

# Direitos fundamentais e a Constituição de 1988

*Ives Gandra da Silva Martins'*  
Professor

Com a redemocratização do país em 1985, conseguida mais pelo trabalho incessante dos advogados do que pelos guerrilheiros, voltados a implantar uma ditadura “cubana”, o que apenas atrasou a volta à democracia, o presidente Sarney convocou a Constituinte pela E.C. nº 26/86, instalada em 1987, sob a presidência inicial do Ministro Moreira Alves, com duração de dois dias, substituído pelos eleitos Presidente, Deputado Ulisses Guimarães, e Relator, Senador Bernardo Cabral, o qual venceu, na referida votação, o futuro presidente da República, então Senador Fernando Henrique Cardoso<sup>2</sup>.

Abandonado o anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, após a denúncia do modelo quase ditatorial de esquerda proposto pelo Secretário Geral daquela Comissão, Ney Prado, resolveram, os constituintes, começar da “estaca zero” e discutir amplamente o tema antes da discussão assemblear da futura Lei Maior.

Assim é que, divididos os constituintes em oito Comissões, cada uma delas composta de três Subcomissões, ouviram durante os

<sup>1</sup> Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martín de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e RS, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomércio – SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS.

<sup>2</sup> A E.C. nº 26/86 tinha a seguinte dicção:  
“EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 26, DE 1985 – Convoca a Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências.  
AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:  
Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.  
Art. 2º O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembleia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente.  
Art. 3º A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembleia Nacional Constituinte”.

primeiros meses apenas especialistas, em audiências públicas que duravam praticamente um dia.

Fui convidado a expor minhas ideias em duas delas (Sistema Tributário e Ordem Econômica), ou seja, nas Subcomissões presididas, respectivamente, por Francisco Dornelles e Delfim Netto, e mantive permanente contato com o presidente e relator da Constituinte e com o líder do denominado “Centrão”, Deputado Roberto Cardoso Alves, com este último já na fase de discussão em plenário<sup>3</sup>.

Os contatos permanentes que tivemos, Celso Bastos e eu, com os constituintes, nas audiências públicas de que participamos, e as diversas sugestões de redação para o texto supremo foram que nos levaram a comentar o texto supremo em 15 volumes pela Editora Saraiva.

Havia, durante os trabalhos constituintes, uma nítida oposição entre os denominados adeptos de um país economicamente mais liberal e aqueles de um país mais intervencionista. Assim é que na Comissão nº 7, dedicada à Ordem Econômica, houve uma concentração grande de constituintes de visão liberal, com predominância dos constituintes economistas e, na Comissão 8, dedicada à Ordem Social, aconteceu o inverso, com predominância da ala que se considerou da esquerda progressista.

Os dois títulos aprovados em plenário refletiram tais tendências.

---

<sup>3</sup> Assim se referiram os parlamentares da Subcomissão à colaboração dos juristas que a assessoraram no primeiro anteprojeto: “Atendendo à sugestão do Constituinte Mussa Demes, vou apenas registrar notável esforço que esta Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas realizou, ao longo das últimas 3 semanas, no sentido de ouvir e receber subsídios e sugestões de todos os segmentos da sociedade brasileira interessada em um novo desenho do Capítulo sobre o Sistema Tributário Nacional.

Cumprindo prazo regimental, apresentamos proposta de anteprojeto ao texto da futura Carta Constitucional que, não tendo a pretensão de ser algo perfeito e acabado, deverá sofrer aprimoramentos através das emendas que os membros desta Subcomissão certamente haverão de apresentar.

Necessário se faz assinalar a valiosa contribuição oferecida a esta Subcomissão pelas autoridades e entidades aqui recebidas em audiência pública: os Profs. e Técnicos Fernando Rezende, Alcides Jorge Costa, Geraldo Ataliba, Carlos Alberto Longo, Pedro Jorge Viana, Hugo Machado, Orlando Caliman, Ives Gandra da Silva Martins, Edvaldo Brito, Souto Maior Borges, Romero Patury Accioly, Nelson Madalena, Luís Alberto Brasil de Souza, Osiris de Azevedo Lopes Filho; o Secretário da Receita Federal, Dr. Guilherme Quintanilha; os Secretários da Fazenda dos Estados, que antes de aqui comparecerem promoveram, sob os estímulos desta Subcomissão, os encontros de Manaus e Porto Alegre; os Secretários da Finanças das Capitais, o DIEESE, a Organização das Cooperativas Brasileiras, o Instituto Brasileiro de Mineração; a Organização Nacional das Entidades de Deficientes Físicos; as associações dos funcionários fazendários, a Unafisco e a Fafite, as entidades representativas do municipalismo brasileiro – a Frente Municipalista, a Associação Brasileira dos Municípios, a Confederação Nacional dos Municípios e o Ibam. Tenham todos a certeza de que a discussão aqui ocorrida em torno das propostas e sugestões apresentadas será decisiva para o posicionamento dos membros desta Subcomissão em relação à definição do Capítulo Tributário, que desperta enorme interesse na sociedade brasileira”. (*Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, 19 jun. 1987, p. 139).

Princípios não constantes de textos anteriores, como o da livre concorrência, unido ao da livre iniciativa (art. 170, caput, inciso IV)<sup>4</sup>; o do planejamento econômico, só obrigatório para o setor público (174)<sup>5</sup>; ou ainda, de não participação do setor público na iniciativa empresarial, senão em caso de relevante interesse público ou de segurança nacional, traduziram tal realidade (173)<sup>6</sup>.

Muitas das disposições colocadas na Ordem Social, de difícil implementação, decorreram da predominância ideológica dos constituintes, com o que tais princípios, não implantados, se tornaram, em linguagem clássica, princípios programáticos.

Os direitos individuais e suas garantias, por outro lado, tiveram uma extensão maior do que no texto de 67 e de sua emenda n° 1/69, grande parte deles enunciada no artigo 5º, objetivando ofertar uma garantia imodificável contra eventual retrocesso constitucional, visto que a Constituinte fora fruto da redemocratização.

Quero deter-me, neste breve artigo, em especial no artigo 5º inciso LV da Lei Suprema que, a meu ver, na Ordem Tributária tem sido sucessivamente pisoteado, como direito e garantia, com inexplicável resistência do Poder Judiciário em dar-lhe a plenitude que os constituintes pretendiam ofertar-lhe num regime democrático.

O aspecto que mais me impressiona, todavia, no que diz respeito ao dispositivo mencionado, é não se ter dado a ele a relevância que o constituinte lhe atribuiu.

---

<sup>4</sup> O art. 170, caput, inciso IV tem a seguinte dicção:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]”

IV – livre concorrência;  
[...].”

O art. 174 está assim disposto:

<sup>5</sup> “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

<sup>6</sup> Celso Bastos lembra que:

“A livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste essencialmente na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, à diminuição dos seus custos, enfim, na procura constante da criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se, portanto, numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado. O contrário da livre concorrência significa o monopólio e o oligopólio, ambas situações privilegiadoras do produtor, incompatíveis com o regime de livre concorrência” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 7, p. 27).

Tem o artigo a seguinte dicção:

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:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]7.

Como se percebe, o dispositivo cuida de dois tipos de processos, a saber, o administrativo e o judicial.

Tanto no administrativo quanto no judicial há defesa, que é própria de regimes democráticos. Nas ditaduras, a defesa é cerceada, limitada ou inexistente. Nas democracias, não. Deve ser sempre prestigiada. De rigor, o Código de Processo Penal não é um Código de Defesa da sociedade contra o criminoso, mas um Código de defesa do criminoso contra a sociedade. Se fosse permitido à sociedade fazer justiça com as próprias mãos teriam linchamentos públicos permanentemente.

---

<sup>7</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina:

“Ampla Defesa. O princípio do contraditório traz em si um dos aspectos da ampla defesa - livre debate e livre produção de provas. O texto, porém, volta à ampla defesa porque o direito de defesa é imprescindível para a segurança individual. É um dos meios essenciais para que cada um possa fazer valer sua inocência quando injustamente acusado. Segundo o texto em estudo, se assegura “ampla defesa”. Isto significa que o legislador está obrigado, ao regular o processo criminal, a respeitar três pontos: velar para que todo acusado tenha o seu defensor; zelar para que tenha ele pleno conhecimento da acusação e das provas que a alicerçam; e possam ser livremente debatidas essas provas ao mesmo tempo que se ofereçam outras (o contraditório propriamente). O primeiro ponto obriga o Estado a oferecer, ao acusado que não tenha recursos, advogado gratuito e a não permitir que se pratique ato processual sem a assistência de defensor. O segundo proscreve os processos secretos que ensejam o arbítrio (cf. Barbalho, Constituição Federal brasileiro, p. 436). O último propicia a crítica dos depoimentos e documentos, bem como dos eventuais exames periciais que apoiam a acusação. Igualmente confere à defesa recursos paralelos aos da acusação para o oferecimento de provas que infirmem o alegado contra o réu.

Pela Constituição, foi o princípio claramente estendido ao processo administrativo, evidentemente de natureza disciplinar. Em face do direito anterior, não era indiscutida essa extensão, todavia, como aponta Ada Pellegrini Grinover, havia jurisprudência que anulava processos administrativos em que não se deram condições de defesa ao acusado (grifos meus) (O processo em sua unidade – II, cit., p. 64-5)” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 66-7).

É de se lembrar do período trágico da França robespierriana (1792-94), em que os tribunais judiciais foram substituídos pelos tribunais populares e o país conheceu o maior banho de sangue de sua história. Nem durante a primeira e segunda guerras houve tantos mortos, se se considerar, proporcionalmente, a população da França do século XVIII e aquela do século XX.

Por esta razão, o constituinte decidiu após o artigo 5º inciso LIV declarar que: “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]”, explicitar que o devido processo legal implicaria necessariamente o direito à defesa<sup>8</sup>.

Não satisfeito, todavia, em declarar que o direito à defesa estava garantido, acrescentou um adjetivo de densidade ôptica inquestionável, ao declarar que não se trata de qualquer tipo de defesa, mas de ampla defesa, vale dizer, o constituinte de 1988 assegurou o mais sagrado direito de um regime democrático, qual seja, o do império da lei, segundo o qual ninguém pode ser condenado em um julgamento sem o direito à ampla, a extensa, e a absoluta possibilidade de defesa.

O adjetivo ampla tem, portanto, dentro do contexto constitucional, uma relevância fantástica, porque exalta o regime democrático, não incluindo qualquer limitação, a que nos processos judiciais e administrativos, seja o acusado condenado sem que possa defender-se com toda a amplitude possível<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Coordenei com Marcos da Costa um livro intitulado “A importância do direito de defesa para a democracia e a cidadania” (Ed. OAB/DF e OAB/SP, 2017), com a colaboração dos seguintes autores: Alberto Zacharias Toron, Américo Masset Lacombe, Ana Regina Campos de Sica, Angela Vidal Gandra da Silva Martins, Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Arnoldo Wald, Carmen Sílvia Valio de Araujo Martins, Claudio Pacheco Prates Lamachia, Cristiano Ávila Maronna, Dircêo Torrecillas Ramos, Elias Mattar Assad, Fábio Tofic Simantob, Fernanda Marinela, Ives Gandra da Silva Martins, José Bernardo Cabral, Juliana Abrusio, Kiyoshi Harada, Lenio Luiz Streck, Leonardo Rodrigues Garbin, Luiz Flávio Borges D’Urso, Marco Aurélio Florêncio Filho, Marcos da Costa, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Maurício Ávila Prazak, Pierpaolo Cruz Bottini, Regina Beatriz Tavares da Silva, Renê Ariel Dotti, Ricardo Breier, Ricardo Luiz de Toledo Santos Filho, Roberta de Amorim Dutra, Ruy Martins Altenfelder Silva, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques, Tales Castelo Branco e Tatiana Ramalho.

<sup>9</sup> Celso Bastos esclarece:

“Portanto, a ampla defesa não é aquela que é satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo”, continuando: “Com efeito, além de tornar certo que o preceptivo se volta aos litigantes em processo judicial, conferiu igual destinação aos envolvidos em processos administrativos. Essa inclusão foi extremamente oportuna porque veio consagrar uma tendência que já se materializava em nosso direito, qual seja: a de não dispensar essas garantias aos indiciados em processos administrativos. Embora saibamos que as decisões proferidas no âmbito administrativo não se revestem do caráter de coisa julgada, sendo passíveis portanto de uma revisão pelo Poder Judiciário, não é menos certo, por outro lado, que já dentro da instância administrativa podem perpetrar-se graves lesões a direitos individuais, cuja reparação é muitas vezes de difícil operacionalização perante o Judiciário.

Tal princípio, qual seja, o da ampla defesa, traz, de início, a reflexão de que toda a legislação recepcionada em 5 de outubro de 1988, relativa à defesa do acusado, não poderia ter seu espectro reduzido, sem que a defesa se tornasse menos ampla.

Em cumprimento à ampla defesa, à evidência, o legislador infra-constitucional poderia alargar o direito de defesa muito além daquilo que a legislação, à época, permitia ao acusado. Em nenhuma hipótese poderia reduzir tal direito, risco de a ampla defesa tornar-se MENOS AMPLA, com o que o princípio constitucional – cláusula pétrea por força do § 4º inciso IV do art. 60 da Lei Suprema – seria tisonado, maculado, ferido, para não dizer, numa linguagem mais agressiva, estuprado<sup>10</sup>.

Ora, o que se viu a partir de 5 de outubro de 1988 foi uma redução constante da ampla defesa em matéria tributária, seja nos seus procedimentos administrativos, seja no Judiciário.

Com efeito, a ação cautelar fiscal torna, de rigor, indisponíveis bens do contribuinte – muitas vezes necessários para sobreviver, muitas empresas tendo desaparecido por força desta indisponibilidade – enquanto ainda estavam discutindo administrativamente, o que vale dizer, reduziu fantásticamente após a constituição de 1988, a ampla defesa do inciso LV.

A não concessão de certidão negativa de débito antes de encerrado o processo administrativo é outro procedimento admitido pela Justiça, sendo também elemento deletério, mas indispensável para que uma empresa possa continuar a trabalhar e até mesmo para gerar, quando incontroverso o direito à imposição, os tributos devidos.

A conformação de responsabilidade à luz de teoria própria do direito do trabalho e não veiculada em lei especial, mas por meros atos administrativos ou por jurisprudência “interna corporis” de “grupos de empresas”, tem sido outro fator a reduzir a ampla defesa a sua expressão quase nenhuma, o mesmo acontecendo com a adoção do parágrafo único do artigo 116 do CTN, que, apesar de nunca regulado por legislação ordinária, é fartamente empregado pela Receita Fede-

---

Dai por que essa preocupação em proteger o acusado no curso do próprio processo administrativo é muito vantajosa, mesmo porque, quanto melhor for a decisão nele alcançada, menores serão as chances de uma renovação da questão diante do Judiciário” (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004. v. 2, p. 288-9).

<sup>10</sup> O § 4º do artigo 60, inciso IV, está assim redigido:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]

IV – os direitos e garantias individuais.”

ral como forma de coagir o contribuinte a pagar o que deve e o que não deve<sup>11</sup>.

A penhora “on line”, preferida como primeira hipótese e não como a última, à falta de outros bens, tem constituído outra das restrições ao direito do contribuinte.

Atos normativos da Receita e da Procuradoria da Fazenda Nacional prescindem do Poder Judiciário para constranger bem antes da execução fiscal. A inscrição dos nomes no Cadin passou a ser utilizada como forma de impedir o contribuinte de acessar o mercado financeiro, ele que suporta uma carga tributária (33% do PIB) superior a dos Estados Unidos (26%), a do Japão (31%), a da Suíça (32%), a da Coreia do Sul (26%), a da China (24%) e de quase todos os países emergentes, não para o desenvolvimento da nação, mas principalmente para sustentar uma burocracia esclerosada, que não é esquecida pela Receita Federal.

No CARF, o voto de qualidade do presidente das Câmaras – sempre da Receita Federal – vale duas vezes, a segunda para condenar em caso de dúvida, ou seja, de empate, o contribuinte, pisoteando-se o artigo 112 do CTN.

Estabeleceu-se um prêmio de produtividade para os funcionários públicos que atuam no CARF desde que julguem a favor da Fazenda. Imagine admitir-se que magistrado receba prêmio por decidir a favor da Fazenda!!! Jamais nenhum magistrado admitiria tal afronta política, hoje adotada pelo CARF, cuja imparcialidade que poderia ser atingida a partir da composição paritária, resta esvaziada pelo voto de qualidade.

Enfim, o princípio da ampla defesa, que só poderia ser ampliado após 05/10/1988, tem sido constantemente reduzido à luz de toda a legislação produzida, em matéria tributária, após aquela data.

Como um velho professor de direito, é com tristeza, que vejo o país transformar-se em uma Federação na qual o direito do contribuinte inexistente, apesar de, na Constituinte, ter eu defendido a tese de que o tributo é uma norma de rejeição social, em parte destinada ao Estado prestador de serviços e, em parte, a sustentar também a corrupção, endêmica em todos os espaços geográficos e em todos os períodos his-

---

<sup>11</sup> O § único do artigo 116 do CTN tem a seguinte dicção:

“Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela L.c. nº 104, de 2001)”.

tóricos, e, ainda a assegurar, os privilégios dos detentores do poder, conforme demonstro em meu livro “Uma breve teoria do poder”<sup>12</sup>.

No livro destinado à comemoração dos 30 anos da Constituição dedicado aos direitos individuais, parece-me relevante rediscutir o papel da ampla defesa colocada na Constituição e que, em matéria tributária, seja, talvez, o mais violado de todos os direitos garantidos pelo constituinte<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Coordenei livro sobre a imposição tributária intitulado “O tributo – reflexão multidisciplinar sobre sua natureza”, com os seguintes autores: Antônio Delfim Netto, Arion Sayão Romita, Arnaldo Niskier, Cássio Mesquita Barros, Dejalma de Campos, Diogo Leite de Campos, Ernane Galvêas, Eusébio González, Fabio Giambiagi, Fernando Rezende, Gustavo Miguez de Mello, Ives Gandra da Silva Martins, Joacil de Britto Pereira, José Joaquim Gomes Canotilho, José Pastore, Manuel Porto, Maria Teresa de Carcomo Lobo, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Mary Elbe Queiroz, Paulo Nathanael Pereira de Souza, Ricardo Lobo Torres, Rogério Lindenmeyer V. Gandra da S. Martins, Ruben Sanabria, Sacha Calmon Navarro Coelho, Sérgio de Andréa Ferreira, Sérgio Ferraz, Sidney Saraiva Apocalypse, Victor J. Faccioni e Zelmo Denari (Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007).

<sup>13</sup> Escrevi:

“Lembrando Kant, embora a realidade destes últimos dois séculos de sua teoria não ter trazido grande evolução na participação das 2ª e 3ª classes sociais na formulação de políticas tributárias e na geração da paz, convenço-me de que começamos a entrar numa era em que a convivência comunitária entre as nações e a disputa por mercados poderá gerar a inflexão necessária para que o nível impositivo destinado, fundamentalmente, à manutenção dos detentores do poder no poder principie a exteriorizar elemento de desequilíbrio na competitividade entre as nações. Tal fato poderá provocar, por uma questão de sobrevivência, pela primeira vez na História, uma tentativa de se fazer do tributo um instrumento de justiça fiscal e social e de desenvolvimento econômico, mais destinado às categorias que à primeira.

Enfim, por enquanto, o tributo ainda é uma norma de rejeição social, com destinação maior à manutenção dos detentores do poder, e grande instrumento de exercício do poder por parte destes, com alguns efeitos colaterais positivos a favor do povo, quando há algum retorno de serviços públicos. Por enquanto, serve mais aos detentores e aos seus amigos do que aos produtores da riqueza e ao povo. No futuro, todavia, a globalização da economia poderá levar a ter uma função social maior, não por mudança de perfil dos governantes, mas por força da necessidade de sobrevivência.

Como dizia Bobbio, o século XX foi o século do reconhecimento dos direitos; o século XXI poderá ser aquele da efetividade dos mesmos, quando os contribuintes possivelmente poderão ter um tratamento mais digno por parte dos controladores e uma carga tributária mais justa e mais adequada à prestação de serviços públicos, entre os quais o de ações sociais efetivas. Até lá, mantenho a minha teoria de que o tributo é apenas um fantástico instrumento de domínio, por parte dos governantes” (*O tributo – reflexão multidisciplinar sobre sua natureza*, op. cit., p. 6-7).