

mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica, direito eleitoral, etc.); (4) como direitos subjectivos a prestações sociais, económicas e culturais, os direitos fundamentais constituem a força dirigente para o preenchimento intrínseco, através do legislador democrático, desses direitos. Neste sentido se compreende que a Constituição de 1976 se refira a Estado democrático baseado na soberania popular e na garantia dos direitos fundamentais (cfr. art. 2.º)".

Assumem relevante importância, no patamar a que chegaram as investigações doutrinárias acima registradas, as observações de Canotilho, p. 507 da obra já mencionada, a respeito da importância que deve ter para o cidadão a constitucionalização e fundamentalização (expressões por ele adotadas) dos direitos fundamentais. São suas as seguintes mensagens:

"De acordo com o que se acaba de dizer, os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente constitucionalizados. Sem esta positivação jurídico-constitucional, <os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política>, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (FRUNDRECHTSNORMEN). Por outras palavras, que pertencem a Cruz Villalon¹⁴: <onde não existir Constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjectivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios>. Daí a conclusão do autor em referência: os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas".

Reconhece-se como constante a preocupação da doutrina com as variadas teorias dos direitos fundamentais, bem como com determinadas incompreensões sobre a aplicação dos seus efeitos, tendo em vista a norma concreta. Celso Albuquerque de Mello chega ao extremo de afirmar que: O propósito do disposto no parágrafo § 2º do art. 5º da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional.

A conclusão que podemos apresentar é que o Poder Judiciário, principalmente os tribunais superiores em Brasília, adota uma posição ultrapassada no D. Constitucional e no DIP. Esta última disciplina não é conhecida pelos tribunais brasileiros e os seus integrantes a ignoram. O espírito da Constituição de 1988 era de ser, como foi dito pelo Presidente da Assembléia Constituinte, Deputado Ulisses

¹⁴ J. J. Gomes Canotilho, em nota de rodapé, indica: Cf. VILLALON, Cruz, *Formación y Evolución. cit.*, p. 41. Cf. também, por último, STERN, K. *Das Staatsrecht. cit.*, III, 1988, pp. 43 e ss; ANDRADE, Vieira de. *Os Direitos Fundamentais*, pp. 20 e ss.

Guimarães, uma Constituição cidadã e os nossos tribunais superiores transformaram em uma Constituição reacionária dentro do espírito dos seus ministros. Utilizo a palavra reacionária no seu sentido técnico, que significa voltar atrás, vez que o próprio conservadorismo já é insuportável para eles.

O Direito é algo vivo e que deve corresponder ao espírito da época em que é elaborado e aplicado. A nossa é a dos direitos humanos e os tribunais pretendem viver no século XIX com o mais selvagem dos capitalismos.

Há hoje uma nítida consciência de que os direitos humanos são necessários para se defender o ser humano da famigerada globalização. Assim sendo, os nossos tribunais superiores deixam de cumprir a sua obrigação em favor dos brasileiros. Não é, talvez, por outro motivo, que se fala tanto nos meios jurídicos na substituição do STF por uma Corte Constitucional composta por juizes com mandato fixo e que representem melhor a sociedade civil brasileira.

Na América Latina, continente explorado e, em conseqüência, atrasado, não existe nenhuma Constituição que realmente dê uma proteção ao ser humano utilizando os tratados internacionais. Há Constituições melhores do que a nossa, mas nenhuma é realmente boa neste tema.

Os nossos tribunais ainda não descobriram o real valor da jurisprudência nos direitos humanos.

Na Europa a situação é diferente e afirma R. Arnold que há "uma influência cada vez mais forte de origem internacional ou supranacional sobre as suas ordens constitucionais", bem como afirma o mesmo autor: "a convenção européia de direitos do homem já deixa transparecer, enquanto tratado internacional, traços supranacionais".

Chiti e Greco escrevem que o sistema europeu é um "devenir" e a sua Constituição é uma Constituição em modificação ("WANDEL-VERFASSUNG").

Enfim, é tudo contrário ao que ocorre no Brasil. Somos um país cristalizado na nossa miséria econômica, social e jurídica.

Há, não temos dúvidas, extremismo na concepção do referido autor sobre o posicionamento dos Tribunais Superiores, especialmente o Colendo Supremo Tribunal Federal, no interpretar as mensagens constitucionais. O contrário, talvez, aconteça se os fundamentos de inúmeras decisões forem assinalados sem as paixões que o cultivo do tema proporciona, onde se encontram amplos debates sobre a extensão das diferentes facetas dos direitos fundamentais e a sua visão pelo Poder Judiciário, este transformando-se no mais aguerrido batalhador para o cumprimento das normas que os institucionalizam em nosso ordenamento jurídico.

De qualquer modo, a advertência tem sabor de determinar a abertura do debate sobre a questão, ampliando-o a altos níveis, agitando até a postura do Poder Judiciário, tendo em vista os princípios postos na Constituição Federal de 1988, especialmente quando vistos como integrando um sistema de hierarquia ou de valores atuando no corpo da Carta Magna.

3 As Teorias Modernas sobre Direitos Fundamentais

Uma visualização das teorias modernas sobre direitos fundamentais permite a elaboração do quadro que configuramos outrora em artigo onde abordamos o tema. Eis o que escrevemos:

J. J. Gomes Canotilho, na obra já tantas vezes citada, buscando construir, com métodos científicos, um sentido e forma dos direitos fundamentais, apresenta reflexões sobre as teorias já existentes a respeito. Ultima as suas meditações sobre o tema com a seguinte afirmação: "torna-se necessária uma doutrina constitucional dos direitos fundamentais, construída com base numa constituição positiva, e não apenas uma teoria de direitos fundamentais de caráter exclusivamente teórico".¹⁵

Identifica, na doutrina vigente, as seguintes:

- a. teoria liberal;
- b. teoria da ordem de valores;
- c. teoria Social;
- d. teoria institucional;
- e. teoria democrática funcional;
- f. teoria socialista dos direitos fundamentais.

A teoria liberal apresenta as seguintes características:

1) os direitos fundamentais são direitos do particular perante o Estado, são essencialmente direitos de autonomia e direitos de defesa; 2) os direitos fundamentais revestem, concomitantemente, o caráter de normas de distribuição de competências, entre o indivíduo e o Estado, distribuição esta favorável à ampliação do domínio de liberdade individual e à restrição da ação estadual aos momentos de garantia e ordem necessários ao livre desenvolvimento desses direitos; 3) os direitos fundamentais apresentam-se como pré-estaduais, definindo um domínio de liberdade individual e social, no qual é vedada qualquer ingerência do Estado; 4) a substância e o conteúdo dos direitos, bem como a sua utilização e efetivação, ficam fora de competência regulamentar dos entes estaduais, dependendo unicamente da iniciativa dos cidadãos; 5) a finalidade e o objetivo dos direitos fundamentais é de natureza puramente individual, sendo a liberdade garantida pelos direitos fundamentais uma liberdade pura, Freiheit in se e não Freiheit um zu, isto é, liberdade em si e não liberdade para qualquer fim (ex.: liberdade para a defesa da ordem democrática, liberdade ao serviço do socialismo).¹⁶

A teoria da ordem dos valores, segundo Canotilho, considera os direitos fundamentais como sendo "valores de caráter objetivo e não como direitos ou pretensões subjetivas".

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, p. 523.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. cit., pp. 516 e 517.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

A estrutura da referida teoria está formada, essencialmente, por considerar os direitos fundamentais como valores de caráter objetivo e não como direitos ou pretensões subjetivas.¹⁷

A teoria institucional apresenta linha aproximada da teoria da ordem dos valores. Ela, também, nega aos direitos fundamentais uma dimensão exclusivamente subjetiva, na expressão de Canotilho. A diferença está, segundo o referido autor, no fato de que "A teoria institucional, ao contrário das teorias essencialistas do valor, não procura uma ordem objetiva, jusnaturalística espírito-cultural ou fenomenologicamente captada, mas sim o quadro (instituição) definidor e ordenador do sentido, conteúdo e condições de exercício dos direitos fundamentais".¹⁸

A teoria social, conforme entendimento de Canotilho, visualiza os direitos fundamentais em três dimensões: a dimensão individual, a dimensão institucional e a

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. cit., p. 517, anota a respeito que: "Concebidos os direitos fundamentais como ordem de valores objetiva, dotada de unidade material e na qual se insere o sistema de pretensões subjetivas (Anspruchssystem), deduz-se que: (1) o indivíduo deixa de ser a medida dos seus direitos, pois os direitos fundamentais reconduzem-se a princípios objetivos, através da realização dos quais se alcança uma eficácia ótima dos direitos e se confere um estatuto de proteção aos cidadãos; (2) se a teoria dos valores postula uma dimensão essencialmente objetiva, então no conteúdo essencial dos direitos fundamentais está compreendida a tutela de bens de valor jurídico igual ou mais alto; (3) conseqüentemente, através da ordem de valores dos direitos fundamentais respeita-se a totalidade do sistema de valores do direito constitucional; (4) os direitos fundamentais, sendo expressão dos valores aceitos por determinada comunidade, só no quadro dessa ordem podem e devem ser realizados; (5) a dependência dos direitos fundamentais de uma ordem de valores total origina a relativização desses mesmos direitos que podem tornar-se suscetíveis de controle jurídico ancorado precisamente na ordem de valores objetiva; (6) além dessa relativização, a transmutação dos direitos fundamentais em realização de valores justificará intervenções concretizadoras dos entes públicos de forma a obter a eficácia ótima de que se falou atrás.

¹⁸ CANOTILHO. *Direito Constitucional*. cit., p. 518, examinando a teoria institucional, entendeu que da sua aceitação resultam vários corolários, a saber: "(1) os direitos fundamentais, existindo no âmbito uma instituição e sendo condicionados pela idéia ordenadora dessa mesma instituição, adquirem uma dimensão funcional na medida em que aos titulares dos direitos cabe o dever de participar na realização dessa idéia; (2) enquadrando-se os direitos fundamentais na instituição, na qual estão presentes outros bens de valor constitucional, então os direitos fundamentais situam-se sempre em relação a estes últimos numa relação de condicionalidade, donde resulta que o seu conteúdo e limites em relação aos outros bens constitucionais se afere mediante um critério de ponderação de bens; (3) conseqüentemente, se todo o direito está numa relação de valor com outros bens, fica aberta à regulamentação legal um maior campo de conformação do que aquele que seria permitido numa teoria liberal dos direitos fundamentais (sirvam de exemplo as intervenções regulamentadoras destinadas a assegurar a instituição da imprensa livre); (4) os direitos fundamentais apresentam um duplo caráter - individual e institucional - que explicará o fato de os direitos fundamentais, tais como as clássicas garantias institucionais ou garantias de instituto, deverem ser limitados na dimensão individual para se reforçar a dimensão institucional".

dimensão processual. Considera a liberdade como sendo uma dimensão social, sem deixar, contudo, de reconhecer a dimensão subjetiva nela presente.¹⁹

Na teoria democrática funcional “acentua-se particularmente o momento teleológico-funcional dos direitos fundamentais no processo político-democrático”.²⁰ Segundo o mencionado autor, ela determina uma “despersonalização-funcionalização dos direitos para se tentar salvaguardar a própria ordem que os reconhece”, conduzindo a “institutos censuráveis como os de perda ou suspensão dos direitos fundamentais pela sua utilização abusiva, tal como se consagra no art. 18 da Constituição de Bona (ex.: uso não conforme ao pretenso princípio democrático)”.

Por fim, tem-se a teoria socialista dos direitos fundamentais que é considerada por Canotilho como tendo a pretensão de adotar uma “concepção originária dos direitos fundamentais que implicaria uma ruptura com as concepções liberais; não se trataria, pois, de aperfeiçoar o núcleo clássico dos direitos fundamentais através do catálogo dos direitos sociais, econômicos e culturais, só plenamente logrado numa sociedade socialista”.²¹

Paulo Bonavides, ao examinar a teoria dos direitos fundamentais, chegou à conclusão de que tais direitos podem ser classificados de acordo com a ordem seguinte:

“a) direitos fundamentais da primeira geração (dominaram o século XIX): os direitos da liberdade, os direitos civis e políticos, os que têm por titular o indivíduo e que são oponíveis ao Estado. Isto é, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado;

¹⁹ Canotilho, ao estudar a referida teoria (*Direito Constitucional. cit.*, pp. 519 e 520), após considerar o avanço positivo da teoria social, entende que esta deixou alguns pontos obscuros, quais sejam: “(1) reconhece a teoria social que os direitos sociais são verdadeiros direitos subjetivos, ou serão antes cavalos de Tróia na cidade, ainda dominada pelo individualismo impenitente; (2) haverá efetivamente direitos de quota-parte dos cidadãos na realização dos direitos fundamentais, ou tratar-se-á de simples questões de organização e administração?; (3) quais as garantias efetivamente concedidas aos cidadãos quanto à realização dos novos direitos: haverá prestações estaduais à medida dos direitos fundamentais ou simplesmente direitos dependentes à medida das prestações do Estado?”.

²⁰ CANOTILHO. *Direito Constitucional. cit.*, p. 520.

²¹ Canotilho (*Direito Constitucional. cit.*, pp. 520 e 521), ao estudar a teoria socialista dos direitos fundamentais, observou que ela encara uma concepção socialista dos direitos fundamentais, opondo-se à chamada concepção burguesa. Ela parte do entendimento de que “o homem, na sua individualidade e personalidade, é a base das ações políticas e do próprio direito”, tendo uma “essência social que faz com que não se possa bastar a si próprio, e só se consiga transformar em homem total através de uma nova sociedade”. Com base nesses postulados, Canotilho afirma: “A partir daqui a teoria marxista aponta várias conseqüências para os direitos fundamentais: (a) os interesses do indivíduo identificam-se com os da sociedade, sendo mera ficção a teoria burguesa da esfera individual e livre, oposta à ordem estadual; (b) o direito de participação, na medida em que proporciona a transformação das condições sociais possibilitadoras da plena realização dos direitos, é o direito mãe dos direitos fundamentais; (c) dada a imbricação profunda do indivíduo e da sociedade, os direitos fundamentais não podem divorciar-se da criação de garantias materiais concretas necessárias a sua efetivação; (d) o compromisso ativo e a participação na criação das condições necessárias ao livre desenvolvimento dos direitos pressupõe a unidade dos direitos e deveres dos cidadãos; (e) a criação das condições materiais possibilitadoras do livre desabrochar dos direitos fundamentais exige ou pressupõe a apropriação coletiva dos meios de produção e a gestão coletiva da economia”.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

- b) *direitos fundamentais da segunda geração (dominam o século XX): os direitos sociais, culturais, econômicos, coletivos;*
- c) *direitos fundamentais da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade;*
- d) *direitos fundamentais da quarta geração: o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.*²²

Ingo Wolfgang Sarlet, em *A Eficácia dos Direitos Fundamentais* (Livraria do Advogado, 1998), preferiu classificar os direitos fundamentais em: direitos fundamentais da primeira dimensão (direitos à vida, à liberdade - liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc. -, à propriedade e à igualdade perante a lei, bem como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, de algumas garantias processuais - devido processo legal, habeas corpus, direito de petição) os chamados direitos civis e políticos, conforme lembra Paulo Bonavides; direitos fundamentais da segunda dimensão (os direitos econômicos, sociais e culturais - assistência social, saúde, educação, trabalho etc.); direitos fundamentais da terceira dimensão (os direitos de solidariedade e fraternidade; os que protegem os grupos humanos - família, povo, nação; direitos de titularidade difusa ou coletiva, direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e direito de comunicação).

O autor em destaque questiona a existência, na época contemporânea, de um direito de quarta dimensão. Reconhece que há tendência para a afirmação da sua existência, não obstante louvar o posicionamento de Paulo Bonavides, que aceita a configuração desse tipo de direito fundamental. Tais direitos são, segundo a corrente defendida por Paulo Bonavides, o direito à democracia e à informação, assim como o direito ao pluralismo, à manipulação genética, mudança de sexo, etc.

A objeção apresentada por Ingo Wolfgang Sarlet tem o seguinte conteúdo:

*"Contudo, também a dimensão da globalização dos direitos fundamentais, como formulada pelo Prof. Bonavides, longe está de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno e internacional, não passando, por ora, de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica, o que, aliás, se depreende das palavras do próprio autor citado, para quem, os direitos de quarta dimensão "compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política."*²³

²² Paulo Bonavides, em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., cit., pp. 516-526, detalha a origem, desenvolvimento e caracterização dos direitos fundamentais de acordo com a classificação acima expressada.

²³ STARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Livraria do Advogado, p. 53. Nota de rodapé cita BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 526.

O debate doutrinário sobre a teoria dos direitos fundamentais não tem limites. O que de positivo surge nessas investigações é a preocupação das ciências jurídica e política na busca da fixação de postulados que consagrem os direitos fundamentais do homem de acordo com as realidades por ele vivenciadas, na época atual, no ambiente social.

Não se pode deixar sem averiguação o fato de que o culto aos direitos fundamentais contribui para o fortalecimento da democracia. Não se desconhece a inquietude hoje reinante em todos os segmentos políticos e jurídicos a respeito da perspectiva democrática para este século.

Essa preocupação alcança nível internacional, pelo que há encontros e congressos com o fim específico de ser debatido o retrato da democracia vivida, atualmente, pelas nações e quais os pontos merecedores de preocupação para o seu aperfeiçoamento quanto à sua aplicação em um futuro bem próximo.

Há de se emprestar relevo ao momento especial que a América Latina está presenciando, com mudanças nos poderes da Venezuela e direta ameaça nas instituições da Colômbia. Outrossim, uma concepção democrática de largo alcance não pode deixar de ter envolvimento com questões relativas à "mídia e os direitos humanos, o papel dos partidos políticos e do sistema representativo e do preparo dos jovens e adolescentes para o pleno exercício democrático".²⁴

Não se pode analisar a evolução da teoria dos direitos fundamentais sem fazer referência ao que Jorge Miranda escreveu a respeito, no corpo de artigo intitulado "O Homem e o Estado - Direitos do Homem e Democracia".²⁵ Eis o seu pronunciamento:

"Direitos do homem (ou direitos fundamentais, como, em nível interno, parece hoje preferível dizer) são direitos da pessoa só por ser pessoa, ou do membro da comunidade política, do cidadão, só por o ser; são direitos universais. E sabe-se que assim só surgiram a partir do constitucionalismo liberal, a partir das Revoluções americana e francesa. Não os conheceram a época medieval, com a fragmentação do poder e a atribuição de prerrogativas, imunidades, privilégios correspondentes aos grupos em que as pessoas se inseriam, nem as organizações tribais de diversas partes do mundo, que subsistiram até há pouco.

Direitos fundamentais implicam o reconhecimento de uma esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, diferente da do Estado, ou, de outras perspectivas, a distinção Estado-poder e Estado-comunidade, a separação entre Estado e sociedade, a não-identificação de autoridade e liberdade. O Estado absoluto não os podia conceber, mas, sobretudo, eles atravessaram as mais graves vicissitudes e chegaram a ser negados ou desprezados, na teoria ou na prática pelos Estados totalitários, ditos de direita ou de esquerda, do século XX".

²⁴ Observações feitas por Guilherme Piernes e Ana Maria Albuquerque. (PIERNES; ALBUQUERQUE. *Debate Internacional sobre Democracia*. Gazeta Mercantil, 8 set.).

²⁵ Jorge Miranda - Professor Catedrático de Direito Constitucional da Universidade de Lisboa. ("O Homem e o Estado - direitos do homem e democracia". *Revista Interesse Público*, nº 1, 1999, pp. 79 e 80).

Mais adiante, observa o insigne constitucionalista português que:

"Não basta, pois, para que haja ou para que sejam garantidos direitos fundamentais que exista Estado. É necessário que o regime ou o sistema político lhes seja adequado; é necessário que a estrutura do poder seja compatível com a sua salvaguarda. Se o que está em causa é a posição da pessoa perante o poder, torna-se ineliminável a conexão entre o sistema de poder e o dos direitos fundamentais e um e outro fazem parte de uma mesma Constituição, com a sua coerência própria. A concentração do poder não se compadece com as liberdades públicas e, no limite, até com as liberdades privadas. Apenas a divisão do poder as assegura ou assegura plenamente; e divisão do poder requer legitimação não autocrática e mecanismos de controle".

Esse regime político capaz de colocar o homem como sendo o centro de todas as suas atenções, garantindo-lhe o gozo dos direitos fundamentais (os de todas as gerações, isto é, os de primeira, segunda, terceira e quarta), só pode ser o democrático, por considerar a guarda da liberdade como o seu limite de atuar.

Importante assinalar que a busca do conceito dos direitos fundamentais assume considerável importância para que eles passem a ser compreendidos como sendo essenciais ao regime democrático.

Há, contudo, que se compreender que, não obstante o esforço da ciência jurídica, não existe, na atualidade, um conceito uniforme sobre direitos fundamentais. No particular, José Afonso da Silva, em sua obra *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 174, anota que "A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem".

Após tais observações, José Afonso da Silva escolhe a expressão "direitos fundamentais do homem" como sendo a mais adequada, porque, "além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas".²⁶

No trato do tema "teoria dos direitos fundamentais", José Afonso da Silva identifica, em seu âmbito, os seguintes caracteres:

"(1) Historicidade. São históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com a correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência de homem ou na natureza das coisas;

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 177.

(2) *Inalienabilidade.* São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial, e a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis;

(3) *Imprescritibilidade.* O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição;

(4) *Irrenunciabilidade.* Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados”.²³

Alexandre de Moraes, na obra de sua autoria *Direitos Humanos e Fundamentais*. São Paulo: Atlas, p. 41, entende que os direitos fundamentais apresentam outras características além das acima referidas. Acrescenta, portanto, as seguintes:

a. inviolabilidade: impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;

universalidade: a abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos, independente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;

b. efetividade: a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato;

c. interdependência: as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas interseções para atingirem suas finalidades. Assim, por exemplo, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do habeas corpus, bem como previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente;

complementariedade: os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte”.

Como observado, há muito, ainda, que ser construído a respeito da fixação de uma teoria sobre direitos fundamentais.

O que se tem como absolutamente certo, não obstante as reflexões não uniformes sobre a conceituação e caracterização dos direitos fundamentais, no campo da doutrina, é que:

“A contínua marcha pelo reconhecimento dos direitos fundamentais é a mesma incessante caminhada no rumo da consolidação dos chamados Estados Democráticos. Neste prisma, os direitos humanos, à proporção em que se fazem reconhecidos, objetiva

²³ SILVA, José Afonso da. *Curso... cit.*, pp. 179 e 180.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

e positivamente, passam a robustecer o cimento indisponível do próprio Estado, o qual somente experimenta real sentido e autêntica legitimidade quando apto a viabilizar, mormente em situações-limite, a concretização ampliada da dignidade da pessoa"

(FREITAS, Juarez de. Prefácio. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais. Livraria do Advogado).

4 Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988

Os direitos fundamentais apresentam-se, no texto da Constituição Federal, divididos em cinco grupos, conforme anotação de José Afonso da Silva:²⁸

- (1) direitos individuais (art. 5º);
- (2) direitos coletivos (art. 5º);
- (3) direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss.);
- (4) direitos à nacionalidade (art. 12);
- (5) direitos políticos (arts. 14 a 17).

Com base na doutrina e na jurisprudência, podem ser elencados no atual momento do nosso ordenamento jurídico, os seguintes direitos fundamentais aplicados ao cidadão:

1. direito à vida, inclusive a uterina;
2. direito à saúde;
3. direito ao meio ambiente;
4. direito à igualdade;
5. direito ao gozo do princípio da legalidade;
6. direito a não ser torturado nem submetido a tratamento desumano ou degradante;
7. direito à liberdade de pensamento;
8. direito de proteção à imagem;
9. direito de resposta;
10. direito a ter crença ou convicção filosófica ou política;
11. direito à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
12. direito ao gozo da intimidade, da vida privada e da honra;
13. direito à privacidade dos dados bancários e fiscais, salvo as exceções legais;

²⁸ Curso... cit., p. 181.

MINISTRO JOSÉ AUGUSTO DELGADO

14. direito à inviolabilidade domiciliar;
15. direito ao sigilo de correspondência e de comunicação;
16. direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão;
17. direito à liberdade de informação;
18. direito à liberdade de locomoção;
19. direito de reunião pacífica;
20. direito pleno de associação;
21. direito de uso, gozo e disposição da propriedade, desde que em harmonia com os fins sociais;
22. direito a indenização da propriedade quando requisitada por motivos de guerra ou iminente perigo público;
23. direito à proteção pelo Estado da pequena propriedade rural;
24. direito à propriedade imaterial;
25. direito ao gozo dos frutos produzidos pelas invenções;
26. direito ao uso das marcas de indústria e de comércio e de serviço e das expressões ou sinais de propaganda;
27. direito de herança;
28. direito do cônjuge ou dos filhos brasileiros à sucessão de bens de estrangeiros situados no país;
29. direito do consumidor a ser protegido pelo Estado;
30. direito à obtenção de certidão;
31. direito à petição em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
32. direito de acesso ao Poder Judiciário para solução de litígios;
33. direito a que a lei não prejudique o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
34. direito a julgamento por juiz natural;
35. direito a não ser punido por crime sem lei anterior que o defina, e a não receber pena sem prévia cominação legal;
36. direito a que lei não retroaja, salvo para beneficiar o réu;
37. direito a que direitos fundamentais não sejam discriminados;
38. direito de o racismo ser combatido;
39. direito a ver aplicado o princípio da pessoalidade ou incontagiabilidade ou intransmissibilidade da pena decorrente de delito penal;
40. direito à inexistência de penas de morte, salvo em caso de guerra, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis;
41. direito a, em caso de condenação, cumprir pena com respeito aos direitos humanos;
42. direito a não ser extraditado;
43. direito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa;
44. direito a gozar do princípio da presunção de inocência;

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

45. direito a não ser identificado criminalmente, caso já o seja civilmente, salvo nas hipóteses legais;
46. direito a promover ação privada nos crimes de ação pública, caso esta não seja promovida no prazo legal;
47. direito à publicidade dos atos processuais, salvo as exceções previstas em lei;
48. direito a só ser preso em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade judiciária competente;
49. direito a prestar fiança, nos casos legais;
50. direito a, ao ser preso, ser, de imediato, tal fato comunicado ao juiz competente e à família;
51. direito a silenciar quando acusado em ação penal;
52. direito a ver a prisão ilegal ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;
53. direito a receber assistência jurídica integral, no caso de ser pobre;
54. direito a ser indenizado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;
55. direito ao trabalho, à liberdade para escolha do trabalho, à igualdade de tratamento e de oportunidades no trabalho, à proteção contra a despedida arbitrária, ao aviso prévio, à fixação e proteção dos salários, à equivalência salarial, ao salário mínimo, ao descanso e lazer, à duração da jornada de trabalho, ao trabalho noturno com jornada reduzida e salário superior, ao repouso semanal remunerado, a férias, à proteção à maternidade, ao salário-família, à proteção ao trabalho do menor, ao fundo de garantia por tempo de serviço, à liberdade sindical, a fazer greve de acordo com a lei, a indenização por acidente de trabalho, a receber prestação por insalubridade e periculosidade no trabalho, à formação e orientação profissional, à previdência social, aos serviços sociais, a integrar comissões paritárias e de integração na vida da empresa, a ter os conflitos trabalhistas julgados pela Justiça do Trabalho;
56. direito a ver a sua dignidade humana respeitada;
57. direito a que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata.

5 A Importância dos Direitos Fundamentais

Há unanimidade no entendimento dos doutrinadores de que, no direito contemporâneo, nenhum tema é mais importante do que o vinculado ao exame dos direitos fundamentais, haja vista a importância que ele assume para a instituição de um novo modelo democrático.

Lembrada é, constantemente, a regra do art. 16 da Declaração de 1789 feita pelos americanos: "Não tem Constituição a sociedade em que não estiver assegurada a garantia dos direitos (fundamentais), nem determinada a separação dos poderes".

No Brasil, os direitos fundamentais foram expressamente consagrados na Carta Magna de 1988. Esse Documento Maior enumera no art. 5º mais de setenta e seis direitos fundamentais; seis no art. 6º; outros no art. 150, no art. 225 (meio ambiente), no art. 220 (comunicação social). Tem-se enumeração expressa de direitos fundamentais em número três vezes mais do que o contido na Carta de 1967, c/c a EC. Nº 1/69, cinco vezes mais do que a Constituição da Alemanha.

Esse grande número de direitos fundamentais definidos na Carta Magna conduz o jurista a enfrentar dificuldades na sua interpretação. Tais problemas, contudo, não devem servir de caminhos a serem utilizados para uma tentativa de diminuir o alcance interpretativo dos direitos fundamentais elencados na Carta Magna e outros existentes implicitamente. O que o jurista deve é conscientizar-se da riqueza do tema e de que o seu aperfeiçoamento é absolutamente necessário para a consolidação de uma democracia participativa e voltada para atender aos anseios da cidadania.

É de ser sempre lembrado o que Norberto Bobbio asseverou, na obra *A Era dos Direitos*. trad. Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18, que

"...o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para realização dos mesmos, das transformações técnicas etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações".

Por último, impondo-se silêncio depois da citação, convém invocar Dalmo de Abreu Dallari:

"Com base no conjunto das situações e na realidade de agora pode-se dizer que os Direitos Humanos ainda não adquiriram existência real para grande número de brasileiros. A marginalização social é imensa e a discriminação econômica e social está apoiada na própria Constituição.

Entretanto, a sociedade brasileira está mudando, as camadas mais pobres da população estão adquirindo consciência de seus direitos e já conseguiram avançar muito no sentido de sua organização. A sociedade ultra-individualista, criada pelos colonizadores europeus e acentuada no século XX pela interferência norte-americana, está cedendo lugar a uma nova sociedade de indivíduos associados, que começam a descobrir a importância da solidariedade.

A utopia de um país de pessoas realmente livres, iguais em direitos e dignidade e com igualdade de oportunidades começou a despontar. As barreiras do egoísmo, da

arrogância, da hipocrisia, da insensibilidade moral e injustiça institucional, que até hoje protegeram os privilegiados, apresentam visíveis rachaduras. Já começou a nascer o Brasil de amanhã, que por vias pacíficas deverá transformar em realidade o sonho da justiça social, que muitos já ousam sonhar.²⁹

6 Alguns Aspectos Vinculados aos Direitos Fundamentais do Contribuinte³⁰

Há de ser ressaltada, antes de qualquer manifestação sob os assentos acima alinhados, a importância, neste início de século, em se analisar a natureza, extensão, eficácia e efetividade dos direitos fundamentais do contribuinte, por buscar-se um novo modelo, com apoio nas construções científicas do Direito, de entregar-se aos cidadãos, na democracia praticada pelos agentes públicos e demais membros da sociedade, a concretização do sonho de maior respeito à dignidade, à imagem, à propriedade, à intimidade, à liberdade do ser humano, sem se afastar, também, a guarda aos princípios da moralidade e da confiabilidade na atuação estatal.

Há que se ter em consideração efetiva a pretensão dos governantes de reformar o Estado, em suas linhas estruturais, o que alcança as metas postas no ordenamento jurídico atual para regular o relacionamento fisco-contribuinte.

Esse aspecto assume relevo pela pretensão do Executivo em efetuar uma Reforma Tributária cuja finalidade é, unicamente, de aumentar a arrecadação dos tributos para conter o "déficit" público.

Ao lado dessa investida devidamente caracterizada para o alcance acima registrado, surge a idéia, no Senado Federal, de ser discutido um Código de Proteção ao Contribuinte.

Esse movimento, ao ter aberta a pauta para debates, começou com a apresentação de um Projeto denominado "Código de Defesa do Contribuinte", considerado, pelo seu autor, como indispensável à cidadania.

Na verdade, só o fato de discussão de tão alto nível ter sido instaurada caracteriza atestado de que, embora tardiamente, busca-se colocar o contribuinte em situação de igualdade com o fisco, por haver defesa de instituição de direitos e deveres mútuos.

O Projeto em questão foi elaborado por uma comissão coordenada pelo Prof. Torquato Jardim e tendo como integrantes os tributaristas Roque Carrazza, da PUC/SP; Eduardo Botelho, da USP; Paulo Barros de Carvalho, da PUC/SP e USP; José Souto Maior Borges, da Universidade Federal de Pernambuco; e Ricardo Lobo Torres, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

²⁹ Dalmo de Abreu Dallari, Professor Titular do Departamento de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. ("Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira". *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 88, 1993).

³⁰ Trabalho apresentado no SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO DO CENTRO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA, 25., 2000. Coordenação do Prof. Ives Gandra da Silva Martins.

MINISTRO JOSÉ AUGUSTO DELGADO

O autor do Projeto, Senador Jorge Bornhausen, ao apresentá-lo, afirmou que ele implicava uma "revolução cultural na compreensão da Constituição Federal", por ter "como vetores fundamentais os direitos do contribuinte e a busca da justiça fiscal", além de inserir-se no "processo das democracias avançadas".

O Projeto tem sete capítulos e 53 artigos, destacando-se as normas que são consideradas fundamentais, de acordo com pronunciamento do seu autor, que transcrevo na íntegra:

"1. O princípio da legalidade para exigir ou aumentar tributos pressupõe a estipulação expressa de todos os elementos indispensáveis à incidência;

2. Leis que instituidoras de taxas deverão identificar expressamente o serviço prestado ou posto à disposição do cidadão contribuinte.

3. Respeito à anualidade mediante publicidade que se dê dentro do ano civil anterior, é ressaltada, impedindo-se, dessa forma, a circulação de periódicos ou diários oficiais em segunda edição ou ainda para conhecimento do contribuinte após o encerramento do ano civil.

4. Somente lei complementar poderá estabelecer requisitos para a fruição de imunidades tributárias - o que é da maior importância na defesa do cidadão contribuinte.

5. Fornecimento de certidões sem restrições e pleno acesso a informações.

6. Confere estabilidade e respeito à coisa julgada.

7. Veda a interdição de estabelecimentos, a proibição de transacionar com repartições públicas, a instituição de barreiras fiscais e outros meios coercitivos para cobrança extrajudicial dos tributos;

Dessa forma, a partir da aprovação do código, o Cadin se trata de um mero órgão de informação e não de punição.

8. Somente o Poder Judiciário poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade e a desconsideração somente atingirá os sócios que se ocultem atrás da pessoa jurídica;

9. Ninguém será obrigado a atestar ou testemunhar contra si próprio. Atende principalmente o pequeno contribuinte, o mais indefeso, aquele que não tem recursos para contratar grandes tributaristas;

10. Presume-se, portanto, do princípio da boa-fé do contribuinte até prova em contrário. Mais importante ainda:

11. Nenhum depósito, fiança, caução ou qualquer outro ônus poderá ser exigido do contribuinte administrativamente, ou em juízo, como condição à defesa ou recurso do contribuinte, à exceção a garantia de execução fiscal;

Termina-se, assim, a imposição dos 30% que leva o contribuinte a retirar do seu capital de giro recursos fundamentais para o exercício da sua defesa, que é um legítimo direito que lhe pertence.

Eliminam-se, portanto, todos os tipos de coação e estabelece-se justiça tributária, repito, especialmente para o pequeno contribuinte".

Há, portanto, no âmbito do Poder Legislativo, uma tentativa de aprimoramento das relações jurídicas entre fisco e contribuinte que, se tudo for transformado em lei, aproximará o nosso sistema, quanto a esse aspecto, ao já adotado pelos modelos jurídicos dos Estados Unidos e Espanha (Os Estados Unidos da América, em 1986, aprovaram o Código do Contribuinte. A Espanha o fez em 1988 - Lei de Direitos e Garantias dos Contribuintes).