãos do Estado (Corte IDH, 2011, não paginado).

Segundo observa Mazzuoli (2011, p. 44) a partir do referenciado caso, a Corte ampliou a obrigação do controle de convencionalidade a todos os órgãos do Estado vinculados à administração da Justiça, no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais pertinentes. Com efeito, é evidente que cabe a todos os órgãos estatais, a execução do controle de convencionalidade.

Quanto aos direitos da personalidade, compreende-se que estes ao lado dos direitos fundamentais e dos direitos humanos são direitos que possuem um mesmo objetivo, qual seja, o de proteger a pessoa humana. No entanto, não é ignorado o fato de serem direitos que, apesar das semelhanças e da possibilidade de encontro em relação a matéria entre uma espécie e outra

de direito, dispõem de alguns conteúdos e níveis diferenciados (MORAES; SILVA, 2020, não paginado).

Assim, o controle de convencionalidade, conforme apresentado, é um instrumento de compatibilização vertical entre normas domésticas e internacionais, que conjuga dois planos de direitos em benefício da proteção da pessoa humana, que contempla essas três classes de direitos: os direitos da personalidade, fundamentais e humanos.

Em que pesem as diversificações existentes entre as três naturezas de direitos, entende-se ao passo que todos os órgãos do Estado têm o dever de controlar a convencionalidade das leis e atribuir invalidade e inaplicação às normas entendidas como inconventionais, além de haver destinação de salvaguarda aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, também há proteção estendida aos direitos da personalidade. (MORAES; SILVA, 2020, não paginado).

Segundo Daniela Menengoti e Malu Romancini (2015, p. 21) a globalização e a ascensão do direito internacional propiciaram a evolução dos direitos humanos e também, em seu interior, dos direitos da personalidade. Dessa forma, os problemas que se relacionam com os direitos de viés personalíssimo, devem ser levados à proteção pelo plano internacional.

Nesse sentido, os direitos da personalidade reivindicam acolhimento para além da superfície interna dos Estados, devendo ser atribuídos os instrumentos para a devida defesa, o que abrange o controle de convencionalidade das leis.

Consoante destaca Flávia Piovesan (2018, p. 88) os tratados internacionais dirigidos aos direitos humanos “afirmam a personalidade internacional do indivíduo e endossam a concepção universal dos direitos humanos”.

Isso posto, confirma-se que a personalidade humana detém *status* internacional por meio dos tratados internacionais de direitos humanos, ao haver a compatibilização entre normas internas com os referidos tratados.

Frente a isso, verifica-se que o Estado está diante de um novo paradigma vertical de conformação de suas normas. Muito embora se reconheça a dificuldade de um controle preventivo de convencionalidade, especialmente no sistema federativo adotado pela República Federativa do Brasil, com competências legislativas exclusivas, privativas, concorrentes, comuns e suplementares, entre todos os entes políticos, os instrumentos internacionais que versem sobre direitos humanos e direitos da personalidade devem ser objeto paradigmático por ocasião da produção normativa interna.

Da mesma forma, os atos administrativos, que até pouco tempo eram dotados de mera legalidade, mas que passaram a ser objeto de análise de constitucionalidade e,

consequentemente, devem ser compatibilizados às normas convencionais, estando abrangidos pela Constituição Federal de 1988 (MAZZUOLI, 2011, p. 73).

Portanto, as obrigações convencionais de proteção de direitos humanos vinculam os Estados-partes, e não só seus governos, cabendo ao Poder Executivo, Judiciário e Legislativo tomarem todas as medidas administrativas necessárias para dar fiel cumprimento às suas obrigações internacionais, sendo que o descumprimento de tais normas ensejaria de imediato a responsabilização internacional do Estado.

3. DA TUTELA DOS DIREITOS DA PESONALIDADE DO CONTRIBUINTE PERANTE O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Neste capítulo serão apresentados os pontos relevantes para o estudo dos direitos da personalidade do contribuinte perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, auxiliando no entendimento de como o direito à vida e à saúde (integridade física e psíquica) podem ser objeto de tutela internacional. Também serão analisados os pontos específicos da possibilidade, mediante a tutela internacional, para a efetivação do direito à dedução dos gastos com medicamentos na base de cálculo do imposto sobre a renda.

3.1. Direito à saúde e o mínimo existencial.

O direito à saúde, nos termos do artigo 196 da CF, pressupõe que o Estado deve não apenas garantir serviços públicos de promoção, proteção e recuperação da saúde, mas adotar políticas econômicas e sociais que melhorem as condições de vida da população, evitando, assim, o risco de adoecer.

A busca da concretização do direito à saúde, é assunto corrente de análise e discussão hodierna, cuja abrangência não é apenas local, mas também nacional e mundial. Dessa forma, o estudo do direito à saúde na legislação interamericana e em sua jurisprudência ganha apreço, principalmente, em face da discussão frente à jurisdicização dos direitos sociais no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Antes de adentrar o assunto, cumpre lembrar que o direito à saúde está incluso no rol dos direitos sociais (artigo 6º, CF) e, por esse motivo, é referido na legislação interamericana de forma expressa ou incorporado aos direitos econômicos, sociais e culturais.

No Brasil, inclusive, é compreendido como direito social fundamental, ao lado de outros direitos fundamentais individuais, bem como, representa um direito da personalidade, quando analisado sob a perspectiva de sua manutenção, ou seja, a integridade física e psíquica (art. 13, CC/02).

Ensina Pontes de Miranda (2000, p. 216) que:

O direito de personalidade, os direitos, as pretensões e ações que dele se irradiam são irrenunciáveis, inalienáveis, irrestringíveis. São direitos irradiados dele os de vida, liberdade, saúde (integridade física e psíquica), honra, igualdade.

De outra parte, sempre lembrando que a saúde, na condição de bem jurídico, é tutelada tanto como direito humano quanto fundamental⁹¹ (assim como lhe são inerentes um conjunto de deveres fundamentais), importa destacar que também a saúde é marcada por uma forte interdependência, que aponta tanto para a existência de zonas de convergência e superposição com outros bens (direitos e deveres) que constituem também objeto de tutela autônoma (vida, privacidade, moradia, trabalho, alimentação, vestuário, entre outras), mas que também reclama seja considerada tanto a existência de uma fronteira entre os diversos males que afetam a saúde (ações/omissões da própria pessoa ou de terceiros, riscos coletivos provocados pelo homem, catástrofes naturais) e as medidas para conservação e proteção da saúde (LOUREIRO, 2006, p. 664)

Além disso, embora não se possa desconsiderar que também no caso da saúde existe toda uma rede normativa que atua como sistema jurídico de referência para a sua proteção e promoção, no sentido de uma verdadeira juridicidade em rede, que abrange tanto o sistema de proteção internacional (incluindo aqui o regional e toda a produção normativa que pode ter relevância) quanto o nacional, com destaque para o caso do Brasil em relação à infinidade de legislações que tutelam o direito à saúde (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 198), inclusive, em matéria tributária, como é o caso da possibilidade de dedução do Imposto de Renda os gastos médicos e as isenções à pessoas com doenças graves.

Segundo Alfredo Augusto Becker (1972, p. 455), um dos alcances da eficácia jurídica da capacidade contributiva é a obrigatoriedade do legislador criar isenções tributárias que preservem o mínimo existencial. Segundo o autor:

Esta criação das isenções tributárias em correlação simultânea ao estabelecimento do tributo cria, o conceito jurídico de mínimo indispensável em relação àquele determinado fato signo presuntivo de uma espécie de renda ou de uma espécie de capital.

Seguindo com o detalhamento de alguns dos aspectos centrais da dogmática constitucional do direito à saúde, importa retomar aqui a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa (negativos) e direitos prestacionais (positivos) visto que o direito à saúde, dependendo da função que assuma no caso concreto, pode ser reconduzido – assim como os

direitos fundamentais de um modo geral e tal como já anunciado – a ambas as categorias, com reflexos relevantes em termos de eficácia e efetividade.

Com efeito, na condição de direito de defesa, o direito à saúde assume a condição de um direito à proteção da saúde e, em primeira linha, resguarda o titular contra ingerências ou agressões que constituam interferências na e ameaças à sua saúde, sejam oriundas do Estado, sejam provindas de atores privados. Já como direito a prestações, o direito à saúde pressupõe a realização de atividades por parte do destinatário (o Estado ou mesmo particulares) que assegurem a fruição do direito. (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 199)

Portanto, é dentro do âmbito dos direitos fundamentais que se desenvolve a noção do mínimo existencial, mas especificamente dentro do grupo dos direitos sociais, posto que a mera positivação não foi capaz de lhes conferir juridicidade, em face de obstáculos de natureza técnico-jurídica ainda não equacionados.

O mínimo existencial não é uma categoria universal. Varia de lugar para lugar, mesmo dentro de um mesmo país. É a combinação de capacidades para o exercício de liberdades políticas, civis, econômicas e culturais que determinará este patamar de mínimo existencial. Não são apenas os aspectos econômicos os principais envolvidos. ”A expansão dos serviços de saúde, educação, seguridade social etc. contribui diretamente para a qualidade da vida e seu florescimento.

Ana Paula de Barcellos (2008, p. 272) apresenta a seguinte definição acerca do que seja mínimo existencial:

o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.

A Constituição Federal pode também auxiliar o legislador, ao editar normas que assegurem o mínimo existencial, como é caso do artigo 7º, inciso IV, da CRFB, segundo o qual:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Em outras palavras, o mínimo existencial, de acordo com a CRFB, abrange a garantia de atendimento das necessidades vitais básicas vinculadas à moradia, alimentação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, depois de atendido a tais necessidades, pode o cidadão ser apontado como possível contribuinte, antes não.

Para Ana Paula Barcellos (2008, p. 251), a concretização do mínimo existencial consistiria na implementação de direitos à educação básica, à saúde, à assistência social e acesso à justiça, com a prestação da assistência jurídica gratuita integral.

Apesar dessa impossibilidade de elencar os elementos nucleares do que consiste o mínimo existencial, no sentido de apresentar um rol fechado e taxativo, com posições subjetivas, verifica-se que a composição do mínimo existencial dependerá da análise (ou pelo menos a possibilidade de uma averiguação) à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso; e deve o Legislador observar, ao instituir ou majorar tributos, exatamente estes pontos e garanti-los, sob pena de ofensa ao princípio ora sob análise

3.2. O Imposto sobre a Renda da Pessoa Física e os mecanismos normativos para a implementação do direito à saúde.

O Imposto de Renda da Pessoa Física é um imposto exprimido pela sigla IRPF com previsão no artigo 153, inciso III, da Constituição Federal. Sua competência é da União e irá incidir sobre “rendas e proventos de qualquer natureza”.

O artigo 43 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966), delimita a previsão constitucional, trazendo como fato gerador (que dará origem a obrigação de pagar o imposto):

[...] a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica [...] de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; [...] de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior” (BRASIL, não paginado).

Logo, esse imposto incidirá sobre todo rendimento da pessoa física que represente um ganho econômico.

3.2.1. Breve histórico do Imposto sobre a Renda.

No Brasil, conforme ensina Aliomar Baleeiro (2001, p. 282), os primeiros estudos e projetos visando a criação de um imposto sobre a renda datam do século XIX. O primeiro diploma legal que tratou de uma imposição tributária semelhante ao imposto de renda, mas não

especificamente com esse nome, foi o artigo 23 da Lei nº 317, de 21 de outubro de 1843, no segundo reinado, e que impunha um imposto progressivo sobre os vencimentos percebidos pelos cofres públicos, conforme transcrito:

Art. 23: Fica creada a seguinte contribuição extraordinária durante o anno desta lei.

§ 1º. Todas as pessoas que receberem vencimentos dos Cofres Públicos Geraes, por qualquer título que seja, ficão sujeitas a uma imposição, que será regulamentada pela maneira seguinte:

De 500\$000 a 1:000\$000 2 por cento
 De 1:000\$000 a 2:000\$000 3 por cento
 De 2:000\$000 a 3:000\$000 4 por cento
 De 3:000\$000 a 4:000\$000 5 por cento
 De 4:000\$000 a 5:000\$000 6 por cento
 De 5:000\$000 a 6:000\$000 7 por cento
 De 6:000\$000 a 7:000\$000 8 por cento
 De 7:000\$000 a 8:000\$000 9 por cento
 De 8:000\$000 para cima 10 por cento.
 (BRASIL, 1843, não paginado).

A necessidade de recursos gerada pela Guerra do Paraguai (1864-1870) fez com que o governo imperial lançasse duas novas imposições tributárias por meio da Lei 1.507, de 26 de setembro de 1867. Nela eram criados um imposto pessoal relacionado à propriedade de imóvel (art. 10) e um imposto sobre os vencimentos públicos (artigo 22) que foi extinto e retomado várias vezes até sua extinção definitiva da década de 1910.

Com o advento da República, Rui Barbosa, primeiro Ministro da Fazenda, foi um grande defensor do imposto de renda, mas somente em dezembro de 1922 o imposto de renda foi instituído no Brasil por intermédio do artigo 31 da Lei nº 4.625, de 31 de dezembro de 1922, abaixo transcrito (SRFB, 2014, p. 25):

Art.31. Fica instituído o imposto geral sobre a renda, que será devido, annualmente, por toda a pessoa physica ou juridica, residente no territorio do paiz, e incidirá, em cada caso, sobre o conjunto liquido dos rendimentos de qualquer origem. (BRASIL, 1922, não paginado).

Por sua vez, a primeira Constituição da República brasileira, a de 1824, silenciou a respeito da discriminação das competências tributárias entre os governos central, das províncias, dos municípios e das vilas, deixando o poder fiscal concentrado na pessoa do Imperador (MORAES, 1994, p. 119.).

Nos anos seguintes, por meio de sucessivos aperfeiçoamentos, o imposto ganhou representatividade econômica e em 1943 sua arrecadação ultrapassa pela primeira vez o

imposto sobre consumo, sendo que a alíquota de 20% passa a vigorar a partir de 1944. (SRFB, 2014, p. 26)

A declaração com desconto simplificado foi instituída a partir do exercício de 1976. No exercício de 1977, ano-base de 1976, por força do Decreto-lei nº 1.493/1976, o contribuinte pôde abater da renda bruta as despesas efetivamente realizadas com o aluguel da sua residência, até o limite anual de Cr\$7.200,00 (BRASIL, 1976, não paginado).

No exercício de 1991 a então Secretaria da Receita Federal (SRF) instituiu o preenchimento da declaração em meio magnético e em 1997 foi instituída a entrega da declaração de ajuste anual pela internet (SRFB, 2014, p. 26).

Dessa forma, a partir de 1998 a legislação do IRPF passa a ser mais concisa e estável, com a estrutura de apuração do rendimento tributável, das deduções e do imposto devido muito próxima ao que é feito hoje em dia.

3.2.2. Isenção de Imposto sobre a Renda para portadores de doenças graves.

A Lei n. 7.713/1988 iniciou sua tramitação no Congresso Nacional por meio do Projeto de Lei n. 1.064/1988, de iniciativa do Poder Executivo, com o propósito de simplificar as normas que regem a incidência do imposto de renda.

Na exposição de motivos, em específico com relação ao artigo 6º, o então Ministro da Fazenda, Mailson da Nóbrega, indica que se refere a isenção de alguns rendimentos, cuja natureza econômica ou social aconselha a sua manutenção (BRASIL, 1988, não paginado).

Apesar de sua previsão legal ser antiga, ainda há muitos questionamentos acerca da possibilidade de isenção de imposto de renda para portadores de doenças crônicas.

Atualmente, as doenças consideradas para efeito de isenção são aquelas elencadas no artigo 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88, a saber:

Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguinte rendimentos percebidos por pessoas físicas:

[...]

XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma; (BRASIL, não paginado).

Após alguns anos, a própria Receita Federal do Brasil expediu a Instrução Normativa nº 15/2001 repetindo o que já dizia a Lei 7.713/88, com pequena modificação, inclusive para adotar o procedimento de requerimento administrativo do benefício junto ao órgão. Segundo a Instrução Normativa nº 15/2001 da RFB:

Art. 5º Estão isentos ou não se sujeitam ao imposto de renda os seguintes rendimentos:

[...]

XII - proventos de aposentadoria ou reforma motivadas por acidente em serviço e recebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida (Aids) e fibrose cística (mucoviscidose); (SRFB, não paginado).

Por sua vez, seja a título de instrução normativa ou lei em sentido formal, toda e qualquer interpretação do rol de doenças graves deve ser feito de modo extensivo, a fim de garantir maior efetividade ao direito à saúde por meio do imposto de renda.

Verifica-se que o legislador, ao isentar o imposto sobre a renda nesses casos, quis amenizar os portadores daquelas doenças dos custos com seu tratamento, seja ele medicamentoso ou até mesmo psicológico, atribuindo assim amplo caráter humanitário ao imposto de renda.

Também em caso análogo, envolvendo servidor público portador de doença grave, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, extraída do julgado realizado no Recurso Especial n. 1322927 – DF (data da publicação: 23/11/2012), foi no sentido do artigo 186, inc. I, §1º, da Lei n. 8.112/1990, trazer um rol exemplificativo. Segundo a ementa: “[...] não há como considerar taxativo o rol descrito no art. 186, I, § 1º, da Lei n. 8.112 /90, haja vista a impossibilidade de a norma alcançar todas as doenças consideradas pela medicina como graves, contagiosas e incuráveis.”

Já existem projetos de lei para expandir o rol de doenças crônicas no sentido de dar o mesmo benefício da isenção, já que, comparativamente às já elencadas, provocam em seus pacientes desgaste financeiro, físico e psíquico. São eles o Projeto de Lei nº 3148, de 2019, que visa isenta do imposto de renda, além dos proventos de aposentadoria, os rendimentos percebidos pelos portadores de doenças raras, moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget

(osteíte deformante), contaminação por radiação e síndrome da imunodeficiência adquirida; e o Projeto de Lei nº 1.227 em 27/02/2019, que visa ampliar o benefício para trabalhadores ou seus dependentes com doença grave, assim como para aposentados sadios que tenham dependentes com doença grave).

3.2.3. Dedução do Imposto sobre a Renda com despesas médicas.

A maioria dos países em que há tributação da renda da pessoa física adota o sistema de dedutibilidade de certas despesas, da base de cálculo do imposto. Isso significa que o tributo não incide a renda auferida para fazer frente a tais despesas. Esta técnica é possível porque, renda e consumo se confundem. Essa assertiva decorre da constatação que a renda de alguém, em determinado período de tempo, será transformada em aumento do seu patrimônio, ou em consumo.

Não é outra a fundamentação do conceito de renda de Haig-Simons: renda é aumento do potencial de consumo de alguém, durante certo lapso temporal. (LEONETTI, C. A., 2003, p. 22)

Hugo de Brito Machado (2006, p. 102) indica existir duas razões que determinam a dedutibilidade de certos gastos: a) Assegurar o cumprimento do princípio da capacidade contributiva (vigente no Brasil e presente em outros países); b) Estimular determinados comportamentos, pelo contribuinte, que o Estado entende relevantes, à luz das políticas públicas adotadas.

Assim, ao assegurar a dedução dos gastos com saúde (incluindo medicamentos), educação, dependentes, etc. o Estado brasileiro estaria reconhecendo que essas despesas comprometem a capacidade contributiva.

Com efeito, o contribuinte que tem dependentes, e com os quais tem gastos consideráveis relativamente com à saúde e à educação, provavelmente, não poderá pagar imposto sobre a renda, no mesmo valor em que outro cidadão, com a mesma renda bruta, mas sem dependentes, o faria.

Resta claro, portanto, que a não possibilidade dessas deduções, especialmente, com a saúde, comprometeria irremediavelmente a capacidade contributiva do cidadão, violando o próprio direito à saúde em seus aspectos que protegem sua integridade física e psíquica.

Atualmente, o Regulamento do Imposto de Renda (Decreto n. 9.580/2018) permite que o contribuinte, pessoa física, deduza, da base de cálculo do imposto, algumas despesas. A maioria delas está sujeita a limite. As despesas com saúde, em tese, não estão sujeitas a limite.

Todavia, os gastos com saúde não incluem a aquisição de medicamentos, exceto se esse valor integrar a conta hospitalar (BRASIL, 2018, não paginado).

Mas se o contribuinte pode abater as despesas em que incorreu com médicos, dentistas e outros profissionais da área de saúde, sem obedecer a limites, uma vez que tais despesas se revelam involuntárias e absolutamente necessárias, não se revela justo proibir o abatimento de gastos com medicamentos utilizados nos respectivos tratamentos.

Tanto as despesas com profissionais de saúde, como as compras de medicamentos, têm o mesmo fim: a preservação da saúde do contribuinte, e/ou de seus dependentes.

Pior ainda é aceitar a solução dada pela lei, segundo a qual se o contribuinte estiver internado em estabelecimento hospitalar, e o preço dos medicamentos forem incluídos na respectiva conta, estes serão dedutíveis, ao passo que o contribuinte sob tratamento grave e de alto custo, mas fora do hospital, não possa deduzir gastos com os remédios. Em outras palavras: o contribuinte internado estará tendo tratamento tributário mais favorecido do que o não internado, sem que se vislumbre qualquer razão lógica ou jurídica para tal discriminação. (LEONETTI, 2017, não paginado),

De outra banda, verifica-se também violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, pela situação em foco, uma vez que, ao negar ao contribuinte o direito à dedução dos gastos com remédios, gastos estes de caráter obrigatório, contribui para que não seja respeitado o chamado mínimo vital, ou existencial.

3.3. Princípios informadores do Imposto sobre a Renda

Como todo e qualquer instituto jurídico e, por conseguinte, os tributos, o IRPF resta informado por diversos princípios, inseridos no próprio texto constitucional. A seguir, discorrer-se-á sobre alguns desses princípios.

O princípio da igualdade (ou isonomia) tributária estava implícito (BALEIRO, 2001, p. 520) no texto constitucional anterior de 1967, e hoje é expresso no artigo 150, inciso II, da CF:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos. (BRASIL, não paginado).

Em decorrência dessa norma, que por seu turno é corolário do princípio constitucional geral segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 1988, não paginado) tanto o legislador quanto o aplicador da lei não poderiam conferir tratamento tributário diferente aos contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

A origem desse princípio remonta à Europa do século XVIII, quando ainda subsistiam alguns privilégios de nascimento (MORAES, 1994, p. 111). Não por acaso, a igualdade figurava no lema³ dos revolucionários que galgaram o poder na França em 1789 e foi contemplada no primeiro artigo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto daquele ano, assim como nas Constituições francesas que se seguiram. (BALEIRO, 2001, p. 520)

Na lição de Bernardo Ribeiro de Moraes (1994, p. 113), o princípio da igualdade jurídica, do qual se origina a isonomia tributária, determina que todos sejam iguais perante a lei desde que sejam respeitadas as diferenças existentes, de sorte que somente as pessoas em circunstâncias e condições iguais é que devem receber o mesmo tratamento.

O princípio da igualdade tributária exige, assim, que a lei, tanto ao ser elaborada quanto ao ser aplicada, respeite duas exigências básicas, segundo Carrazza (2009, p. 61), que são: “1) não discrimine os contribuintes que se encontrem em situação equivalente; e 2) discrimine, na medida de suas desigualdades, *i.e.*, segundo a capacidade contributiva de cada um, os contribuintes que não se encontrem em situação equivalente”.

Essa necessidade de conferir tratamento distinto aos contribuintes que se encontram em situação desigual decorre do fato de que, se tal não for feito, invariavelmente haverá ferimento ao princípio da igualdade jurídica, uma vez que se estará tratando igualmente os desiguais. Por outro lado, tal discriminação não pode ser feita de modo não criterioso, sob pena de não se alcançar o objetivo colimado: há que ser balizada pela capacidade contributiva.

Em sede de imposto sobre a renda, o princípio da igualdade é concretizado mediante o emprego dos critérios, ou princípios, da generalidade, da universalidade e da progressividade, os quais serão examinados posteriormente, previstos no inciso I, do §2º, do artigo 153, da CF:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

[...]

III - renda e proventos de qualquer natureza;

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso III:

I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei.

O princípio da isonomia tributária completa-se com o princípio da capacidade contributiva. Há quem sustente inclusive que a igualdade absorveria a capacidade contributiva, conforme anota Luciano Amaro (2012, p. 164). Na lição de Sacha Calmon Navarro Coêlho (2005, p. 155), a juridicidade da capacidade contributiva resulta “do lado positivo do dever de igualdade: o dever imposto ao legislador de distinguir disparidades”.

No mesmo sentido é o escólio de Luciano Amaro (2012, p. 164), para quem o princípio da capacidade contributiva “corresponde a um dos aspectos da igualdade, que é o tratamento desigual para os desiguais”.

Por esse princípio, cujo alcance se cingiria, à luz da Constituição, aos impostos – estes, sempre que possível, “terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte” (BRASIL, 1988, não paginado).

Apesar do texto constitucional usar a expressão “capacidade econômica”, o princípio é mais conhecido como o da “capacidade contributiva”. Ives Gandra Martins critica duramente o uso da expressão “capacidade econômica” pelo constituinte de 1988, pois considera que o postulado se refere à capacidade contributiva das pessoas, que com aquela não se confundiria (1989, p. 76).

Com efeito, o princípio da capacidade contributiva exige que o contribuinte de tributos, como o imposto incidente sobre a renda, suporte carga tributária compatível com sua situação pessoal, devendo observar dois parâmetros: a) distribuir a carga tributária global entre os contribuintes de acordo com a aptidão de cada um de pagar tributos; b) impedir que a carga tributária individual se torne insuportável, de modo a comprometer a subsistência do contribuinte e de sua família.

Ricardo Lobo Torres (1999, p. 334) observa que o princípio da capacidade contributiva consiste, na verdade, em legitimar a tributação, na medida em que gradua a carga tributária individual, de modo que os ricos paguem mais e os pobres, menos.

Desse modo, o princípio guarda íntima relação com o assim chamado princípio da personalização, ou da pessoalidade. Há quem inclusive veja a personalização como uma das faces da capacidade contributiva (AMARO, 2012, p. 165).

A personalização, que deve, tal como a capacidade contributiva, ser aplicada aos impostos sempre que possível, dirige-se ao legislador e implica a estruturação do tributo de modo que determinadas características do contribuinte, tais como renda, patrimônio, número de dependentes, despesas médicas e com instrução, estado de saúde, etc., sejam tomadas em consideração. Assim, a personalização permite que a capacidade contributiva seja eficazmente respeitada, conferindo concretude ao princípio da igualdade.

Os princípios da generalidade e da universalidade segundo os quais o legislador constituinte preferiu denominar de critérios informativos do imposto sobre a renda conforme já visto encontram-se também intimamente relacionados com o princípio da igualdade. Pode-se dizer que a igualdade, em termos de tributação da renda, somente é concretizada se tais princípios (ou critérios) forem devidamente respeitados. (TORRES, 1999, p. 375).

O princípio da generalidade exige que todas as pessoas se sujeitem ao imposto sobre a renda, ao passo que a universalidade importa em submeter todas as manifestações de renda do contribuinte à imposição tributária. Em outras palavras, o imposto deve incidir sobre todas as rendas, de todas as pessoas, ressalvadas as hipóteses em que o interesse público ou outro princípio constitucional, como o da capacidade contributiva⁶, justificar um tratamento diferenciado. (TORRES, 1999, p. 376).

Leonetti (2020, p. 22), em relação ao princípio da generalidade, assim comenta:

O princípio da generalidade exige que todas as pessoas se sujeitem ao imposto sobre a renda, ao passo que a universalidade importa em submeter todas as manifestações de renda do contribuinte à imposição tributária. Em outras palavras, o imposto deve incidir sobre todas as rendas, de todas as pessoas, ressalvadas as hipóteses em que o interesse público ou outro princípio constitucional, como o da capacidade contributiva, justificar um tratamento diferenciado.

Veja-se que sob esta ótica a generalidade é tratada como base da realização do primado da igualdade, pelo qual o imposto deve tratar por igual qualquer contribuinte que auferiu aumento patrimonial que esteja sujeito à tributação, independentemente de quaisquer outras situações externas.

Por sua vez, o princípio da universalidade refere-se ao alcance do conjunto de todas as espécies de rendas e proventos, isto de maneira independente da origem e da fonte de produção. O conjunto é considerado de maneira global, na qual, eventual exceção deve respeitar e se justificar no âmbito dos demais princípios constitucionais. A amplitude deste princípio abarca todo patrimônio do contribuinte, que deverá ser considerado na sua integralidade, sem qualquer fracionamento. Também deve ser considerado seu aspecto quantitativo, pois, quanto maior o volume de rendas, receitas e rendimentos que são considerados, a base de cálculo será maior, o que revela íntima relação com a capacidade contributiva. (LEONETTI; VECCHIO; MICHELS, 2020, p. 100).

Já o princípio da progressividade possui vínculo exclusivo com a alíquota. Com isto, a pessoalidade e a progressividade são os direcionadores para realizar a capacidade contributiva do imposto sobre a renda.

No entanto, a eficácia do princípio da progressividade se mostrará eficiente quando for associado aos princípios da generalidade e da universalidade, pois, juntos, atendem ao princípio da isonomia, da justiça fiscal e da capacidade contributiva. (LEONETTI; VECCHIO; MICHELS, 2020, p. 100).

No mesmo sentido, Hugo de Brito Machado (2006, p. 62) aponta que o imposto de renda progressivo deve respeitar o princípio da igualdade e da capacidade contributiva, apesar de conferir certa discricionariedade ao legislador infraconstitucional.

Dessa forma, a justiça social do imposto de renda somente poderá ser atingida quanto maior forem as faixas de incidência, proporcionais aos rendimentos de um grande número de contribuintes, de modo equitativo e isonômico, abarcando para os menos favorecidos, razoável faixa de isenção.

3.4. A proteção interamericana do direito humano e direitos da personalidade.

A Constituição Federal de 1988 positivou um extenso catálogo de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões, que em razão de sua eficácia vertical, impõem ao Estado o dever de adotar medidas efetivas e adequadas de proteção e promoção desses mencionados direitos, o que acarreta necessariamente o dispêndio de recursos públicos.

Entretanto, o Estado dispõe de limitada capacidade financeira para assegurar o pleno exercício dos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais e ambientais. Por esse motivo, o Estado precisa arrecadar para custear a implementação dos direitos fundamentais e a arrecadação se fará, principalmente, por meio da tributação.

Ocorre que, o Poder Público não pode, no exercício da competência tributária, violar as limitações constitucionais ao poder de tributar do Estado, considerados verdadeiros e típicos direitos fundamentais do contribuinte consagrados na Constituição Federal, que estabelecem uma esfera de proteção jurídica à liberdade, à propriedade e à segurança do indivíduo imune à atuação arbitrária do Estado.

Ao Poder Judiciário caberá, no exercício de suas funções típicas, o dever-poder de determinar aos demais Poderes a correta observância do ordenamento jurídico, mormente quando não atendidos os direitos fundamentais do contribuinte consagrados na Constituição Federal de 1988.

3.4.1. Análise sistêmica das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em questão de saúde e sob o prisma dos direitos da personalidade.

Oportuno ressaltar que a Corte Interamericana, em seu Relatório Anual de 2018, veio a descrever o direito à saúde como um direito humano fundamental e indispensável ao exercício adequado dos demais direitos humanos, sendo dever do Estado a proteção e a garantia de serviços essenciais de saúde:

A Corte estabeleceu que a saúde é um direito humano fundamental e indispensável para o exercício adequado dos demais direitos humanos. Todo ser humano tem direito ao gozo do mais alto nível possível de saúde, que lhe permita viver dignamente, entendida a saúde não só como a ausência de afecções ou enfermidades, mas também como um estado completo de bem-estar físico, mental e social, decorrente de um estilo de vida que permita que as pessoas alcancem um equilíbrio integral. A obrigação geral se traduz no dever estatal de garantir o acesso das pessoas a serviços essenciais de saúde, assegurando uma assistência médica de qualidade e eficaz, bem como de impulsionar o melhoramento das condições de saúde da população.

Foi com a assinatura da Carta das Nações Unidas, em 1945, que o Sistema Interamericano, em seus artigos 55 e 56, iniciou sua busca por melhores condições sociais e econômicas dos países-membros:

Artigo 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a. níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b. a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; c. o respeito universal e efetivo raça, sexo, língua ou religião.

Artigo 56. Para a realização dos propósitos enumerados no artigo 55, todos os membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente.

Verifica-se que essa normatização pode ser entendida como um esboço para os direitos sociais que seriam consagrados em documentos subsequentes, em que os países-membros se comprometeriam em agir em cooperação para obter melhores condições de vida e de bem-estar. Já o direito à saúde ganha reflexo no item b, que explicita o objetivo de solucionar problemas internacionais “sociais, sanitários e conexos”.

Segundo Trindade (2003, p. 420), foi a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que se iniciou um processo de universalização e indivisibilidade dos direitos sociais, acompanhado da adoção de instrumentos para a proteção de tais direitos.

A base dos direitos sociais, além do princípio da dignidade da pessoa humana, é o princípio da solidariedade, que proclama o direito à seguridade social e o direito ao trabalho e à proteção contra o desemprego como itens elementares e indispensáveis para a proteção das classes ou grupos sociais mais fracos ou necessitados.

Ademais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi fruto de lutas que ocorreram em diversos países e em diversos momentos da história pela busca de melhorar as condições em que viviam. Piovesan afirma que a Declaração de 1948 veio para inovar a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e pela indivisibilidade desses direitos.

Apesar da divergência acerca da natureza meramente recomendatória da Declaração da ONU, não se podem negar o comprometimento e a preocupação dos países-membros com questões dos direitos sociais, que vieram a ser, posteriormente, abarcadas por mecanismos de maior força vinculante.

Segundo Azevedo Neto, a ideia inicial nunca foi que os direitos humanos tivessem dois braços. Isso aconteceu em virtude de a Comissão responsável pela elaboração dos dois pactos considerar os direitos econômicos, sociais e culturais muito complexos para integrar um único instrumento que versasse sobre a aplicação dos direitos civis e políticos. A decisão perpassa pela ideia de que os direitos sociais são direitos programáticos, vinculados à questão orçamentária de cada país.

Outras sucessivas tentativas – por exemplo, a Proclamação de Teerã em 1968, a Conferência de Direitos Humanos de Viena em 1993, as Recomendações Gerais do Comitê de Direitos Humanos da ONU e as normas provenientes das Convenções da Organização Internacional do Trabalho sobre o respeito e a proteção da saúde do trabalhador e da necessidade de um ambiente de trabalho saudável – contribuir para a formação de um aparato jurídico com mecanismos capazes de resguardar e de proteger o direito humano e social à saúde.

No artigo XI da Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos proclamou a proteção e a promoção do direito à saúde por meio de medidas sanitárias e sociais relativas a “alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos”.

Direito à preservação da saúde e ao bem-estar.

Artigo XI. Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade.

Contudo, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, apesar de ser vinculante e obrigatória, pecou quanto aos instrumentos de proteção dos direitos sociais. O artigo 26 é o único dispositivo acerca do tema, fazendo referência ao desenvolvimento progressivo dos direitos sociais:

CAPÍTULO III. DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS.

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. (1969, não paginado).

Assim, a obrigação referente aos direitos econômicos, sociais e culturais e a seu desenvolvimento progressivo ficou a cargo dos Estados-partes. Para Azevedo Neto, a Convenção deve ser interpretada de forma integral e em conjunto com outras previsões normativas internacionais.

Outro ponto de análise e confrontação diz respeito ao fato de que, apesar de o artigo 26 estabelecer o comprometimento dos Estados-partes em desenvolver de forma progressiva os direitos sociais, o artigo 29 da Convenção, por sua vez, expressa a proibição de análise limitativa dos direitos sociais.

Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Nesta análise, o artigo 26 não pode ser compreendido de forma restritiva. Deve-se dar a ele uma interpretação ampliada a fim de efetivar os direitos sociais que constam na Carta da OEA. Assim sendo, é possível observar no Sistema Interamericano uma tentativa, ainda que tímida, de conferir aos direitos sociais – nestes incluído o direito à saúde – a mesma proteção conferida aos direitos civis e políticos. Embora tenham ocorrido grandes avanços na seara dos direitos humanos ao longo dos anos, destaca-se que o modo como se encontram normatizados

acaba por fracioná-los em blocos de direitos, ensejando debates no que diz respeito a sua natureza.

Além disso, é importante mencionar que o Protocolo de San Salvador – Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988, em seu artigo 19, parágrafo 6º, prevê que apenas os direitos à educação e à liberdade sindical são tutelados pelo sistema de petições individuais.

6. Caso os direitos estabelecidos na alínea “a” do artigo 8º, e no artigo 13, forem violados por ação que pode ser atribuída diretamente a um Estado-Parte neste Protocolo, essa situação poderia dar origem, mediante a participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando for cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (1988, não paginado).

Nesse sentido, dá aos direitos de liberdade sindical e de educação o caráter de direitos subjetivos, diferentes dos demais, possibilitando sua judicialização. Assevera-se que, com respeito aos outros direitos sociais, os Estados apenas possuem a obrigação de apresentar informes à Assembleia Geral da OEA.

Na Corte Interamericana, em virtude da legislação mencionada, é possível observar três diferentes estratégias de argumentos na proteção dos direitos sociais, conforme Piovesan (2017, p. 109): (i) dimensão positiva de direito à vida¹⁶⁷; (ii) utilização do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, especialmente para a proteção de grupos socialmente vulneráveis; e (iii) proteção indireta dos direitos sociais, mediante a proteção de direitos civis e políticos.

A partir dos estudos apresentados por Flávia Piovesan, quanto à proteção dos direitos sociais na Corte Interamericana, verificou-se que, no caso da problemática do direito à saúde, a terceira estratégia de argumentos é a que mais se amolda à questão; sendo que, apesar de haver casos envolvendo a proteção de grupos socialmente vulneráveis, como os indígenas (caso apontado a seguir), a garantia do direito social à saúde ocorre de forma indireta, notadamente pela proteção dos direitos sociais por meio de direitos civis e políticos.

Dessa maneira, apresenta-se o caso da comunidade indígena Yakye Axa *versus* Paraguai (Corte IDH, 2010, não paginado), em que a Corte decidiu acerca da proteção ao direito de propriedade sobre as terras onde a comunidade vivia, visando à garantia do direito à saúde e de outros direitos humanos vinculados a ele, como se pode ler em trecho da sentença:

167. As afetações especiais no direito à saúde, e intimamente vinculadas com este, no direito à alimentação e no acesso à água limpa impactam, de maneira

aguda, o direito a uma existência digna e as condições básicas para o exercício de outros direitos humanos, como o direito à educação ou o direito à identidade cultural. No caso dos povos indígenas, o acesso a suas terras ancestrais e ao uso e desfrute dos recursos naturais que nelas se encontram está diretamente vinculado com a obtenção de alimento e o acesso à água limpa.

Também no caso da comunidade indígena Xákmok Kásek *versus* Paraguai, o direito não garantido à propriedade das terras indígenas afetava o direito à identidade psíquica e cultural e, conseqüentemente, a saúde da tribo, por possuir uma relação muito íntima com a terra.

Já no caso Albán Cornejo e outros *versus* Equador, o Estado equatoriano foi condenado pela Corte Interamericana por suposta negligência médica em um hospital particular, por ter o dever de fiscalizar as instituições e condições médicas, fomentando a proteção da saúde e da vida dos seus cidadãos. Todavia, a Corte decidiu pela proteção ao direito à integridade pessoal, e não ao direito à saúde – trazendo, inclusive, que, naquele momento, o direito à saúde não seria imediatamente judicializável perante a Corte. Assim sendo, ocorreu a proteção do direito à integridade física com o objetivo de garantir o direito à saúde.

La protección de la salud no constituye, por ahora, un derecho inmediatamente justiciable, al amparo del Protocolo de San Salvador. Empero, es posible –y debido– examinar el tema, como lo ha hecho la Corte en el presente caso, desde la perspectiva de la preservación de los derechos a la vida y a la integridad, e incluso desde el ángulo del acceso a la justicia cuando la vulneración de aquellos bienes jurídicos –entraña de los correspondientes derechos– traiga consigo una reclamación de justicia.

Ademais, repisa-se o caso Ximenes Lopes *versus* Brasil, em que o Estado brasileiro foi condenado por maus-tratos ocorridos em uma instituição hospitalar, ocasionando a morte de um paciente que teria sido submetido forçadamente a tratamento médico psiquiátrico. O caso acarretou diversas políticas públicas que trouxeram avanços significativos para o tratamento de pacientes na área da saúde mental, bem como o aprimoramento das instituições de acolhimento e o aperfeiçoamento dos profissionais da saúde no trato com os pacientes.

O caso brasileiro foi o primeiro no âmbito interamericano a apresentar a discussão referente ao direito à saúde, por meio do direito à vida e à integridade física e psíquica de pessoas submetidas a tratamento médico em clínicas psiquiátricas, podendo assim defender que houve por parte da Corte Interamericana a primeira e efetiva atuação na proteção de direitos humanos e da personalidade no Brasil, aplicando, inclusive, uma indenização para a família do paciente morto.

Naquela oportunidade, a Corte Interamericana explanou não apenas a questão da autonomia das pessoas doentes, como também as obrigações do Estado em matéria de saúde, ficando compreendido que a saúde é um bem público cuja proteção está a cargo do Estado.

89. Com relação a pessoas que estejam recebendo atendimento médico, e considerando que a saúde é um bem público cuja proteção está a cargo dos Estados, cabe a estes a obrigação de prevenir que terceiros interfiram indevidamente no gozo dos direitos à vida e à integridade pessoal, particularmente vulneráveis quando uma pessoa se encontra em tratamento de saúde. A Corte considera que os Estados têm o dever de regulamentar e fiscalizar toda a assistência de saúde prestada às pessoas sob sua jurisdição, como dever especial de proteção à vida e à integridade pessoal, independentemente de ser a entidade que presta esses serviços de caráter público ou privado.

90. A falta do dever de regular e fiscalizar gera responsabilidade internacional em razão de serem os Estados responsáveis tanto pelos atos das entidades públicas quanto privadas que prestam atendimento de saúde, uma vez que, de acordo com a Convenção Americana, as hipóteses de responsabilidade internacional compreendem os atos das entidades privadas que estejam desempenhando função estatal, bem como atos de terceiros, quando o Estado falha em seu dever de regula-los (sic) e fiscalizá-los. A obrigação dos Estados de regular não se esgota, por conseguinte, nos hospitais que prestam serviços públicos, mas abrange toda e qualquer instituição de saúde

Dessa maneira, constata-se que, até 2018, a Corte Interamericana protegia o direito à saúde a partir de uma interpretação mais ampla da Convenção Americana à luz da indivisibilidade dos direitos humanos, ou seja, em face de um direito civil e político que indiretamente repercutia na tutela do direito à saúde.

Em 2018, com o caso *Poblete Vilches e outros versus Chile*, o direito à saúde, pelo artigo 26 da Convenção Americana, enfim recebeu proteção como direito autônomo no âmbito da Corte Interamericana. Tratou-se de uma demanda relacionada ao falecimento do idoso Vinicio Antonio Poblete Vilches após duas entradas em um hospital público no Chile. (Corte IDH, 2018, não paginado)

Na sentença, a Corte declarou a responsabilidade internacional do Estado por não garantir ao idoso o direito à saúde sem discriminação, mediante serviços necessários básicos e urgentes, em atenção à situação especial de vulnerabilidade como pessoa idosa, e pelos sofrimentos físicos e psíquicos decorrentes da falta de atendimento do paciente. Ademais, ficou consignado que, com vistas à assistência médica de urgência, os Estados devem garantir elementos como: qualidade, acessibilidade, disponibilidade e aceitabilidade.

Na leitura e análise da jurisprudência da Corte Interamericana, é possível perceber os avanços na proteção do direito à saúde, inicialmente sendo protegido pela via indireta pelos

direitos civis e políticos, até ser resguardado como direito autônomo, estabelecendo obrigações específicas aos Estados para esse fim, com justiciabilidade definida pelo artigo 26 da Convenção Americana, o qual trata do direito ao desenvolvimento progressivo, conforme já mencionado:

1.1 O direito à saúde protegido pelo artigo 26 da Convenção

100. Na sentença do caso Lagos del Campo Vs.Peru, a Corte desenvolveu e concretizou pela primeira vez uma condenação específica em forma autônoma do artigo 26 da Convenção Americana, disposto no Capítulo III, intitulado Direitos Econômicos, Sociais e Culturais deste tratado. Assim, este Tribunal reiterou sua competência para conhecer e resolver controvérsias relativas ao artigo 26 da Convenção Americana, como parte integrante dos direitos nela listados, em relação aos quais o artigo 1.1 confere obrigações gerais de respeito e garantia aos Estados. Outrossim, a Corte reiterou a interdependência entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, pois devem ser entendidos integralmente e de forma única como direitos humanos, sem hierarquia entre si e exigíveis em todos os casos diante das autoridades competentes. (Corte IDH, 2018, não paginado).

É notória, dessa maneira, a importante atuação da Corte Interamericana como a guardiã do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, com o objetivo de proteger os direitos humanos em todos os seus aspectos, resguardando-os de possíveis violações – apesar da divisão no momento da criação do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Econômico, Social e Cultural, visto que o entendimento da época era de que os direitos econômicos, sociais e culturais seriam de ordem privativa interna do Estado, ocasionando uma proteção parcial dos direitos sociais.

Resta nítido, portanto, que a Corte Interamericana vem progressivamente atuando de forma a ampliar a proteção dos direitos humanos, expandindo para a análise dos aspectos econômicos, sociais e culturais dos indivíduos, com uma leitura mais aberta e inovadora da legislação internacional. Seu sistema multinível de proteção tem proporcionado avanços significativos na proteção e promoção dos direitos humanos, evitando retrocessos.

3.5. A tutela internacional para a efetivação do direito à saúde do contribuinte do Imposto sobre a Renda.

Atualmente, a legislação permite que o contribuinte, pessoa física, deduza, da base de cálculo do imposto, algumas despesas. A maioria destas estão sujeitas a limites. Mas despesas com saúde, em tese, não estariam:

Art. 73. Na determinação da base de cálculo do imposto sobre a renda devido na declaração de ajuste anual, poderão ser deduzidos os pagamentos efetuados, no ano-calendário, a médicos, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais e hospitais, e as despesas com exames laboratoriais, serviços radiológicos, aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias. (BRASIL, 2018, não paginado).

Entretanto, os gastos com saúde não incluem a aquisição de medicamentos, exceto se o valor destes integrar a conta hospitalar, o que efetivamente pode representar violação ao direito à saúde e, conseqüentemente, atingir à integridade física e psíquica da pessoa, que estaria limitada em sua capacidade contributiva de arcar com tais despesas e ainda ter seus rendimentos brutos devidos à título de IRPF.

Tramita na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) o projeto do senador Flávio Arns (Rede-PR) que permite ao contribuinte deduzir do Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF) as despesas declaradas com medicamentos, desde que comprovadas com as respectivas notas fiscais e receitas médicas.

Trata-se do Projeto de Lei n. 1611/2019 (BRASIL, não paginado), que modifica a legislação do Imposto de Renda (Lei 8.134, de 1990) no artigo que prevê a possibilidade de dedução de pagamentos feitos a clínicas, médicos e exames. O projeto acrescenta “compra de medicamentos prescritos por profissional médico” a essa lista.

Segundo o senador Flávio Arns na justificação de seu projeto chama também atenção para a falta de atualização da tabela do IRPF e a conseqüente elevação das despesas dos contribuintes.

No Parecer de 11 de junho de 2019, o senador Telmário Mota (PROS/RR), apresentou relatório favorável a esta alteração, acrescentando ao argumento o fato de que os medicamentos objeto dedução seriam parte do tratamento clínico do paciente, sendo um contrassenso a proibição de tal dedução (BRASIL, 2019, não paginado).

Até o momento, o projeto aguarda recebimento de emendas na referida Comissão, onde tramita em caráter terminativo. Se aprovado e não houver recurso de Plenário, o texto segue para análise da Câmara dos Deputados.

Com efeito, Carlos Araujo Leonetti (2017, não paginado) acrescenta que:

se o contribuinte pode abater as despesas em que incorreu com médicos, dentistas, e outros profissionais de saúde, sem obedecer a limite, uma vez que tais despesas se revelam involuntárias e absolutamente necessárias, não se revela lógico proibir o abatimento de gastos com medicamentos.

Ora, tanto as despesas com profissionais de saúde, como as com compra de medicamentos, tem o mesmo fim: a preservação da saúde do contribuinte, e/ou de seus dependentes.

Ainda observa o autor que se a legislação da forma como se encontra, estimula, que o contribuinte ou dependente se interne em nosocômio para que possa deduzir o gasto com remédios, ao passo que poderia estar em sua residência tratando de sua saúde mental. De outra banda, fere também o princípio da isonomia e do próprio princípio da pessoalidade do IRPF, uma vez que ignora o indivíduo que necessita de tratamento médico de uso contínuo. (LEONETTI, 2017, não paginado).

Roque Antonio Carrazza (2009, p. 120), ainda destaca que seria necessário, para cumprir com o princípio da capacidade contributiva, que a legislação autorizadora das demais deduções aumentasse os limites de tais abatimentos, como forma real de garantir a subsistência do contribuinte e de seus dependentes. Segundo o autor:

É certo que a legislação autoriza deduções com educação, tratamento de saúde etc. sobre bases, porém, absolutamente irrealistas. Assim, por exemplo, os valores dedutíveis com educação são extremamente baixos, muito distantes dos gastos usuais numa escola particular de bom nível.

E no caso das despesas médico hospitalares, “não são aceitas deduções com medicamentos, quando é por meio deles que usualmente se alcança a recuperação da saúde, um dos valores prestigiados pelo art. 6º da CF” (CARRAZZA, 2009, p. 121).

Assim, os valores dedutíveis de saúde da base de cálculo do IRPF na legislação brasileira não possibilitam, em alguns casos, o direito à existência digna da pessoa humana, uma vez que essa carga tributária avança sobre os rendimentos que serão utilizados pelos contribuintes com gastos necessários à manutenção da sua saúde física e mental, violando de igual modo direitos da personalidade.

Desta forma, verifica-se que a norma que regulamenta as deduções das despesas com medicamentos da base de cálculo do IRPF é uma norma infraconstitucional que acaba por restringir, por via da omissão, o exercício pleno do direito à saúde, bem como da integridade física ou psíquica dos indivíduos que necessitam de tratamento medicamentoso.

Consequentemente, partindo dessa premissa, abre-se a possibilidade de buscar a tutela da personalidade no âmbito internacional, mais precisamente, pelo Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, uma vez que a norma em debate, restringindo o direito à saúde, pode ocasionar ofensas ao direito à vida ou à integridade física e psíquica da pessoa humana.

Nesse sentido, assim como nos casos *Poblete Vilches e outros versus Chile* (Corte IDH, 2018, não paginado) e da comunidade indígena *Yakye Axa versus Paraguai* (Corte IDH, 2010, não paginado), o direito à saúde poderá ser tutelado para assegurar a manutenção da vida, da integridade física ou psíquica dos pacientes em tratamento médico contínuo com o uso de medicamentos, sob o fundamento do artigo 26, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969:

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo.

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. (BRASIL, 1969, não paginado).

Acrescenta-se também ao argumento o teor do artigo 29, da Convenção que expressa a proibição de análise limitativa dos direitos sociais.

Portanto, ainda que a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 tenha pecado quanto aos instrumentos de proteção dos direitos sociais, especialmente, envolvendo o direito à saúde, trata-se de instrumento normativo vinculante e obrigatório. E mesmo que o artigo 26 seja o único dispositivo acerca do tema, verifica-se pela análise sistemática da referida norma internacional a suficiente fundamentação à proteção dos direitos da personalidade do caso em estudo, sem olvidar do disposto no artigo 4º, relativo ao direito à vida: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida.” (1969, não paginado), que, a depender do caso concreto, poderá ser suscitado.

Além disso, em se tratando de preservação dos direitos da personalidade no âmbito do imposto de renda da pessoa física é fundamental que sejam obedecidos os aspectos jurídicos que decorrem do direito à igualdade, expressamente materializados nos princípios constitucionais da isonomia tributária e da capacidade contributiva, sem os quais não haveria o que falar em respeito à pessoa humana em matéria de tributação.

CONCLUSÕES

Com a presente dissertação buscou-se mostrar que os direitos fundamentais, os direitos humanos e os direitos da personalidade podem compor o conjunto de direitos constitucionais do contribuinte contra os possíveis arbítrios do Estado na condição de ente tributante.

Nesse cenário, foi possível demonstrar que o valor da dignidade da pessoa humana é um princípio jurídico que fundamenta a correlação dos direitos humanos, direitos fundamentais e os direitos de personalidade, como uma unidade normativa formada pela cláusula geral de proteção da pessoa humana na ordem jurídico-constitucional, assegurando a proteção e a promoção dos direitos subjetivos das pessoas em face dos abusos e violações praticadas por terceiros no contexto das relações públicas e privadas.

Por sua vez, na contramão da eficácia jurídica em relação à proteção de direitos da personalidade pelo Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, no Brasil a própria Suprema Corte brasileira (STF) assume uma postura acanhada ao tratar das limitações constitucionais ao poder de tributar, como sendo meras proteções formais, desvinculadas da perspectiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade.

Desse modo, o constitucionalismo tradicional estampado no texto constitucional permite apenas a criação de um sistema de limitações formais ao poder de tributar, baseada somente no princípio da legalidade e pela proteção do contribuinte contra os excessos do Estado.

Por sua vez, restou claro a importância e perfeita compatibilidade de instrumentos extrafiscais para o atendimento de direitos humanos dos contribuintes, tais como o direito à saúde e à própria vida, à integridade física e psíquica da pessoa humana, como também por meio de outras formas de tributação humanitária, como por exemplo, aquela que respeite a capacidade econômica dos contribuintes e, conseqüentemente, viabilize a manutenção do mínimo existencial, ou a que manifeste uma justa e isonômica tributação, ou ainda aquela respeite à intimidade e à privacidade das pessoas em relação às atividades administrativas de fiscalização;

Desse modo, viu-se que a extrafiscalidade tem por finalidade preponderante o interesse coletivo e à busca por resultados econômico-sociais positivos. Assim, pode perfeitamente se consubstanciar em isenções ou benefícios fiscais, com vistas a concretizar direitos humanos e direitos da personalidade.

Nesse mister, a visão do Direito em face do Estado muda completamente, passando o Direito a ser visto pelo viés do cidadão e do cidadão-contribuinte. Essa transformação discursiva muda de forma decisiva toda a interpretação do ordenamento jurídico, e tal mudança não poderia deixar de ser aplicada no ramo de especialidade do direito tributário. Com efeito, o que se denomina como limitações ao poder de tributar poderia integrar o sistema denominado de direitos humanos da tributação.

De fato, a tutela da personalidade humana através dos direitos humanos exerce uma função estratégica de grande relevância para a proteção e desenvolvimento da pessoa, tanto em suas relações com o Estado, quanto no universo das relações entre particulares.

As relações em que se verifica a interdependência não pressupõem, uma simetria necessária, podendo assumir a forma das relações de interdependência mistas, nas quais o suporte é forte num sentido e fraco noutra. A relação entre o direito tributário e os direitos humanos enquadra-se neste modelo. O direito tributário pode ser imprescindível para a realização dos direitos humanos, mas estes, conquanto essenciais para a estruturação de um sistema tributário justo – como exige a Constituição da República Federativa do Brasil – não são indispensáveis para a existência efetiva do sistema tributário, que pode faticamente vigorar, ainda que viole normas internacionais de direitos humanos, o que se nota trivialmente na observação cotidiana.

Neste diapasão, o citado artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em seu *caput* e nos primeiros quinze incisos, estabelece a tutela de diversos direitos de personalidade, sob a categoria de direitos fundamentais, dentre os quais encontramos os direitos à vida, à liberdade, à integridade física e mental, à liberdade de expressão, à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem.

Pelo acima exposto fica evidenciado que o processo de assimilação da tutela da personalidade pelos sistemas jurídicos não começou no direito privado. Os direitos da personalidade têm sua origem no espaço do direito público, na categoria de direitos fundamentais individuais, evoluindo atualmente para a tutela dos direitos humanos.

Assim, não cabe ao Judiciário apenas uma tímida atuação repressiva na fixação de indenizações dos danos causados à esfera da personalidade. Sua participação deve ser orientada no sentido de garantir uma tutela preventiva (inibitória) dos atos lesivos à pessoa, bem como garantir a invalidação de atos jurídicos que lhes forem ofensivos, não importando se emanados do Poder Estatal ou de entidades privadas.

Significa dizer que, além da conformidade à norma constitucional e com os atos legislativos, o controle de convencionalidade implica conformação de atos administrativos em

relação às normas convencionais, as quais, tratando-se de direitos e garantias individuais, possuem status de normas materialmente constitucionais (art. 5º, §2º, CF/88) ou formalmente equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, §3º, CF/88).

Apesar da evolução jurisprudencial a favor do direito internacional dos direitos humanos, critica-se o *decisum* exarado no RE 466.343 pelo STF, o qual perdeu a oportunidade de atribuir valor constitucional a todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, tese essa há muito defendida pela doutrina, com base no artigo 5º, § 2º da CF.

Por outro lado, verifica-se a possibilidade do exercício do controle de harmonização das leis internas com os tratados internacionais sobre direitos humanos, denominado controle jurisdicional de convencionalidade, especialmente, para o caso em questão, cuja norma suscitada é a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Também, quanto aos aspectos tributários do imposto de renda da pessoa física, denotou-se que este tributo possui princípios e atributos constitucionais importante para garantir o respeito a direitos da personalidade, tais como a capacidade contributiva, a isonomia tributária, e os atributos da universalidade, generalidade e progressividade, sendo ainda um tributo preponderantemente extrafiscal.

Com isso, no caso da dedutibilidade de medicamentos da base de cálculo do IRPF, mostrou-se ser medida plenamente cabível em termos de efetivação de direitos da personalidade, especialmente, daqueles que envolvem o direito à saúde, como o direito à vida, à integridade física e psíquicas, assim como em relação à adoção de um rol exemplificativo das doenças crônicas para efeito de isenção do imposto.

Defendeu-se, em *ultima ratio* a possibilidade do acionamento da tutela internacional do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, por meio de Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que, acompanhando os últimos precedentes da CIDH, verificou-se ser possível a ocorrência de violação ao disposto no artigo 26, da referida Convenção, no tocante ao direito à saúde, diante de possíveis prejuízos à integridade física e psíquica, bem como o risco da própria vida, no caso da impossibilidade de dedução de medicamentos da base de cálculo do IRPF, sendo fundamental concluir que tais aspectos decorrem do direito à igualdade, a exemplo da aplicação dos princípios constitucionais da isonomia tributária e da capacidade contributiva.

Dessa forma, à míngua de legislação interna reconhecendo e regulamentando o exercício de tal direito, o contribuinte está legitimado a buscar a chancela do Poder Judiciário, e na sequência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sem que isto configure afronta à competência jurisdicional daquele.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. Direito internacional público. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. *El principio pro homine o favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y regla preferencia normativa*. Revista de Derecho Publico, Chile, v. 84, p. 13-43, 2016, Disponível em: <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43057/44992>. Acessado em: 30/11/2020.

ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário. 11ª ed. Jus Podivm: Salvador, 2017.

ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, 1999.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3ª ed., Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2011.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 18. Ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Diferenças Individuais e Concurso Público: reflexões iniciais sobre os critérios de seleção do estado para as carreiras jurídicas*. In: NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira et. al (Org). *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Pessoa, direitos fundamentais e direito de personalidade*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, Associação Mineira do Ministério Público, v. 22, p. 23-44, 2009

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 2001.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BALAKRISHNAN, Radhika; HEINTZ, James; ELSON, Diane. *Rethinking economic policy for social justice: the radical potential of human rights*. Abingdon: Routledge, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais - O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2008.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 1972.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BOBBIO, Norberto: *A Era dos Direitos*, trad. de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro – Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acessado em: 30/06/2020.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 30/06/2020.

BRASIL. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Anexo ao Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acessado em: 30/06/2020.

BRASIL. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969*. Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acessado em: 11 de dezembro de 2020.

BRASIL. *Decreto-lei nº 1.493, de 07 de dezembro de 1976*. Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De11493.htm. Acessado em: 12/12/2020.

BRASIL. *Decreto-lei nº 9.580, de 22 de novembro de 2018*. Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9580.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%209.580%2C%20DE%202022,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em: 10/12/2020.

BRASIL. *Lei nº 317, de 21 de outubro de 1843*. Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim317.htm. Acessado em 12/12/2020.

BRASIL. *Lei nº 4.625, de 31 de dezembro de 1922*. Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1901-1929/14625.htm. Acessado em: 12/12/2020.

BRASIL. *Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988*. Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7713.htm. Acessado em: 13/12/2020.

BRASIL. *Lei nº 8.134, de 27 de dezembro de 1990*. Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8134.htm. Acessado em 01/07/2020.

BRASIL. *Parecer ao Projeto de Lei nº 1.611, de 20 de março de 2019*. Senado Federal. <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7964343&ts=1594033108790&disposition=inline>. Acessado em: 12/12/2020.

BRASIL. *Projeto de Lei n. Lei nº 1.611, de 20 de março de 2019*. Senado Federal. <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135835>. Acessado em 01/07/2020.

BRASIL. *Protocolo de San Salvador de 1988*. Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm. Acessado em 12/12/2020.

BUERGENTHAL, Thomas. *International Human Rights Law in a nutshell*. 3ª ed. Londres: West Publishing Company, 2002.

BUFFON, Marciano. *A tributação como instrumento de concretização dos direitos fundamentais*. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia. Uberlândia, v. 38, n. 2, 2010.

BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade da pessoa humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2009.

CALIENDO, Paulo. *Da justiça fiscal: conceito e aplicação. Interesse Público*. Porto Alegre, n. 29, p. 159-196, jan/fev. 2005.

CALIENDO, Paulo. *Direito tributário: Três modos de pensar a tributação. Elementos para uma teoria sistemática do direito tributário*. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2009.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos – Volume III*. Sergio Fabris Editor: Porto Alegre, 2003

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 25ª ed., Malheiros: São Paulo, 2009.

CEIA, Eleonora Mesquita. *A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no Brasil*. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan.-fev.-marc. 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj>. Acesso em: 12 dezembro de 2020.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário. Constituição e código tributário nacional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos* de 2013. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/basicos/regulamentocidh2013.pdf>. Acesso em: 11 dezembro de 2020.

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe n. 257/20. Petición P-1048-09. Admisibilidad. Ramón Roberto Manrique. Argentina. 26 de septiembre de 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Corte interamericana de direitos humanos*. Juruá: Curitiba, 2008.

CORTE IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*, Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acessado em: 12 de dezembro de 2020.

CORTE IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso da comunidade indígena xákmok kásek vs. Paraguai*. Sentença de 24 de agosto de 2010. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf. Acessado em: 11/12/2020.

CORTE IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 1979*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.estatuto.corte.htm>. Acessado em: 12 de dezembro de 2020.

CORTE IDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-17, de 28 de agosto de 2002*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. Acessado em: 12 de dezembro de 2020.

CORTE IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de novembro de 2017, República de Colombina*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acessado em: 11 de dezembro de 2020.

CORTE IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório Anual de 2018*. Disponível em: www.corteidh.or.cr. Acesso em: 17 julho de 2020.

CORTE IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2009*. Disponível em:

http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em: 12 de dezembro de 2020.

CORTE IDH. – Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Caso Gelman Vs Uruguay. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acessado em: 13 de dezembro de 2020.

CORTE IDH. – Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 08 de marzo de 2018. Caso Poblete Vilches Vs Chile. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf. Acessado em: 13 de dezembro de 2020.

FACHIN, Zulmar. *Acesso a Água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. São Paulo: Editora Millennium, 2010.

FAVEIRO, Vitor Antônio Duarte. *O Estatuto do Contribuinte: a pessoa do contribuinte no estado social de direito*. Editora Coimbra: Coimbra, 2002.

FERIATO, Juliana Marteli Fais; LEONETTI, Carlos Araujo. *A aplicação dos tratados internacionais em matéria tributária no Brasil sob a luz dos direitos humanos da tributação e os direitos da personalidade do contribuinte*, in: *Direitos Humanos da Tributação*. Habitus: Florianópolis, 2020.

GARCIA, Márcio Pereira Pinto. *A terminação de tratado e o Poder Legislativo à vista do direito internacional, do direito comparado, e do direito constitucional internacional brasileiro*. Renovar: Rio de Janeiro, 2011.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. 2ª ed. EDUNISC: Santa Cruz do Sul, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2ª ed. Malheiros: São Paulo, 1998.

GUERRA, Sidney. *A proteção internacional dos direitos humanos no âmbito da Corte Interamericana e o controle de convencionalidade*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 32.2, jul./dez. 2012.

GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 6ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012

HERKENHOFF, João Batista. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, Tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antônio Frabris Editor, Porto Alegre, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999.

KELSEN, Hans. *Princípios do direito internacional*. Trad. Gilmar Antonio Bedin e Ulrich Dressel. Ijuí: Unijuí, 2010.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Manole: São Paulo, 2005.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEONETTI, Carlos Araújo. *A tributação da renda da pessoa física e o direito à dedução integral dos gastos com medicamentos da base de cálculo do imposto*. In: LEONETTI, Carlos Araújo; FERIATO, Juliana Marteli Fais; MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira (org.). *O Sistema Tributário Nacional e os Direitos Humanos da Tributação*. Insular: Florianópolis, 2017.

LEONETTI, Carlos Araujo. *O imposto sobre a renda como instrumento de justiça social*. Barueri, SP: Manole, 2003.

LEONETTI, Carlos Araujo; VECCHIO, Humberto Pereira; MICHELS, Gilson Wessler. *Direitos Humanos da Tributação*. Habitus: Florianópolis, 2020.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht: Besonderer Teil*. 4ª ed. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2010.

LOUREIRO, J. C. *Direito à (proteção da) saúde: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Coimbra: Coimbra Editora (Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), 2006.

LUHMANN, Niklas. *Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung*, in: *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit: Festschrift für Werner Krawietz zum Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez Luño. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ª ed., Madrid: Tecnos, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 29ª ed., Malheiros: São Paulo, 2008.

MARINHO, Josaphat. *Os direitos de personalidade no projeto do novo Código Civil brasileiro*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Col. *Stvdia Iuridica*, Portugal-Brasil, a. 2000, Coimbra, n. 40, 2000.

MARTINS, Ives Gandra. *Comentários ao código tributário nacional*. Vol. 2. 3ª ed., Saraiva: São Paulo, 2002.

MARTINS, Ives Gandra. *Sistema tributário na Constituição de 1988*. Saraiva: São Paulo, 1989.

MAAS, Rosana Helena; DAROIT, Ana Paula. *A Proteção interamericana do direito humano e social à saúde*. Dir. Sanit: São Paulo v. 20 n.1, mar./jun. 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2ª ed. RT: São Paulo, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Malheiros Editores: São Paulo, 1996.

MELLO, Celso. D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. 2ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 1994.

MORAES, Carlos Alexandre; SILVA, Juliani Bruna Leite. *Para além dos Direitos Humanos: pode o controle jurisdicional de convencionalidade servir como um instrumento de proteção aos direitos de personalidade?* Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC, Londrina, v. 5, n. 2, ago/dez, 2020.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Acesso: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acessado em 10/01/2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acessado em 17 de julho de 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948. Disponível em: https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm. Acessado em 11 de dezembro de 2020.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário*. 6ª ed., Porto Alegre: Advogados, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 17ª ed., Saraiva: São Paulo, 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos sociais: proteção no sistema internacional e regional interamericano*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 5, p. 67-80, out. 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*: a Convenção Americana de Direitos Humanos. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. RT: São Paulo, 2000.

PONTES, Helenilson Cunha. *O direito ao silêncio no Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado - Tomo I*. 2ª ed. Bookseller: Campinas, 2000.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 4ª ed. Juspodivm: Salvador, 2012.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa: de acordo com a redacção dada pela Lei Constitucional 1/2005, de 12 de Agosto*. Porto: Porto Editora, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria dos direitos humanos na ordem internacional*. 6ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, Interpretação e elisão tributária*. Editora Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2003.

ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Manole: São Paulo, 2005.

SANTOS, Enoque Ribeiro. *Direitos humanos e negociação coletiva*. São Paulo: LTr, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2ª ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde*: Algumas aproximações. Revista Direitos Fundamentais & Justiça nº1, out./dez. 2007

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL – SRFB. *História do imposto de renda no Brasil, um enfoque da pessoa física (1922-2013)*. SRFB: Brasília, 2014.

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL – SRFB. Instrução normativa nº 15, de 06 de dezembro de 2001. Sistemas de Normas.

<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=13148>. Acessado em 12/12/2020.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVEIRA, Daniel Barile da. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a sua jurisprudência*. Boreal Editora: São Paulo, 2013.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. ROSOLEN, André Vinícius. *Cláusula geral de proteção sob a Perspectiva Civil-Constitucional: A normatividade da dignidade da pessoa humana e sua relação com os direitos fundamentais e os direitos de personalidade*. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, Minas Gerais, v. 1, n. 2, 2015.

SMITH, Adam (trad. Norberto de Paula Lima). *A riqueza das nações*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n. 1322927 – DF*. Relator: Diva Malerbi. 2ª Turma. Data de julgamento 23/11/2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001166957&dt_publicacao=25/05/2020. Acessado em: 13 de dezembro de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480-DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 04/07/1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acessado em: 13 de dezembro de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus n. 87.585-8-TO*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 03/12/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acessado em: 13 de dezembro de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário n. 466.343-SP*, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur323/false>. Acessado em: 13 de dezembro de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário n. 80.004-SE*, Relator: Min. Xavier Albuquerque, Data de Julgamento: 01/06/1977, Tribunal Pleno. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acessado em: 13 de dezembro de 2020.

TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema interamericano de direitos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Appris: Curitiba, 2014.

TIPKE, Klaus. *Moral tributária do estado e dos contribuintes*. Tradução de Luiz Dória Furquim. Sérgio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2012.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Volume II. Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

TRIEPEL, Heinrich. *Droit international et droit interne*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 1998.

USP. Biblioteca virtual de direito humanos. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php>. Acessado em 11 de dezembro de 2020.

USP. Biblioteca virtual de direito humanos. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php>. Acessado em 11 de dezembro de 2020.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Revista de Informação Legislativa, ano 41, n. 162, Brasília: Senado Federal, abr.-jun. 2004.

VENTURA, Deisy; CETRA, Raísa Ortiz. *O Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de Maria da Penha a Belo Monte*. Porto Alegre. Disponível em: <http://www.conectas.org>. Acessado em 12 de dezembro de 2020.