

# **Apostila Básica de Direito Constitucional I**

**Marcus Robson Nascimento Costa Filho**

## **Apresentação**

### **1. Sobre o autor**

Marcus Robson Filho é formado em História pela Universidade Federal de Alagoas (1994). Também é formado em Direito pela Faculdade de Alagoas – FAL – (2006). É servidor concursado da Justiça Federal de Alagoas (1996). É também pós-graduado em Direito Processual pelo CESMAC (2007). Mestre em Educação pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL.

Desde 2007, ministra aulas no ensino superior, onde titularizou as cadeiras de Direito do Consumidor, Teoria da Constituição, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Processo Civil e Processo Penal.

### **2. Sobre a apostila**

Esta nossa apostila, que leva o título de **“Apostila Básica de Direito Constitucional I”** contém todos os temas que abordaremos ao longo do semestre, apresentados em artigos, de minha autoria e de doutrinadores consagrados do Direito Constitucional. Com esse material, o aluno poderá acompanhar cada um dos pontos que serão apresentados e discutidos em nossa disciplina, o que, certamente, deve facilitar a compreensão dos mesmos.

Dividimos a apostila em 5 (cinco) módulos, dispostos da seguinte forma:

**MÓDULO I – 1. PRESSUPOSTOS PARA OS NOSSOS ESTUDOS:** 1. Constituição, Estado e Direitos Fundamentais. 2. A Constituição de 1988 e os Direitos Fundamentais, 3. Os Novos Paradigmas da Interpretação Constitucional: 3.1. O neopositivismo e a Constitucionalização do Direito. 3.2. A “Judicialização” das Relações Sociais. 3.3. O Ativismo Judicial. 4 Os Direitos Fundamentais entre a Constituição e a Realidade: entre o Estado Democrático e o Estado de Exceção Permanente.

**2. TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:** 1. Conceito, propriedades (características) dos direitos fundamentais, 2. Função dos Direitos Fundamentais, 3. Afirmação histórica dos Direitos Fundamentais e os Fatores de Ameaças, 3. Classificação dos Direitos Fundamentais (as dimensões), 4. Interpretação das normas de direitos fundamentais;

**MÓDULO II – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS NA CF/1988:** 1. Noções Propedêuticas, 1.1. Os Direitos Fundamentais na CF e Fora dela, 1.2. A Questão da Titularidade, 1.3. Aplicabilidade das Normas de Direitos Fundamentais, 2. Dos Direitos Individuais e Suas Garantias, 2.1 Do direito à vida e outros âmbitos existenciais, 2.2 Dos direitos de liberdade, 2.3 Dos direitos de igualdade, 2.4 Dos direitos de propriedade, 2.5 Das garantias fundamentais – institucionais, processuais e outras.

**MÓDULO III – DOS DIREITOS DE NACIONALIDADE E CIDADANIA:** 1 Da nacionalidade e dos direitos de nacionalidade, 2 Da cidadania e dos direitos políticos, 3 Dos partidos políticos.

**MÓDULO IV - DOS DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS:** 1. Definições. 2. Classificação dos Direitos Sociais na Constituição de 1988 e 3. Os Óbices à Plenificação desses Direitos;

<b>MÓDULO I</b>
-----------------

## 1. PRESSUPOSTOS PARA OS NOSSOS ESTUDOS

**Sumário:** 1. Constituição, Estado e Direitos Fundamentais. 2. A Constituição de 1988 e os Direitos Fundamentais, 3. Os Novos Paradigmas da Interpretação Constitucional: 3.1. O neopositivismo e a Constitucionalização do Direito. 3.2. A “Judicialização” das Relações Sociais. 3.3. O Ativismo Judicial. 4 Os Direitos Fundamentais: entre o Estado Democrático e o Estado de Exceção Permanente (Estado Pós-Democrático).

### 1. Constituição, Estado e Direitos Fundamentais.

O tema dos direitos e garantias fundamentais insere-se no rol dos temas essencialmente constitucional, porquanto, desde os primórdios do constitucionalismo, a ideia de constituição já contemplara, ao lado da estrutura e organização do Estado, um catálogo desses direitos. Os direitos e garantias fundamentais são, por assim dizer, um objeto ínsito ao constitucionalismo.

Nesse sentido, calha trazer à baila a lição de NOVELINO que, ao mencionar esse aspecto, assevera que:

As primeiras constituições escritas tinham como conteúdo a *estrutura do Estado, a organização dos poderes e seu exercício e, ainda, os direitos e garantias fundamentais*. Por ser objeto clássico das Constituições, estas ficam conhecidas como *matérias constitucionais* (grifos do próprio autor)

Com efeito, os direitos e garantias fundamentais formam uma marca indelével do constitucionalismo moderno. Para melhor expressar o que avultamos aqui, servimo-nos da lição de Jorge Miranda (1991, p. 166), que menciona essa intrínseca relação entre os direitos fundamentais e as constituições com as seguintes palavras:

A Constituição confere uma unidade de sentido de valor e de concordância prática dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento da sociedade e do Estado.

Todas as constituições brasileiras contiveram um catálogo de direitos e garantias fundamentais. Desde a constituição de 1824, a primeira após a criação do Estado brasileiro, em todas as demais são encontradas normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Mesmos as Constituições que foram outorgadas<sup>1</sup>, forjadas no bojo de regimes de exceção, trouxeram um rol de direitos e garantias fundamentais.

---

<sup>1</sup> Referimo-nos às Constituições de 1824, de 1937 e de 1967.

Forte e visivelmente influenciada pelas ideias liberais, a Constituição de 1824 consagrou em seu texto direitos fundamentais individuais. Naquele texto constitucional, os Direitos Fundamentais repousavam em sua parte final, mais precisamente no seu último título que tratava “Das Disposições Gerais, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, que embora trouxesse um pífio esboço de um rol de direitos sociais, enfatizava os direitos individuais, verdadeiros postulados do liberalismo político.

Em excelente artigo sobre o tema, o Professor de Direito Constitucional do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil- ULBRA e Advogado, Paulo Vargas Groff, teceu as seguintes considerações:

No art. 179, encontravam-se 35 incisos, contemplando direitos civis e políticos. Entre os direitos, encontravam-se: a legalidade, a irretroatividade da lei, a igualdade, a liberdade de pensamento, a inviolabilidade de domicílio, a propriedade, o sigilo de correspondência, a proibição dos açoites, da tortura, a marca de ferro quente e outras penas cruéis, entre outros direito civil.

Os direitos sociais aparecem naquele texto constitucional em apenas dois dos trinta e cinco incisos, designadamente, nos incisos XXXI e XXXII, em cuja lacônica dicção se vislumbra um simulacro de direito à saúde e à educação, nas seguintes palavras: *XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos e XXXII. A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.*

Com a ruptura com o sistema monárquico e a proclamação da República no Brasil, já no século XIX, é promulgada a primeira Constituição republicana. Apesar da mudança de regime, o Constituinte de 1891, alinhados aos postulados liberais, consagra um rol de direitos de primeira dimensão, preservando a sistemática da Constituição decaída e relega para a parte final o rol de direitos e garantias fundamentais. Com efeito, as normas consagradoras desses direitos e suas respectivas garantias veem entalhadas no Título IV, destacando-se, como na de 1824, os direitos de primeira dimensão.

A principal novidade se deu em relação à introdução do habeas corpus, conforme dicção do art. 72, § 22, com redação muito semelhante a que encontramos no atual texto constitucional: “Dar-se-ha o habeas-corpus sempre que alguém sofrer ou se achar em imminente perigo de sofrer

violencia por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção” .

A Constituição de 1934 merece, nesse nosso brevíssimo estudo, um olhar diferenciado. Dizemos isso porque essa Constituição inova em relação ao rol de Direitos e garantias fundamentais, consagrando vários outros direitos além daqueles que historicamente vinham sendo consagrados nos textos anteriores. Nesse sentido, calha trazer à baila a observação feita por Paulo Vargas Groff em artigo aqui já citado, *verbis*:

No rol dos novos direitos individuais, constam: a não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; explicitou o princípio da igualdade; permitiu a aquisição de personalidade jurídica, pelas associações religiosas, e introduziu a assistência religiosa facultativa nos estabelecimentos oficiais; instituiu a obrigatoriedade de comunicação imediata de qualquer prisão; instituiu o mandado de segurança; vedou a pena de caráter perpétuo, proibiu a prisão por dívidas, multas ou custas; impediu a extradição de estrangeiros por crime político ou de opinião, e, em qualquer caso, a de brasileiros; criou a assistência judiciária para os necessitados [...]

Contudo, a mais importante inovação relacionada aos direitos e garantias fundamentais contida no texto constitucional de 1934 foi a introdução dos direitos sociais, encartados que foram no título que tratava da ordem social e econômica (Título IV). Nesse rol, vemos vários direitos sociais conferidos aos trabalhadores, tais como o direito à sindicalização e à associação, a proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; o salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador; o trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; repouso hebdomadário, de preferência aos domingos; férias anuais remuneradas; indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; regulamentação do exercício de todas as profissões; reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho.

Além disso, a Constituição de 1934 ainda consagrou normas referentes aos direitos sociais de amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar, de estímulo à educação eugênica, de amparo à maternidade e à infância, de socorro às famílias de prole numerosa, de proteção à juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual.

Com o golpe de Estado perpetrado por Getúlio Vargas e pelas forças político-militares que o apoiavam, e com a consequente decretação do Estado Novo, instaurou-se em 1937 no Brasil um regime político de exceção. Nesse contexto, a Constituição de 1934 foi golpeada e substituída por uma Constituição outorgada por Vargas, denominada por seus opositores de “Constituição Polaca”, por ter tido como referência a Constituição polonesa de 1935.

Foi uma Constituição de cunho evidentemente fascista, fortemente inspirada no regime fascista instaurado na Itália por Mussolini. José Afonso da Silva (2000, p. 169) se referiu à Constituição de 1937 como sendo uma Constituição ditatória na forma, no conteúdo e na aplicação. Por óbvio que, nesse contexto, como ocorre em toda e qualquer ditadura, os direitos fundamentais são menoscabados, sendo alvo de ataques sistemáticos.

Muito embora tenha consagrado um rol até amplo de direitos e garantias fundamentais, por muitas vezes negligenciados pelo Estado para respaldar a perseguição aos dissidentes políticos, o que chama a atenção naquele texto constitucional é o retrocesso em matéria de direitos fundamentais, com a extinção do mandado de segurança, a criação da censura prévia e a ampliação das hipóteses de pena de morte.

Com o fim do Estado Novo e a redemocratização do país, em 1946 é promulgada uma nova Constituição, que, no que tange aos direitos e garantias fundamentais, é restauradora da Constituição de 1934, com a abolição da pena de morte, a não ser no caso de guerra, e a prisão perpétua.

Contudo, o processo de redemocratização pós-Estado Novo, foi elidido com o golpe militar imposto pelos militares em 1964, instaurador de uma nefanda ditadura responsável pela morte e desaparecimento de milhares de pessoas, pelo exílio de outras tantas, bem como por ataques

sistemáticos às mais mínimas liberdades civis. Em face disso, é outorgada a Constituição de 1967.

A Constituição de 1967, que continha um rol razoável de direitos e garantias fundamentais, foi sobrepujada pelos chamados Atos Institucionais, máxime, pelo Ato Institucional nº 5, o qual, em matéria de direitos e garantias fundamentais, representou a expressão maior de um regime ditatorial<sup>2</sup>.

## **2. A Constituição de 1988 como marco jurídico-político da redemocratização do país e da institucionalização dos Direitos Fundamentais.**

A Constituição de 1988 surge como um evento da mais alta relevância que dimanou do processo de redemocratização vivido pelo país a partir de meados da década de 1980. Esse processo de reencontro do país com o regime democrático teve na Constituição de 1988 um de seus mais importantes aliados, que, ao lado das pressões que vieram das ruas, foram responsáveis por sua higidez, pois, porquanto institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil (Piovesan, 2013, p. 86)

Em um outro artigo, Flávia Piovesan (2008, p. 49) preconiza que:

A Constituição de 1988 é um marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos e garantias fundamentais. O texto demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964, refletindo o consenso democrático pós-ditadura.

Esse também é o tom impresso por José Afonso da Silva, ao afirmar que:

É a Constituição cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania (2009, p. 80)

Da mesma forma podemos afirmar que a Constituição de 1988 é um marco jurídico-político de institucionalização dos direitos fundamentais no Brasil. Dizemos isso porque os Direitos Fundamentais receberam especial dignidade, revelando-se não apenas na hierarquia normativa superior das normas constitucionais em geral, mas também à vista dos seguintes fatores:

---

<sup>2</sup> Sobre o Ato Institucional nº 5, o proeminente jurista Sobral Pinto teceu as seguintes considerações: *“O ATO INSTITUCIONAL N.º 5 fez calar a tribuna parlamentar, pôs em silêncio a tribuna jornalística, suprimiu a tribuna estudantil e ameaça, permanentemente, a tribuna sagrada, tribuna que, aqui e acolá, também já fez calar. Ante isto, depois disto e consoante isto, dizer, alguém, que o Brasil não está sob uma ditadura é, positivamente, afrontar a verdade soberana e indiscutível”*

**1) Situação Topográfica**, ou seja, o local escolhido pelo Constituinte para inscrever os Direitos Fundamentais foi de fato especial e diferente do que se tinha nas outras Constituições brasileiras. Naquelas Constituições, os Direitos Fundamentais vinham ou no final do texto e/ou então espalhados ao longo do texto. Não foi essa, entretanto, a postura adotada pelo Constituinte de 1986, já que se optou por inscrever os Direitos Fundamentais logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais.

Certamente, isso tem uma consequência, que é a de entender que o Constituinte assim o fez para que os Direitos Fundamentais servissem como **parâmetro de hermenêutica** de todo o texto constitucional, bem assim como elemento de identificação dos **valores políticos** adotados pela Constituição.

**2) Aplicabilidade Imediata dos Direitos Fundamentais** - Certamente, um dos temas mais controvertidos na doutrina e jurisprudência especializada diz respeito à questão da eficácia dos Direitos Fundamentais. Consoante proclamado pelo § 1º, do art. 5º, da CF/88, “As normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata”. É o denominado princípio da máxima efetividade, o qual impõe que a esses direitos, a exemplo dos direitos sociais, seja empregada uma interpretação que lhes confira a mais máxima efetividade.

Dimana da leitura do preceptivo acima que, não só as normas que anunciam os direitos fundamentais, incluindo-se aí os direitos econômicos, sociais e culturais, estão livres, e essa foi a intenção do constituinte, de esvaziamento, de tal sorte que não se tornem “letra morta” no texto constitucional.

A polêmica em relação à temática nasce quando se tenta responder à seguinte pergunta: a norma contida no § 1, do art. 5º, da CF/88 possui, por si só, força suficiente para transformar todos os Direitos Fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e dotadas de plena eficácia?

Bem, um exame panorâmico acerca das posições atinentes ao tema nos desvela que há, pelo menos, três respostas doutrinárias à questão acima cogitada. Tais posições podem ser sintetizadas<sup>3</sup>:

---

<sup>3</sup> Quem nos traz notícia da presente posição é o Juiz Federal INGO WOLFGANG SARLET em sua obra, que já se transformou em um referencial para o estudo dos temas relacionados aos Direitos Fundamentais, A Eficácia dos Direitos Fundamentais publicada pela editora Livraria do Advogado.

[...] a norma contida no § 1º, do art. 5º não teria o condão de impedir que as normas de direitos fundamentais carentes de concretização venham a alcançar sua plena eficácia tão somente após um interpositio legislatoris, não gerando, antes que tal ocorra, direito subjetivo para o titular.

[...] os direitos fundamentais são, em princípio, (na medida do possível), diretamente aplicáveis, regra que, no entanto, comporta duas exceções: a) quando a Constituição expressamente remete a concretização do direito fundamental ao legislador, estabelecendo, por exemplo, que este apenas será exercido na forma prevista em lei; b) quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe possam assegurar a aplicabilidade, no sentido de que não possui a normatividade suficiente à geração de seus efeitos principais sem que seja necessária a assunção, pelo Judiciário, da posição reservada ao legislador.

[...] inexistem normas que declarem direitos fundamentais sem eficácia, na medida em que, além da norma que consagrou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o Constituinte cuidou para que fossem criados instrumentos processuais aptos a combater também a omissão por parte do legislador e dos demais órgãos estatais, nomeadamente, o Mandado de Injunção (art. 5º, inc. LXXI, da CF) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Sem delongas, entendemos que a norma contida no § 1º, do art. 5º, da CF/88 assenta a vinculação de todos os órgãos estatais, bem como os particulares aos direitos fundamentais, de tal sorte que, no que tange aos órgãos estatais, estes estão obrigados a aplicá-los, ao passo em que aos particulares se impõe o dever de cumpri-los, isso, independentemente, de ato legislativo e/ou administrativo.

**3) *Maior Proteção Conferida aos Direitos Fundamentais*** – outro fator que nos leva à conclusão segundo a qual a Constituição de 1988 é marco jurídico-político na institucionalização dos Direitos Fundamentais se refere ao fato de que o atual texto constitucional conferiu uma maior proteção a esses direitos.

Em outras palavras, queremos dizer que os direitos fundamentais encontram-se protegidos não apenas contra o legislador ordinário, mas até mesmo contra a ação do poder constituinte reformador, já que integram o rol das “cláusulas pétreas” do art.60, § 4º, inc. IV, da CF.

**4) *Amplitude do Rol de Direitos Fundamentais Encartado na CF/88*** – em nenhuma outra Constituição brasileira antes desta se viu um catálogo de Direitos Fundamentais tão amplo. Esta Carta traz em seu bojo um Título inteiro dedicado aos Direitos Fundamentais, compreendido entre os artigos

5º e 18, e mais os inúmeros incisos que se encontram espalhados nesses artigos.

Além dos Direitos Fundamentais que se encontram concentrados no Título II, denominando **“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”**, que estão de forma explícita consignados, ainda existem os ***direitos fundamentais implícitos***, isto é, são normas que declaram direitos fundamentais que não estão no Título II, *v.g.*, dentre outras, podemos citar a norma prevista no art. 225, da CF/88, isto é:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Com efeito, o status de Direito Fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado decorre da ideia segundo a qual se reconhece o caráter vital da qualidade ambiental para o desenvolvimento humano em níveis compatíveis com a sua dignidade, no sentido da garantia e promoção de um completo bem-estar existencial.

Daí porque, o art. 225, caput, e o art. 5º, § 2º atribuem ao Direito ao ambiente confirma o caráter de Direito Fundamental do indivíduo e da coletividade, nas seguintes palavras:

Art. 5º, § 2º:

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

### **3. Os Novos Paradigmas da Interpretação Constitucional**

#### **3.1. O neopositivismo e a Constitucionalização do Direito.**

A expressão neoconstitucionalismo tem sido utilizada pela doutrina para definir o atual momento em que vivem os estudos do constitucionalismo. Síntese das reflexões feitas pela humanidade logo após a Segunda Grande Guerra Mundial, o neoconstitucionalismo representa, em primeiríssima análise, uma recusa aos valores do positivismo jurídico, bem como, como assevera ANA PAULA BARCELLOS, [...] a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

O neoconstitucionalismo designa, portanto, a um só tempo, uma reação ao positivismo jurídico levado à radicalidade, que ao estabelecer a primazia

jurídica do valor da dignidade da pessoa humana expõe às escancaras a profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, responsável por conferir um quadro de legalidade às atrocidades perpetradas pelo regime nazista (PIOVESAN, 2013, p. 90).

É muito comum se ler que o neoconstitucionalismo pode ser identificado, fundamentalmente, por três fenômenos: a centralidade dos Direitos Humanos Fundamentais, a força normativa da constituição e dos seus princípios e a constitucionalização do Direito. Examine-mo-los.

No que tange à primeira dessas três características, impende frisar que há uma estreita relação entre o neoconstitucionalismo e os direitos fundamentais, porquanto esse constitucionalismo pós-segunda guerra mundial foi responsável por forjar uma linguagem dos direitos humanos e da proteção da dignidade da pessoa humana (PIOVENSAN, 2013, p. 49).

Dessa maneira, a Constituição de 1988, ao estabelecer um tratamento jamais conferido aos direitos e garantias fundamentais, está em sintonia com esse novel constitucionalismo. A professor de Direito Constitucional da Universidade do Rio de Janeiro, a Dr.<sup>a</sup> Ana Paula de Barcellos, ao analisar essa relação entre direitos fundamentais e o neoconstitucionalismo, enfatiza que:

As Constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores – associados, em particular, à dignidade humana e aos direitos fundamentais [...] A introdução desses elementos pode ser compreendida no contexto de uma reação mais ampla a regimes políticos que, ao longo do Século XX, substituíram os ideais iluministas de liberdade e igualdade pela barbárie pura e simples, como ocorreu no nazismo e o fascismo.

Já em relação à segunda característica, avultamos que, nesse novel panorama, a Constituição assume um especial lugar dentro do ordenamento jurídico. Segundo lição do ilustre professor Luiz Roberto Barroso:

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da insignificância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

Para entendermos esse fenômeno, faz-se necessário que se examinem suas principais características. Nesse sentido, colham-se as palavras da ANA PAULA BARCELAR, *in verbis*:

[...] o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende, em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição.

Por fim, quando falamos sobre o fenômeno da constitucionalização do Direito, estamos falando a respeito do efeito expansivo das normas constitucionais, em função do qual se verifica a projeção do conteúdo material e axiológico, com força normativa, por todo o sistema jurídico.

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, a constitucionalização do Direito significa o fenômeno segundo o qual as normas da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional, repercutindo na atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares.

### **3.2. A “Judicialização” das Relações Sociais.**

Outro fenômeno que surge no bojo das mudanças a respeito das quais estamos falando, é o da “judicialização” das relações sociais e da política, designando uma interferência cada vez mais marcante do Poder Judiciário na solução de matérias que, em princípio, não deveriam ser solvidas por ele.

O ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso define com as seguintes palavras o fenômeno da judicialização:

[...] significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral [...] A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país [...] A segunda causa foi a constitucionalização abrangente [...] A terceira e última causa da judicialização [...] é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo (BARROSO, 2009).

O Poder Judiciário, claramente, aproveitando-se do seu robustecimento bem como da inércia do Legislativo e do Executivo, tem enfrentado questões que deveria ser deliberados por um desses dois órgãos e não por ele.

### **3.3. O Ativismo Judicial**

No Brasil, o movimento do ativismo judicial virou sinônimo de uma postura de vanguarda do juiz na realização da vontade constitucional e na concretização de direitos. Buscando uma definição para o ativismo, Andreia Elias da Costa assevera:

[...] a ideia do ativismo judicial está associada a uma participação do Judiciário na concretização dos valores constitucionais, o que pode se dar de diferentes maneiras, tais como pela aplicação direta da Constituição em situações não expressamente contempladas em seu texto, independentemente, de manifestação do legislador.

É nessa mesma linha que Cynara Monteiro Mariano retrata o fenômeno do ativismo, *verbis*:

[...] é verdade que o Judiciário, agora, está comprometido com uma nova atuação, que deve ser dirigida à defesa e concretização dos direitos fundamentais, em oposição à concepção clássica do constitucionalismo francês, imortalizada na imagem do juiz 'boca da lei'. Só que a diferença entre o que o constitucionalismo dirigente defende e a proposta do neoconstitucionalismo é que o primeiro, diferente do segundo, não entende que a tarefa de concretização dos direitos fundamentais seja desempenhada primordialmente ou exclusivamente pelo Judiciário, em detrimento da soberania do poder constituinte e do status de legítimo representante da soberania popular de que é revestido o Poder Legislativo.

O mesmo olhar nos é reavalado nas palavras de Elival da Silva Ramos, quando em obra referencial sobre o tema preconizou:

“não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão “ativismo”, com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrario, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados. Na medida em que no âmbito do common law se franqueia ao Poder Judiciário uma atuação extremamente ativa no processo de geração do direito, torna-se bem mais complexa a tarefa de buscar no plano da dogmática jurídica, parâmetros que permitam identificar eventuais abusos jurisdição em detrimento do Poder Legislativo. Daí porque a discussão, como se constata nos Estados Unidos, tende a se deslocar para o plano da Filosofia política, em que a indagação central não é a consistência jurídica de uma atuação mais ousada do Poder Judiciário e sim a sua legitimidade, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano.

Note-se que em todas essas descrições o movimento do ativismo judicial designa

#### **4 Os Direitos Fundamentais entre a Constituição e a Realidade: entre o Estado Democrático e o Estado de Exceção Permanente**

##### **4.1. Os Direitos Fundamentais entre a Constituição e a Realidade.**

Próximo de completar trinta anos, olhamos para nossa Constituição Federal, cotejamo-la com a nossa realidade, e somos logo tomados por um sentimento de frustração. Dizemos isso porque milhões e milhões de brasileiros ainda não sentiram o gostinho do generoso rol de direitos fundamentais encartado na Constituição Federal de 1988.

Com efeito, a Constituição Federal diz: todos são iguais perante a lei, a educação é um direito de todos, a saúde é um direitos de todos, são direitos sociais, além da saúde e da educação, a moradia, a segurança. Porém, a realidade é outra! Em outras palavras, nem todos são tratados com dignidade, pois para setores pobres de nossa população tais mandamentos estão anos luz de distância.

Então, temos a clara sensação que existem forças que atuam a fim de inviabilizarem a efetiva concretização dos direitos fundamentais, impedindo que ditos direitos sejam estendidos a inúmeros setores de nossa população. Claro está, pois, que existem forças poderosas que são contra os Direitos Fundamentais.

O que propugnamos, aqui, é uma análise contextualizada do desiderato do Estado Democrático num país como o Brasil, cuja história de submissão econômica aos interesses das grandes nações e a ação das classes dominantes internas engendraram um país cujas relações sociais são norteadas por fortes desigualdades.

Segundo a Pesquisa Desigualdade Mundial 2018, quase 30% da renda do Brasil está nas mãos de apenas 1% dos habitantes do país, a maior concentração do tipo no mundo. Esses dados revelam uma sociedade profundamente pontuada por uma abissal distância entre pobres e ricos. O quadro é mesmo de um país de contrastes, porquanto, segundo IANNONE, o Brasil:

É o quarto produtor mundial de alimentos, mas ocupa o sexto lugar no mundo em subnutrição, perdendo apenas para a Índia, Bangladesh, Paquistão, Filipinas e Indonésia. É o oitavo ou nono país nos indicadores econômicos e o 74º nos indicadores sociais, o que demonstra o

desequilíbrio entre o potencial econômico e a qualidade de vida da população.

Ainda sobre o caráter de exclusão da sociedade brasileira, ALENCAR, RIBEIRO E CECCON (1998) assentam:

O Brasil é um país dividido, onde a maioria da população é considerada intrusa, minorizada, descartável. O sistema de exclusão toma a forma de apartheid sócio-racial, cujas raízes, seculares, estão fincadas na colonização, ou seja desde a chegada dos portugueses ao Brasil, há cerca de 500 anos. Resultado: o país não decola. As desigualdades e a violência imperam, a situação é de mal-estar material (miséria), social, psicológico (discriminação racista e baixa autoestima). Sem genuína legitimidade o Brasil não é tratado como interlocutor válido no cenário mundial; é visto como um país-anedota; um arcaico e alegórico penduricalho colonial. O mundo inteiro percebe isto.

Nesse contexto, historicamente, as classes dominantes se empenharam em não permitir que haja grandes transformações sociais que impliquem em distribuição de riqueza e renda, e, por conseguinte, uma mitigação e/ou mesmo sobrepujamento das inexoráveis contradições que marcam a relação entre pobres e ricos em nosso país. ALENCAR, ao examinar o papel refratário às transformações sociais desempenhado por nossas classes dominantes, propugna:

Desde os tempos da colônia passando pelo império e agora república, o papel das classes dominantes brasileiras em nível continental sempre foi o de contenção de quaisquer mudanças estruturais no modelo econômico. O último exemplo deste papel é o Brasil como motor de integração das economias capitalistas latino-americanas.

De outra banda, o Estado brasileiro, ao longo da história, empenhou-se em desempenhar o papel de instrumento de salvaguarda dos interesses das classes dominantes. Atentemos, para uma melhor compreensão dessa função histórica a que esteve, historicamente, vinculado o Estado brasileiro, as palavras de EMIR SADER:

Estado é o conjunto de instituições que as classes dominantes utilizam para exercer o poder. A burguesia utiliza no Brasil o parlamento, o governo, a Justiça, as Forças Armadas para garantir a exploração do proletariado e dos outros setores. Como utiliza o regime democrático-burguês hoje (uma forma específica de regime, de uma relação particular entre as instituições), amanhã poderá utilizar o regime ditatorial, sempre para preservar dentro do estado burguês.

Por conseguinte, aponta os inimigos diante dessa histórica indisposição de nossa classe dominante em permitir que os setores pobres de nosso país tenham acesso aos direitos que lhes são conferidos, é que a resposta àquela questão é que as forças poderosas, as mesmas derrotadas na Assembleia Nacional Constituinte, que se esforçam em boicotar a realização plena do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais.

Outro aspecto que temos que destacar diz respeito ao fato de o Estado Democrático no Brasil vive uma profunda crise, exatamente na medida em que os ataques sistemáticos que são impostos à Constituição têm comprometido os preceitos mais valiosos do Estado Democrático.

#### **4.2. Os Direitos Fundamentais no Estado Pós-Democrático.**

O Estado Democrático é resultado de um processo de evolução que se inicia com o Estado de Direito, a primeira versão de um Estado voltado às liberdades públicas e que surge como, consoante nos deslinda José Afonso da Silva (2003, p. 112) “expressão jurídica da democracia liberal”.

Nesse sentido, o Estado Democrático visa à realização do princípio democrático, elevando-o à condição de garantia geral dos direitos fundamentais. Com efeito, nas palavras de BONAVIDES (2002, p. 333), temos uma noção mais evidente acerca do assunto, verbis:

[...] Nesse sentido, na verdade, o Estado Democrático contrapõe-se ao Estado Liberal, pois a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito.

Nasce, com essas noções, o Estado Democrático de Direito, elidindo a anacrônica idéia liberal da igualdade formal e erigindo, em seu lugar, a hodierna idéia de materialização do princípio da igualdade. Dimana de tal ideologia, o modelo de uma sociedade realmente democrática, cujo primacial escopo é o de garantir a efetiva participação popular nas decisões políticas, conferindo, dessarte, acesso de todos os setores dessa novel sociedade aos bens produzidos pelo Estado.

É, como bem disse BONAVIDES (2002, p. 338), “um Estado que representa a terceira geração de direitos, em face desses aperfeiçoamentos: um Estado que não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante”.

É esse, portanto, o Estado Democrático que surge com a Constituição de 1988, cujo desiderato é ser, conforme pedagogicamente proclama José Afonso da Silva (2005, p. 25), “[...] um Estado humanista de fundo igualitário, que supõe a superação de conflitos [...]”. Com efeito, esse novel Estado impõe um novo papel para a Constituição, que pode ser assim definido:

[...] a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não se limita a proibir a discriminação, afirmando a igualdade formal, mas permite, também, a utilização de medidas que efetivamente implemente, a igualdade material [...] (GOMES, 2003, p. 103).

No Estado Democrático de Direito, os Direitos Humanos Fundamentais são referidos como os valores supremos de uma sociedade menos iníqua, cujo principal desiderato não é outro senão o de mitigar ou mesmo eliminar as desigualdades sociais.

Todavia, assistimos no Brasil, e em boa parte dos países que se localizam na periferia do capitalismo, à construção de um Estado Pós-Democrático, ou ainda, um Estado de Exceção Permanente. Nesse estado de exceção, apesar do nome, se tornou regra na realidade do Estado Democrático brasileiro, com a implementação de medidas de excepcionalidade, ofensivas dos Direitos Fundamentais e que postergam os valores mais relevantes do Estado Democrático.

Ao analisar a relação entre os direitos humanos fundamentais e o Estado na pós-democracia, CASARA (2017, 29) diz o seguinte:

Um Estado em que o governo se põe abertamente a serviço do mercado, da geração de lucro e dos interesses dos detentores do Poder Econômico, o que faz com que desapareça a perspectiva de reduzir a desigualdade, enquanto a “liberdade” passa a ser entendida como liberdade para ampliar as condições de acumulação do capital.

Nessa novel concepção de Estado, os Direitos Humanos Fundamentais são encarados como obstáculos à eficiência do Estado e do mercado, como negatividades e, por isso, são transformados em mercadorias. Há uma “inviolabilidade seletiva” (CASARA, 2017), de modo que nem todos têm a inviolabilidade de seus direitos fundamentais protegida contra ações invasivas.

Os Direitos Humanos Fundamentais vêm sofrendo no Brasil sistemáticos ataques, visando à diminuição de sua incidência. Aguçá-se uma tendência de relativização dos Direitos constitucionalmente consagrados, gerando como consequência o sobrestamento dos Direitos Humanos Fundamentais.

De outra banda, o Sistema de Justiça tem servido para capitanear medidas de exceção (i), interruptivos do processo de redemocratização e (ii) suspensivas das liberdades das pessoas, a partir de processos penais esvaziados de garantias fundamentais. Para CASARA:

A “dimensão material da democracia” deixa de ser uma preocupação do Estado, em especial porque a concretização dos direitos e garantias fundamentais, que exigiria inações e ações do Estado nas mais diferentes áreas (...), muitas vezes se choca com os interesses dos detentores do Poder Econômico.

Dimana, portanto, dessa análise, a imperiosa conclusão de que os Direitos Humanos Fundamentais vêm sendo esvaziados no Brasil, com medidas que restringe o acesso a esses direitos pelos setores que historicamente sofreram com a exclusão social, tendo em vista terem sido esses direitos tomados de assalto pelo mercado.

### **Referências**

NOVELINO, Marcelo, Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade. Salvador: JusPodium. 2008, p. 30.

GROFF, Paulo Vargas. Os Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras. In Revista do Senado.

IANNONE, Leila Rentroia. Criança e Miséria: vida ou morte? São Paulo: Moderna, 1991.

ALENCAR, Chico. RIBEIRO, Marcus Venicio. CECCON, Claudius. Brasil Vivo I: uma nova história de nossa gente. Petrópolis: Vozes, 1998.

SADER, Emir. (Org). Pós-Neoliberalismo II. Que Estado Para a Democracia, 3 ed. Petrópolis:Vozes, 2004.

PIOVESAN, Flávia. ***Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional***. 14 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. ***Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas***. Salvador: JusPodium. 2008.

CASARA, Rubens R R. *Estado Pós-Democrático. Neo Obscurantismo e Gestão dos Indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2017.

## 1. Notas Iniciais

Dedicaremos a presente unidade para apreciar as noções conceituais acerca da teoria dos direitos fundamentais. Nesse momento, encontraremos com as definições centrais desses direitos, a fim de que tenhamos notas essenciais à compreensão do tema objeto de nossa disciplina, à luz de uma postura crítica dos direitos fundamentais.

Aqui, com efeito, fixaremos as nossas considerações sobre dois pontos que reputamos bastante relevantes, designadamente, (1) a questão sobre as expressões que são utilizadas para identificar os direitos fundamentais e (2) o uso banalizado da expressão direitos fundamentais. Vejamos.

### 1.1. Aspectos terminológicos: direitos humanos e/ou direitos fundamentais

A primeira questão que resolvemos abordar nesse instante inicial de nossos estudos diz respeito à terminologia adequada para se referir aos direitos que serão objeto de nossos estudos. É que, muito a Constituição de 1988 use a expressão “direitos fundamentais” para se referir a esses direitos, a doutrina tem sido pródiga em designar expressões diversas para a eles de referir, tais como liberdades públicas, liberdades civis, direitos humanos, direitos humanos fundamentais, dentre outras.

Com efeito, parece que estamos diante de um filigrana, pois os direitos humanos são direitos fundamentais, sendo que parte da doutrina considera irrelevantes proceder a essa distinção. Devemos utilizar a expressão direitos humanos como designativa dos documentos de direito internacional que reconhecem direitos à pessoa humana, tendo, portanto, caráter supranacional e universal (SARLET, 2013, p. 260).

MARMELSTEIN (2008, p. 26) preleciona-nos que:

Quando se estiver diante de um tratado ou pacto internacional, deve-se preferir a utilização da expressão direitos humanos ao invés de direitos fundamentais. Falar de tratado internacional de direitos fundamentais não soa bem aos ouvidos.

De outra banda, a expressão direitos fundamentais deve ser utilizada para identificar Direitos atribuídos à pessoa humana reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivado de determinado Estado

(SARLET, 2013, p. 260). Ou seja, o termo direitos fundamentais é designativo do conjunto de direitos que se conferem aos seres humanos no ordenamento jurídico de um determinado Estado.

Destarte, podemos sintetizar a sobredita distinção no quadro a seguir reproduzido.

Não obstante a essa diferença, essas expressões possuem estreita relação, na medida em que, como é cediço, a maioria das constituições pós-segunda guerra mundial se inspiraram nos tratados, pactos e convenções internacionais, a exemplo da Declaração Universal de 1948. Nesse sentido, calha reproduzir a lição de SARLET (2013, p. 263), nas seguintes palavras:

[...] Da mesma forma, registra-se que não se cuida de noções reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões cada vez mais relacionadas entre si, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de posituação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas.

Assim sendo, as expressões direitos humanos e direitos fundamentais mantêm entre si uma relação de complementariedade, exatamente na medida em que, embora sirvam para indicar fenômenos distintos, uma diz respeito à outra.

### **1.2. O uso banalizado da expressão direitos fundamentais.**

Há entre as expressões direitos humanos e direitos fundamentais algo bastante comum, que diz respeito à concessão de direitos essenciais a uma vida digna. Possuir essa informação nos será útil a que rechacemos a banalização da expressão direitos fundamentais. Dizemos isso porque, algumas vezes, o discurso usado para a defesa de um determinado direito tem sido responsável pelo uso indiscriminado dessa expressão.

Assim, com efeito, a expressão direitos fundamentais tem sido utilizada como designativo de inúmeros direitos que não possuem os elementos necessários a sua caracterização. Exemplo disso é a retórica usada para defender a fundamentabilidade do direito de usar armas ou de usar drogas. No primeiro caso, alterca-se que essa fundamentabilidade lastreia-se na ideia de proteção da vida humana, legítima defesa.

Entrementes, um determinado direito para ser elevado à condição de direito fundamental devem, em primeiro lugar, possuir um conteúdo ético, representativo de valores básicos para uma existência digna, de tal sorte

que há entre esses direitos e a dignidade humana uma inquebrantável relação (MARMELSTEIN, 2008, p. 19).

Exatamente nesse sentido, que o reconhecimento de um direito como fundamental deve ter em conta que a dignidade humana é o fundamento desse direito. Contudo, esse conteúdo material, ético conforme dissemos, não é o único elemento identificador dos direitos fundamentais, porquanto há um conteúdo formal, isto é, normativo que cumpre da mesma esse papel visando a repelir a banalização que ora acusamos.

Referimo-nos à ideia segundo a qual os direitos fundamentais são aqueles que o poder constituinte, ainda que não explicitamente, escolheu como tais. Nas palavras de MARMELSTEIN (2008, p. 19), isso é mesmo que asseverar o seguinte:

[...] Juridicamente, somente são direitos fundamentais aqueles valores que o povo (leia-se: o poder constituinte) formalmente reconheceu como merecedores de uma proteção normativa especial, ainda que implicitamente. Esse reconhecimento formal ocorre através da positivação desses valores por meio de normas jurídicas.

Por conseguinte, podemos concluir que um direito para ser reconhecido com direito fundamental há de possuir esse conteúdo material (ético), assim como, o conteúdo formal que nos referimos linhas acima, em face do que ausência de um ou de outro importa, por óbvio, o não reconhecimento da fundamentabilidade que notabiliza tais direitos, de modo que da conjugação desses elementos dimana a seguinte definição para os direitos fundamentais.

[...] normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana, positivadas no plano constitucional de um determinado país, que, por sua importância axiológica, compõem um “sistema de valores”, que fundamenta e a legitima toda a ordem jurídica (MARMELSTEIN, 2008, p. 19)

## **2. Direitos fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana.**

O princípio da dignidade da pessoa humana vem, implícita ou explicitamente, entalhado nas constituições de quase todas as nações do mundo. Entretanto, delimitar seu conteúdo é tarefa das mais áridas da doutrina constitucionalista. E não poderia ser de forma diferente, dado, como veremos a seguir, ao forte subjetivismo que cerca o conceito.

Conquanto tenha asseverado a dificuldade de identificar o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderemos, no presente artigo, fugir dessa incumbência, pois, só sobrepujando esse cáustico mister poderemos avançar rumo à compreensão de como esse princípio

transformar-se-á numa espécie de 'sobrepincípio' a direcionar nossa ordem constitucional vigente.

Para tanto, lançaremos mão da lição pedagógica de SARLET (2002), que ao apontar para o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana, a nosso sentir, consegue produzir um conceito amplo o suficiente para definir o princípio da dignidade da pessoa humana, nas seguintes palavras:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada Ser Humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Assim, com efeito, devemos partir da premissa segundo a qual reconhece na dignidade da pessoa humana a idiossincrasia de todo ser humano de ser respeitado, efetivamente, como pessoa. De outra banda, é dizer, de não ser prejudicado em sua existência. De tal pressuposto, dimanam duas noções bastante relevantes para a compreensão do conteúdo do princípio da dignidade humana: a primeira delas, refere-se ao fato de a observância do princípio aqui compulsado implica, na prática, impedir a degradação do homem; ademais, implica, também, pespegar ao Estado a função de propiciador ao indivíduo da garantia de uma existência material mínima.

Extraímos das noções sobreditas que o princípio da dignidade humana impõe: igualdade de direitos entre todos os homens; garantia de independência e autonomia do ser humano, de tal sorte que toda e qualquer forma de obstar essa independência e essa garantia seja repelida, confutando, dessarte, toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, ao desenvolvimento de sua personalidade, bem assim qualquer ação que implique sua degradação.

Demais a mais, a observância do princípio da igualdade implica observância dos direitos inalienáveis do homem, bem como a não admissibilidade de negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou a imposição de condições subumanas de vida.

Sumariando, temos que o respeito à dignidade humana representa: a) igualdade de direitos entre todos os homens; b) garantia da independência

e autonomia do ser humano; c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem; d) não admissibilidade da negação dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou a imposição de condições subumanas de vida.

### **3. Os Direitos Humanos como Produto da Luta da Humanidade por melhores condições de existência.**

Os direitos humanos não são algo dado e construído e pronto para servir. Seu reconhecimento não se deu de uma vez só, nesse ou naquele momento. Não se pode dizer que eles foram engendrados em 1789 ou em 1948. Assumindo aqui uma postura crítica na análise dos direitos fundamentais, devemos concebê-lo com o um processo, ou, nas palavras de HERRERA (2009, p. 169) trata-se “de dinâmicas e lutas históricas resultantes de resistências contra a violência que as diferentes manifestações do poder, tanto das burocracias públicas como das privadas, exerceram contra os indivíduos e os coletivos”.

Nesses termos, a dignidade da pessoa humana assim como os direitos fundamentais não podem ser concebidos como valores universais e abstratos, mas, sim, consequências de uma complexa e real trama de relações concretas, insertas na luta pela construção de espaços sociais, econômicos, políticos e jurídicos que conduzam a uma existência digna. Processos e dinâmicas históricas que tomaram forma em textos e declarações que, desde o século XVIII até a atualidade representam uma reação frente às consequências da extensão social, econômica, política e cultural do capitalismo.

### **4. Os Direitos Humanos como Produto Cultural**

Dessa mesma concepção, dimana uma outra ideia, segundo a qual os direitos humanos não são produto de essências imutáveis, mas sim são produto cultural, de modo que são fruto de contextos históricos reais (HERRERA, 2009, p. ). Nesse sentido, seu reconhecimento e seu conteúdo são o resultados direto desses contextos históricos reais.

Como síntese desse pensamento, temos que os direitos fundamentais e sua positivação não é uma dádiva do Estado, que num momento de profunda benevolência e altruísmo, decidiu “dar” esses direitos, mas, pelo contrário, tudo isso é conseqüência de processos concretos, de embates de classe historicamente situados.

#### **4.1. Afirmação Histórica dos Direitos Fundamentais.**

De início, importa que ressaltemos que os Direitos Fundamentais são uma construção humana que possuem como uma de suas principais características a historicidade, isto é, são conformados de acordo com o momento histórico em que criados. É dizer, “os valores éticos e sociais que inspiraram e ainda inspiram o surgimento desses direitos são dinâmicos e acompanham a evolução da própria sociedade ao longo da história (MARMELSTEIN, 2008. p. 29)

Assim, os Direitos Fundamentais, até chegarem a ter a conformação que possuem hoje passou, conforme afirma Gilmar Ferreira Mendes, por um processo de maturação histórica, que revela sua evolução ao longo dos tempos.

Sendo assim, há alguns momentos históricos que foram de vital importância para esse processo de maturação sobre o qual fala o Ministro Gilmar Mendes, os quais podem ser assim representados:

##### **1) Do Estado Absoluto ao Estado de Direito**

Estamos entre os séculos XVI e XVII e os Direitos Fundamentais nesse momento são utilizados como instrumento de limitação do poder do Estado, com o objetivo de assegurar aos indivíduos um nível máximo de fruição de sua autonomia e liberdade.

Nessa medida, eles surgem como um escudo de proteção dos cidadãos contra a investida do Estado sobre seus direitos individuais. Eclode, portanto, do movimento político que engendrou os chamados “Documentos Constitucionais”, tais como o Bill of Right, Petition of Right, Habeas Corpus Act, Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia.

##### **2) As Declarações de Direito do Final do Século XVIII.**

Destacamos como outro importante marco histórico desse processo de maturação dos Direitos Fundamentais o final do século XVIII, porque foi nesse período em que surgiram as primeiras Declarações de Direito propriamente ditas. Referi-nos à Declaração da Independência das Treze Colônias Inglesas na América do Norte, nas quais foram enunciados direitos tais como a liberdade, a autonomia e a proteção da vida do indivíduo, a igualdade, a propriedade e a livre atividade econômica, a liberdade de religião e de imprensa, a proteção contra a repressão penal.

### **3) O Fim da Segunda Guerra Mundial e o Triunfo dos Direitos Fundamentais.**

As atrocidades cometidas em nome do Terceiro Reich alemão, representou, segundo as palavras de MARMELSTEIN, em obra já citada nesta aula:

[...] simbolizou, no âmbito jurídico, o surgimento de uma nova ordem mundial, onde a dignidade da pessoas humana foi reconhecida como um valor supra positivo, que está, portanto, acima da própria lei e do próprio Estado.

Marca-se, com isso, o triunfo dos Direitos Fundamentais como sendo universais, titularizadas por todas as pessoas, e não só por algumas, como queria Hitler e seus comandados.

É a morte do normativismo formalista de Hans Kelsem, pois segundo o referido teórico, não cumpre ao jurista formular qualquer juízo de valor acerca do direito, de tal sorte que se a norma fosse válida, deveria ser imposta a todos sem questionamento.

Desse momento em diante, os Direitos Fundamentais passam por um acentuado processo de afirmação e universalização, como símbolo do temor dos Estados internacionais de um novo 3º Reich, para quem:

Os direitos do homem estão acima dos direitos do Estado. Se, porém, na luta pelos direitos do homem, uma raça é subjugada, significa isso que ela pesou muito na balança do destino para ter a felicidade de continuar a existir nesse mundo terrestre, pois quem não é capaz de lutar pela vida tem o seu fim decretado pela providência. O mundo não foi feito para os povos covardes”

#### **4.2. A Teoria das “gerações” de Direitos Fundamentais**

São estabelecidas para situar os diferentes momentos em que esses direitos surgem, sem significar, entretanto, que o surgimento de uma geração suplante os direitos de uma outra geração.

A teoria das gerações dos direitos criada pelo jurista tcheco Karel Vasak foi inspirada no lema da Revolução Francesa, de tal sorte que:

##### **a) a primeira geração dos direitos**

Seriam os direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (liberté em francês), que tiveram origens com as revoluções políticas burguesas (a francesa e a independência dos Estados Unidos).

Os direitos encartados nessa primeira geração são estabelecidos com o propósito de fixar uma esfera refratária às expressões do poder político, traduzindo os postulados de abstenção do Estado, impondo-se a ele – o Estado – obrigações de não-fazer, isto é, prestações negativas.

São afirmadas as liberdades clássicas e concomitantemente as liberdades de participação.

### **b) a segunda geração de direitos**

Seria os direitos sociais, econômicos e culturais, baseados na ideia de igualdade (*égalité* em francês), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela engendrados;

Surgiram, então, as liberdades concretas – direitos sociais, com o fim de evitar a isonomia formal e impor a isonomia real, em que passou a exigir um papel ativo do Estado na realização da justiça social, impondo-se prestações positivas.

Assim, os direitos de segunda geração surgiram em busca da efetivação da igualdade.

### **c) a terceira geração de direitos.**

Representa do direitos de solidariedade, tais como o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, os quais encartam o lema fraternidade (*fraternité* em francês).

São dos direitos difusos, que repousam na ideia de que as pessoas deveriam viver solidariamente, fraternalmente em sociedade.

### **4.3. Existe uma quarta geração de Direitos Fundamentais?**

O Dr. Paulo Bonavides defende uma quarta geração de Direitos Fundamentais além daquelas identificadas por Karel Vasak. Para Bonavides, fazem parte dessa novel geração o direito à democracia (direta), o direito à informação e o direito ao pluralismo, “compendiando o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos”

Assim, temos o seguinte quadro:

<b>1ª Geração</b>	<b>2ª Geração</b>	<b>3ª Geração</b>	<b>4ª Geração</b>
Liberdade	Igualdade	Fraternidade	Democracia (direta)
Direitos negativos (não agir)	Direitos a prestações		
Direitos civis e políticos: liberdade política, de expressão, religiosa, comercial	Direitos sociais, econômicos e culturais	Direito ao desenvolvimento, ao meio-ambiente sadio, direito à paz	Direito à informação, à democracia direta e ao pluralismo
Direitos individuais	Direitos de uma coletividade	Direitos de toda a Humanidade	
Estado Liberal	Estado social e Estado democrático e social		

## **5. As Características dos Direitos Fundamentais**

O processo de afirmação dos direitos fundamentais é, como vimos, um processo histórico, significando que tanto o reconhecimento da fundamentabilidade desses direitos bem como a sua definição são uma decorrência (1) de circunstâncias históricas objetivas e também (2) das teses políticas que surgiram em face dessas circunstâncias e que predominaram num determinado momento histórico.

Como consequência disso, temos que os direitos fundamentais vão sendo incorporados e assumindo características comuns àquelas circunstâncias, de modo que cada grupo de direitos acaba por desvelar uma idiosincrasia que se refere exatamente ao momento histórico e as posições teóricas a que está vinculado. São características comuns a um grupo de direitos fundamentais.

Todavia, podemos identificar algumas características comuns a esses direitos que se impõem, independentemente, do grupo (ou dimensão) a que se relacionam. Com efeito, procuramos aqui fazer um inventário das principais características comuns aos direitos fundamentais. Vejamos.

### **5.1. Historicidade**

Como já sabemos, os direitos fundamentais são produtos de um processo de construção histórica, o que, dito de outra maneira, essa característica indica que a concepção sobre quais são os direitos considerados fundamentais leva em conta o que se passa naquele momento em que isso ocorre, variando, portanto, de época para época e de lugar para lugar.

À vista disso é que na França da Revolução, por exemplo, os direitos fundamentais podiam ser resumidos a liberdade, igualdade e fraternidade, rol que se coaduna com o que acontecia à época e com as teses políticas que alhures predominaram. De outra banda, atualmente, porém, o conceito de direitos fundamentais alcança até mesmo questão inimaginável naquela época, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225, caput). Da mesma forma, a igualdade entre os sexos é um direito fundamental no Brasil (CF, art. 5º, I), mas não o é nos países de tradição muçulmana.

Nesse sentido, calha reproduzir a lição que nos foi legada pelo jurista italiano Norberto Bobbio (1992, p. 5-19), que ao indicar a historicidade como uma característica dos direitos fundamentais, asseverou que:

[...] 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.

## **5.2. Imprescritibilidade**

Os direitos fundamentais são imprescritíveis, é dizer, não são perdidos pela falta de uso (prescrição). Assim, por exemplo, não é porque alguém passou 30 anos sem usar da liberdade de religião que terá perdido esse direito. Isso quer dizer que os direitos fundamentais, de acordo com a lição de José Afonso da Silva (2009, p. 180), “nunca deixam de exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos.

Muito embora essa seja uma importante característica, há direitos fundamentais sobre os quais incidem os efeitos da prescrição, a exemplo do que acontece com a propriedade, que pode ser perdida pelo instituto da usucapião, de cujos requisitos se extrai exatamente a prescrição.

## **5.3. Inalienabilidade**

Indicando a inalienabilidade como uma das características centrais dos direitos fundamentais, a doutrina especializada quer nos dizer que esses direitos não podem ser vendidos, nem doados, nem emprestados etc. Possuem uma eficácia objetiva, isto é, não são meros direitos pessoais (subjetivos), mas são de interesse da própria coletividade. Por isso não se pode vender um órgão, mesmo com a concordância do doador-vendedor. Claro que existem exceções: por exemplo, o direito à propriedade é, por óbvio, alienável.

## **5.4. Irrenunciabilidade**

Sobre essa característica, ensina-nos José Afonso da Silva que a os direitos fundamentais não podem ser objeto de renúncia, e mesmo que alguns deles não sejam exercidos, por alguma razão, deixando seu titular de exercê-lo, ainda assim não se admite que sejam renunciados

## **5.5. Conflituosidade (concorrência)**

Devido ao forte conteúdo ideológico dos direitos fundamentais, não muito raramente podem entrar em conflito uns com os outros. Nesses casos de conflito, não se pode estabelecer abstratamente qual o direito que deve prevalecer: apenas analisando o caso concreto é que será possível, com base no critério da proporcionalidade (cedência recíproca), definir qual direito deve prevalecer. Mesmo assim, deve-se buscar uma solução “de consenso”, que, com base na ponderação, dê a máxima efetividade possível aos dois direitos em conflito (não se deve sacrificar totalmente nenhum dos direitos em conflito).

#### **5.6. “Justiciabilidade”**

Os direitos fundamentais funcionam como fonte de direitos subjetivos, o que gera para seus titulares o direito de buscar sua efetivação no judiciário. Em outras palavras, isso é um consectário da ideia de que os direitos fundamentais são autênticos direitos positivados, gerando como consequência vantagens para seus titulares e obrigações para seus destinatários. Trata-se do reconhecimento da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, em função da qual se aceita:

[...] a possibilidade de concretização judicial de direitos fundamentais, independentemente de integração normativa formal por parte do Poder Legislativo, como consequência do aumento da força normativa da Constituição, da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais [...] (MARMELSTEIN, 2009, p. 283)

Exatamente nessa medida, os direitos fundamentais devem ser concebidos como “direitos exigíveis e justiciáveis, ou seja, podem ter sua aplicação forçada através do Poder Judiciário. É o que os constitucionalistas chamam de ‘dimensão subjetiva’, expressão que simboliza a possibilidade de os direitos fundamentais gerarem pretensões subjetivas para os seus titulares, reivindicáveis na via judicial” (MARMELSTEIN, 2009, p. 290).

Em face disso, em sintonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o Constituinte de 1988 consagrou o princípio da inafastabilidade do de apreciação do judiciário (cf. art. 5º, inciso XXX), segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, para que qualquer ofensa, por ação ou omissão, possa ser submetida ao crivo do Judiciário.

Autoriza-se, destarte, que o juiz possa extrair da própria norma constitucional a resposta para os conflitos de interesses que chegam a sua

análise. Tal tese decorre da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais consagrada no art. 5º, § 1º da Constituição de 1988. Nesse sentido, calha trazer à colação da decisão proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no seguinte aresto:

PIS/PASEP. DESMPREGO. IDADE AVANÇADA. SITUAÇÃO DE MISERABILIDADE. SAQUE. POSSIBILIDADE. FINSOCIAS. ANALOGIA. ARTIGO 20, VI, DA LEI Nº8.036/90. APELAÇÃO PROVIDA.

- O trabalhador que se encontra há mais de 10 anos fora do mercado de trabalho formal e com idade avançada, tem direito de levantar o PIS, diante da notória situação de miserabilidade. Aplica-se ao caso, analogicamente, o artigo 20, VI, da Lei nº8.036/90, que faculta o levantamento do FGTS, quando o trabalhador fica três anos ininterruptos fora do regime do FGTS. Não há porque não aplicar a mesma norma para aquele que fica fora do regime do PIS, haja vista a função social deste instituto.

Esse novo papel que a Constituição legou ao Judiciário representa um importante mecanismo de combate às omissões perpetradas pelo legislador ordinário, que, muitas vezes, mesmo diante da exigência feita pelo Constituinte, queda-se inerte, deixando de cumprir um dever constitucionalmente imposto. Para expungir qualquer crítica de cunho conservador a essa intervenção do Judiciário, que visa à superação da contumácia do legislador, como a de se defender uma ofensa ao princípio fundamental da separação dos poderes, servimo-nos da pedagógica lição do jurista alagoano Marcelo Jobim (2013, p. 155), verbis:

[...] a omissão de um poder o coloca numa real situação de ilegitimidade que não permite que seja invocado o princípio da “separação dos poderes”, por exemplo, para se evitar que a adoção das providências necessárias seja determinada coercitivamente pela função jurisdicional.

Frise-se, por fim, que a sobretida característica se aplica a toda categoria de direitos fundamentais, inclusive, aos direitos sociais. O presente realce se dá em função da falsa controvérsia jurídica acerca da normativa desses direitos (tema que iremos estudar na unidade IV). O próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu que os direitos sociais geram direitos subjetivos (RE 271.286/RS).

### **5.7. Fundamentalidade**

Conforme asseveramos na unidade I, a Constituição de 1988 conferiu um tratamento especial aos direitos fundamentais, o que fez dela um marco jurídico-político do processo de institucionalização desses direitos. De seu texto, dimanava uma fundamentalidade que os distingue das demais normas constitucionais, desvelando uma superioridade.

Com efeito, a Constituição de 1988 consagra, na realidade, uma dupla fundamentalidade desses direitos, sendo uma de natureza formal, relacionada ao direito constitucional positivo. Conforme nos explica SARLET (2013, p. 278), "a fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo, no sentido de um regime jurídico definido a partir da própria constituição, seja de forma expressa, seja de forma implícita"

Para SARLET, essa fundamentalidade formal apresenta-se a partir de três elementos, a saber:

a) **a superioridade (formal) dessas normas**, que se identifica a partir da ideia segundo a qual, como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, desfrutando da supremacia hierárquica ínsita a todas as normas constitucionais.

b) **a condição de limite material ao processo de reforma constitucional**, o que importa afirmar que os direitos fundamentais, na condição de cláusulas "pétreas", estão protegidos pelo manto da insuscetibilidade de supressão, sem contar com o fato de que o Constituinte impôs ao Poder Reformador limites formais, revelado pela rigorosidade do procedimento legislativo que deve ser usado para se empreender a reforma.

c) **aplicabilidade imediata**, prevista no art. 5º, § 1º<sup>4</sup> da Constituição, indicando uma indisponibilidade do Poder Público em relação aos deveres que são emanados das normas consagradoras dos direitos fundamentais, na medida em que essas normas são diretamente aplicáveis e vinculam, de forma imediata, as entidades públicas, bem como, mediante as necessárias ressalvas e ajustes, também o particular.

Exatamente nessa medida, destaca SARLET, a indicação desses elementos conduz a verificação de um regime jurídico dos direitos fundamentais qualificado em relação às demais normas constitucionais, revelando essa fundamentalidade (superioridade) formal dessas normas.

### **5.7.1 Notas sobre a fundamentalidade material**

---

<sup>4</sup> § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Todavia, a relevância dos direitos fundamentais não se explica apenas a partir da fundamentalidade formal nos termos em que acima declinados, porquanto além dessa reconhecida superioridade formal, também é ínsito a essas normas uma fundamentalidade material, indicada pela grandeza de seu conteúdo, na medida são responsáveis pela indicação no texto constitucional dos valores supremos do Estado Democrático de Direito, nos termos em que consignado no preâmbulo da Constituição<sup>5</sup>.

Ao tecer considerações dessa fundamentalidade material inerente aos direitos fundamentais, SARLET assevera que:

[...] a fundamentalidade material, por sua vez, implica análise do conteúdo dos direitos, isto é, da circunstância de conterem, ou não, as decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana.

É, com justeza, por isso e não por outra razão, que uma definição de direitos fundamentais deve levar em conta essa dupla fundamentalidade, sob pena de não conseguir expressar seu real significado para a nossa ordem constitucional. Assim, entendemos que a melhor definição jurídoco-constitucional é aquela que combine o reconhecimento da relevância do bem jurídico tutelado pelas normas de direitos fundamentais com o reconhecimento da relevância daqueles bens jurídicos definida como opção do constituinte.

Nesse sentido, calha reproduzir a definição de SARLET, porque a mesma contempla os elementos acima indicados, senão vejamos:

[...] é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo ou não, assento na constituição formal.

Com efeito, sente-se a presença dos elementos indicativos da dupla fundamentalidade, porquanto nas seis primeiras linhas do trecho citado,

---

<sup>5</sup> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

está apresentada a ideia da qual decorre a fundamentalidade forma e nas demais o que se entende por fundamentalidade material.

### 5.8. A Eficácia “Vertical” dos Direitos Fundamentais

O Estado é o sujeito passivo preferencial dos Direitos Fundamentais.

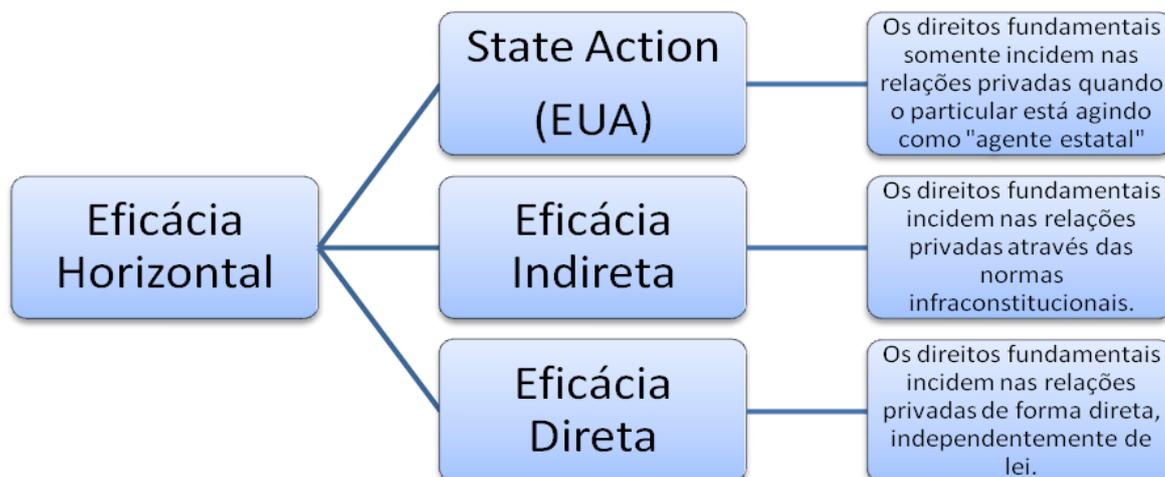
Vulnerabilidade dos titulares dos Direitos Fundamentais.

Em face disso, não se discute a incidência direta das normas de Direitos Fundamentais.

**Eficácia Horizontal** - As violações a Direitos Fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas privadas.

Nessa medida, as normas de Direitos Fundamentais aplicar-se-iam também às relações privadas.

#### **Teorias em torno da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**



O STF vem adotando a teoria da eficácia direta e imediata dos Direitos Fundamentais nas relações privadas. Para exemplificar, convém transcrever trecho da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 201819/ RJ relatado pela Ministra Ellen Gracie, nos seguintes termos:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

[...] O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não

pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

### **5.9. Relatividade (Limites aos Direitos Fundamentais)**

Antes de fazer uma análise acerca desse importante tópico, cumpre-nos estabelecer, desde já, que o pressuposto para que se admitam limitações aos direitos fundamentais diz respeito à relatividade desses direitos, significando que, à exceção de pouquíssimos direitos, tais como o direito de não ser escravizado e o direito de não ser torturado, dentre outros dessa mesma natureza, não existem direitos fundamentais absolutos.

Com efeito, direito absoluto é uma contradição em termos. Mesmo os direitos fundamentais sendo básicos, não são absolutos, na medida em que podem ser relativizados. Primeiramente, porque podem entrar em conflito entre si – e, nesse caso, não se pode estabelecer a priori qual direito vai “ganhar” o conflito, 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. Então – repita-se – nenhum direito fundamental é absoluto.

Nesse sentido, calha trazer à baila a lição de Como ressalta Paulo Gustavo Gonet Branco, nas seguintes palavras:

[...] os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. (...) Até o elementar direito á vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada

#### **5.9.1. Tipologia das Restrições**

Destarte, os limites aos direitos fundamentais podem ter origem (1) na própria Constituição (diretos ou imanes), (2) na legislação infraconstitucional e (3) em face de possíveis colisões a que os direitos fundamentais são susceptíveis. Façamos uma análise desses tipos de restrições. Vejamos

##### **5.9.1.1 Restrições diretamente constitucionais**

Como a própria designação diz, restrições diretamente constitucionais são aquelas estabelecidas no corpo do texto constitucional.

Como exemplo, na Constituição de 1988, podemos nos referir aos direitos de liberdade de expressão religiosa<sup>6</sup> e ao direito à reunião<sup>7</sup> e livre manifestação de pensamento<sup>8</sup>. Nos próprios dispositivos em que tais direitos estão consagrados, existem certas limitações/restrições ao exercício dos mesmos. Logo, pode o cidadão expressar suas convicções religiosas, filosóficas e morais, desde que não as use sob o pretexto de eximir-se de obrigação legal; pode reunir-se pacificamente, mas sem armas; e pode manifestar livremente seu pensamento, desde que não o faça de modo anônimo.

#### **5.9.1.2 Restrições Indiretamente constitucionais**

As restrições indiretamente constitucionais são as que não se encontram previstas ou elencadas no texto constitucional que confere o direito fundamental. Neste caso, a Constituição limita-se a autorizar o legislador a estabelecê-las por meio de leis infraconstitucionais.

Assim, ainda com base na Constituição Federal de 1988, pode-se citar a liberdade de fazer aquilo o que se quiser (art. 5º, II) e a liberdade de exercício de profissão (art. 5º, XIII). No primeiro caso, apenas por intermédio de lei é que o cidadão será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo. Apesar de consagrar o valor liberdade, este poderá ser restringido por intermédio da lei. No segundo caso, da liberdade de exercício de profissão, também existe restrição indiretamente constitucional, uma vez que é necessário que o candidato a determinadas profissões preencha requisitos determinados por lei hierarquicamente inferior à Carta Magna.

#### **5.9.1.3 Restrições decorrentes de Conflito e Colisão de direitos fundamentais**

Como vimos na Unidade II, devido ao forte conteúdo ideológico dos direitos fundamentais, não muito raramente podem entrar em conflito uns com os outros. Nesses casos de conflito, não se pode estabelecer abstratamente qual o direito que deve prevalecer. Segundo VIEIRA DE ANDRADE,

---

<sup>6</sup> Art. 5º, inciso VIII: "Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

<sup>7</sup> Art. 5º, inciso XVI: "Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada pra o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente

<sup>8</sup> Art. 5º, inciso IV "é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato.

"haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta". Já o jurista português CANOTILHO diz que "uma colisão autêntica de direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular". Desse modo, a questão do conflito de direitos ou de valores depende de um juízo de ponderação, no qual se procura, em face de situações, formas ou modos de exercício específicos (especiais) dos direitos, encontrar e justificar a solução mais conforme ao conjunto de valores constitucionais.

### **5.9.2 Limites aos limites dos direitos fundamentais**

Embora se reconheça, conforme fizemos no presente artigo, a possibilidade de se estabelecerem restrições aos direitos fundamentais, não se pode admitir que essas restrições façam sucumbir o próprio direito fundamental, de modo que a doutrina vem defendendo a tese segundo a qual existem limites aos limites dos direitos fundamentais, para que a restrição não signifique sacrifício ao próprio direito fundamental. Vejamos.

#### **Proteção do núcleo essencial**

De acordo com essa teoria, muito difundida na Alemanha, o legislador, ao restringir os direitos fundamentais, não pode ultrapassar uma determinada fronteira, isto

é, não pode esvaziá-los. Em outras palavras: o legislador é autorizado a restringir os direitos fundamentais; não pode, contudo, restringi-los tanto que os torne inócuos ou vazios.

Um exemplo pode esclarecer essa distinção. O próprio texto constitucional permite (CF, art. 5º, XIII) que o Congresso Nacional edite leis regulamentando o exercício de algumas profissões, ao exigir, por exemplo, determinadas qualificações técnicas para o desempenho de algumas tarefas. É legítimo, portanto, exigir que alguém só possa clinicar se possuir o curso superior de Medicina.

Porém, seria constitucional exigir que só podem exercer a advocacia pessoas que ostentassem o título de pós-doutor (P.h.D.) em Direito? Certamente não. E por que?

Porque essa restrição desbordaria do razoável, restringiria tanto o direito fundamental

que o tornaria vazio. Dito de outra forma: porque essa restrição violaria o próprio núcleo essencial do direito em questão.

Nesse sentido, o STF já decidiu que a exigência de diploma de jornalista para

exercer essa profissão é exagerada, violando o próprio núcleo essencial do direito. Confira-se parte da ementa desse julgado:

A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das "condições de capacidade" como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.

### **Princípio da proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade não está insculpido na Constituição Federal, no entanto, trata-se de uma importante instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto, visando à melhor concretização do fim constitucional nele entalhada.

No âmbito dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade deslinda-se importante óbice às investidas do legislador nesse âmbito, visando à salvaguarda desses direitos, de tal sorte “ *que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes*”<sup>9</sup> (original sem qualquer destaque).

Eis, por conseguinte, a precípua função do princípio da proporcionalidade, isto é: instrumento de realização das normas atinentes aos direitos fundamentais, sob pena de subverter sua importante missão na tutela dos

---

<sup>9</sup> JÚNIOR, Raimundo Alves Campos. O Conflito entre o Direito de Propriedade e o Meio Ambiente. Maceió. 2004, Juruá. p. 70.

direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos.

Serve, outrossim, o princípio da proporcionalidade como instrumento profícuo à solvência de colisões envolvendo as normas de direito fundamental. A existência de tais conflitos dá-se em razão do caráter abstrato e a natureza, essencialmente, principiológica das normas que versam sobre direitos fundamentais, das quais dimanam conceitos errantes cuja interpretação não pode ser feita à luz de métodos tradicionais da hermenêutica.

Os caracteres das normas de direitos fundamentais, consoante descrição acima aduzida, permitem a colisão entre essas normas, segundo o Dr. Raimundo Campos, na obra já outras vezes citada neste artigo, poder ocorrer de duas hipóteses: a primeira se materializa quando o exercício de um desses direitos fundamentais abalroa-se com o exercício de outra dessas normas; a segunda hipótese ocorre quando o exercício de um desses direitos fundamentais colide com outros valores constitucionais.

Na resolução da colisão entre direitos fundamentais deve-se levar em consideração as circunstâncias que cercam o caso concreto, para que, sopesados os aspectos específicos da situação, prepondere o preceito mais adequado. A tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual destes interesses, abstratamente, possui maior peso no caso concreto.

A tensão entre princípios constitucionais, não é solvida pela invalidação de um deles, mas sim lançar mão da ponderação de bens ou valores jurídicos fundamentais. Segundo o Juiz Federal Raimundo Campos:

“A ponderação de bens desenvolveu-se como proposta metodológica para a solução da tensão entre direitos fundamentais. É o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos e bens em conflito (...)”<sup>10</sup>

E finaliza o trecho asseverando:

“(...) o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida prevalecerá, solucionando a colisão”<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Idem. Ibidem. p. 76

<sup>11</sup> Idem. Ibidem.

Destarte, a primazia do princípio se opera, consoante já asseveramos, o sopesamento de valores para verificar-se a medida que trará mais benefícios ou prejuízos, oferecendo ao caso concreto uma solução ajustadora de coordenação e cominação dos bens em colisão. É mesmo dizer que o princípio da proporcionalidade visa permitir um perfeito equilíbrio entre as normas de direitos fundamentais.

Sem embargo de opiniões em contrário, entendemos não haver grandes disjunções entre o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade. Ambos funcionam como meios de controle dos atos estatais, através da contenção dos mesmos dentro de limites razoáveis e proporcionais aos fins públicos.

A propósito, o próprio Excelso Pretório não estabelece distinções precisas entre os princípios em apreço. É o que se infere da ADIMC-1407 / DF (, Relator Min. CELSO DE MELLO, *in verbis*:

**EMENTA:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE -ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 1996 - COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS PARA ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - VEDAÇÃO ESTABELECIDADA PELA LEI N. 9.100/95 (ART. 6º) - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PARTIDÁRIA (CF, ART. 17, § 1º) E DE VIOLAÇÃO AOS POSTULADOS DO PLURIPARTIDARISMO E DO REGIME DEMOCRÁTICO - AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. PARTIDO POLÍTICO - AÇÃO DIRETA - LEGITIMIDADE ATIVA - INEXIGIBILIDADE DO VÍNCULO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. (...) VEDAÇÃO DE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - PROIBIÇÃO LEGAL QUE NÃO SE REVELA ARBITRÁRIA OU IRRAZOÁVEL - RESPEITO À CLÁUSULA DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW.

- O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador" (grifamos).Votação: por maioria, vencido o Min.

Ilmar Galvão. Resultado : indeferida. DJ DATA-24-11-00 PP-00086; EMENT VOL-02013-10 PP-01974. Julgamento: 07/03/1996 - Tribunal Pleno.

Sobrepujada essa explicação inicial, passemos, pois, ao exame da construção jurisprudencial sobre o princípio da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal. Inauguramos esse estudo aduzindo entendimento que vem ganhando corpo no Excelso Pretório, refletindo posições doutrinárias sobre o tema. Referimo-nos à ideia de que o princípio da proporcionalidade, a despeito de ter sido concebido como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, vem sendo invocado para justificar medidas restritivas impostas a tais direitos, sob o argumento de que ditas medidas não seriam desproporcionais.

Seguindo a indigitada linha de raciocínio, ao decidir sobre o plano de racionamento de energia, proclamou o Excelso Pretório:

"O Tribunal, por maioria, deferiu a medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade para suspender, com eficácia ex tunc, e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade dos artigos 14 a 18 da Medida Provisória 2.152-2 de 1º/6/2001 — que estabelecem metas de consumo de energia elétrica, prevendo a suspensão do fornecimento em caso de descumprimento e a cobrança de tarifa especial aos consumidores que ultrapassem suas metas. À primeira vista, o Tribunal entendeu demonstrada, em face da crise de energia elétrica, a proporcionalidade e a razoabilidade das medidas tomadas, salientando que a tarifa é preço público de natureza política, permitindo, por conseguinte, a adoção de um regime especial de tarifação com vistas a desestimular o consumo de energia, nos termos do art. 175, parágrafo único, IV, da CF ("Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre:... III - política tarifária;"). ADCMC 9-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 28.6.2001.(ADC-9)".

Noutra decisão, o STF, refletindo a necessidade de se examinar o princípio da proporcionalidade, não isoladamente, mas à luz das normas e princípios que compõem o sistema constitucional de cada Estado, em homenagem à força normativa da Constituição, proclamou:

EMENTA: I- Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II- Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem

constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação" (...). Diante do exposto, infere-se que o princípio da proporcionalidade, em um Estado Democrático de Direito, deve atuar como instrumento de realização das normas e princípios positivados no texto da Lei Fundamental, sob pena de subverter sua importante missão na tutela dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos.

Na indigitada posição, reflete aquela Egrégia Corte a ideia de que uma decisão fundamentada exclusivamente no princípio da proporcionalidade, sem qualquer correlação com os valores prestigiados no texto constitucional, pode gerar a indesejável impressão de ter sido proferida mais por considerações políticas do que jurídicas, o que representa enorme desprestígio para a Justiça.

Tem-se, naquela Corte, lançado mão, noutros momentos, do princípio da proporcionalidade para se validar prova ilícita, seguindo posição doutrinária que encontra guarida em nosso Direito. Segundo registro de Alexandre de Moraes:

(...) a doutrina constitucional moderna passou a prever uma atenuação à vedação das provas ilícitas, visando corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Essa atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses de admissão de provas ilícitas, que, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que perceba que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.

Nesse diapasão, vem decidindo a nossa Suprema Corte, do bojo da qual avultamos a que restou do julgamento do HC 74.152-SP, de lavra do insigne Ministro Sepúlveda Pertence, *verbis*:

EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilícitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação

ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of the poisonous tree). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido.

Mais uma vez, nossa Insigne Corte, traduzindo tendência doutrinária majoritária, lança mão do princípio da proporcionalidade para, obstaculizando a investida do Estado contra os direitos individuais fundamentais.

## **6. Função dos direitos fundamentais.**

No que tange às funções dos direitos fundamentais, adota-se neste trabalho a lição de J. J. Gomes Canotilho, para quem os direitos fundamentais exercem função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não discriminação. Observe-se o que ele disserta a respeito de cada uma delas. Vejamos:

### **6.1. Função de defesa ou de liberdade.**

A função de defesa ou de liberdade impõe ao Estado um dever de abstenção. Essa abstenção, segundo José Carlos Vieira de Andrade, significa dever de não-interferência ou de não-intromissão, respeitando-se o espaço reservado à sua autodeterminação; nessa direção, impõe-se ao Estado a abstenção de prejudicar, ou seja, o dever de respeitar os atributos que compõem a dignidade da pessoa humana (Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1998, p. 192). Em outras palavras, a função de defesa ou de liberdade dos direitos fundamentais limita o poder estatal (ele não pode editar leis retroativas), mas também atribui dever ao Estado (impõe-se-lhe, por exemplo, o dever de impedir a violação da privacidade).

Gomes Canotilho ensina que a função de defesa ou de liberdade dos direitos fundamentais tem dupla dimensão: "(1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implica, num plano jurídico-subjectivo, 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)" (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 407).

A função de defesa ou de liberdade está relacionada com os direitos fundamentais de primeira dimensão. Observe-se, no entanto, que o direito fundamental de não ser torturado exerce dupla função: de um lado, a função de defesa ou de liberdade, exigindo abstenção do Estado, que não pode praticar tortura; de outro, exige a atuação do Estado, visto que este precisa agir para evitar que a tortura seja praticada.

### **6.2. Função de prestação social.**

A função prestacional atribui à pessoa o direito social de obter um benefício do Estado, impondo-se a este o dever de agir, para satisfazê-lo diretamente, ou criar as condições de satisfação de tais direitos. Em regra, está relacionada aos direitos fundamentais à saúde, à educação, à moradia, ao transporte coletivo etc.

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. Essa realidade impõe que milhões de pessoas fiquem à margem dos benefícios econômicos, sociais e culturais produzidos pela economia capitalista. Essa carência não permite a fruição do mínimo existencial.

### **6.3. Função de proteção perante terceiros.**

Os direitos fundamentais das pessoas precisam ser protegidos contra toda sorte de agressões. Na conflituosidade da vida cotidiana, tais direitos podem ser violados a qualquer instante. É o que ocorre, por exemplo, com os direitos fundamentais à vida, à privacidade, à liberdade de locomoção e à propriedade intelectual. Nessa perspectiva, afirma Gomes Canotilho que "Muitos direitos impõem um dever ao Estado (poderes públicos) no sentido de este proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais". (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 409).

Trata-se, portanto, como o próprio autor constata, de um vínculo que se estabelece entre indivíduos, em virtude do qual estes se relacionam uns com os outros. Verifica-se, então, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. O Estado, atendendo à função, desempenhada pelos direitos fundamentais, de prestação perante terceiros, atua para proteger tais direitos.

Observam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins que "o efeito horizontal tem caráter mediato/indireto e, excepcionalmente, caráter imediato/direto. O efeito horizontal indireto refere-se precipuamente à obrigação do juiz de observar o papel (efeito, irradiação) dos direitos fundamentais, sob pena de intervir de forma inconstitucional na área de proteção do direito fundamental, prolatando uma sentença inconstitucional [...] O efeito horizontal imediato refere-se ao vínculo direto das pessoas aos direitos fundamentais ou de sua imediata aplicabilidade para a solução de conflitos interindividuais" (Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 113).

### **6.4. Função de não discriminação.**

A função de não discriminação diz respeito a todos os direitos fundamentais. Refere-se, por exemplo, aos direitos civis e políticos e aos direitos econômicos, sociais e culturais. Nenhuma pessoa poderá ser privada de um direito fundamental em razão de discriminação. Está-se,

portanto, diante do princípio da igualdade. É o que expressa a lição de Gomes Canotilho, ao afirmar que "A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais" (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 409. O autor refere-se à Constituição portuguesa, porém o raciocínio se aplica em face da Constituição brasileira).

### **Quadro de Questões Controvertidas da Unidade**

1ª. Durante a instrução processual penal, foram juntadas aos autos provas conseguidas por meio de escutas instaladas no escritório de um advogado, acusado de intermediar a venda de decisões judiciais. Sabendo que a Constituição Federal só permite a invasão domiciliar com ordem judicial durante o dia, a invasão do escritório desse advogado correspondeu a uma invasão ilegal de domicílio e por isso, as provas resultantes desse procedimento deveriam ser consideradas inválidas. Certo ou errado?

2ª. Em uma empresa privada, um de seus empregados teria causado um acidente de trânsito, o que fez com a empresa tivesse que arcar com os danos causados à vítima do acidente. Por causa disso, o dono da empresa determinou, sumariamente, que o prejuízo financeiro causados à empresa fosse descontado do salário do empregador, até por que o contrato de trabalho continha tal previsão. Nesse caso, embora haja previsão expressa no contrato de trabalho, seria nula a decisão de desconto por não ter sido oferecido ao empregado se defender?

3ª. Imaginem uma pessoa que tenha, como tantas outras durante o nefando regime militar, sido vítima de tortura perpetrado por agentes do Estado. Nesse caso, poderia essa pessoa buscar hoje uma reparação pelos danos morais e materiais decorrentes da tortura mesmo depois de tanto tempo?

4ª. Sob o ponto de vista criminal, levando em conta a regra contida no art. 107 do Código Penal brasileiro que estabelece as regras de prescrição, poderia o Estado-Juiz julgar e condenar um agente do Estado que tenha torturado ou praticado crimes semelhantes? Responda a essa questão levando em conta a Lei da Anistia, a ADPF nº 153 e a decisão da Diante disso, em sentença proferida no dia 24 de novembro de 2010, "a Corte

Interamericana conclui que o Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos, respectivamente, nos artigos 3, 4, 5 e 7, em relação ao artigo 1.1, da Convenção Americana, em prejuízo das seguintes pessoas (...)."

### **Referências**

MARMELSTEIN. George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 3ª Ed. São Paulo. Saraiva: 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang e outros. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

**MÓDULO II**  
**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS NA CONSTITUIÇÃO DE**  
**1988**

### **1. Apresentação**

Na presente unidade, iremos fazer uma análise acerca do tratamento que é conferido a aos direitos fundamentais pela Constituição de 1988. Dessa forma, estudaremos o conceito de direitos fundamentais a partir do especial tratamento que a atual Carta Política confere a esses direitos, destacando a **dupla fundamentalidade** (formal e material), a classificação lastreada na cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, a questão da titularidade dos direitos fundamentais e os limites aos direitos fundamentais. Vejamos.

### **2. Classificação dos Direitos Fundamentais a partir da cláusula de abertura consagrada no art. 5º, § 2º da Constituição de 1988.**

É muito comum encontramos nos manuais acadêmicos uma classificação dos Direitos Fundamentais que se baseia na reprodução estrutural do Título II da Constituição. Todavia, esse não será o nosso parâmetro para qualificar os diversos direitos fundamentais na Constituição, pois o que consideraremos é o que dispõe o art. 5º, § 2º, cuja dicção nos apresenta uma verdadeira cláusula de abertura para a incorporação de novos direitos fundamentais, *verbis*:

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

O sobredito preceptivo constitucional está a indicar que o elenco de direitos fundamentais consagrados, explícita e/ou implicitamente, na Constituição compõe um rol meramente exemplificativo. Sobre isso, vale ler a lição do MARMELSTEIN (2013, p. 190), que ao se referir a essa norma e ao rol de direitos fundamentais assente na Constituição, diz as seguintes palavras:

O rol de direitos do Título II, apesar de extenso, não é exaustivo, ou seja, não enumera de forma taxativa todos os direitos considerados fundamentais pelo constituinte brasileiro. Conforme se viu, não são apenas os direitos previstos no referido título que são direitos fundamentais, embora a grande maioria esteja lá.

Exatamente nessa medida, é se diz que a norma encarta uma verdadeira regra de abertura a novos direitos fundamentais. É com base nessa regra de abertura que traçamos a classificação dos direitos fundamentais, para

considerar dois grandes grupos de direitos fundamentais, a saber: (1) os direitos fundamentais explicitamente consagrados e (2) os direitos fundamentais implicitamente consagrados. Examinemo-los.

### **3.1. Os direitos fundamentais explicitamente consagrados**

Nesse grupo de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados incluímos três categorias:

#### **a) os que se encontram inscritos no Título II**

Fazem parte desse grupo:

**a.1. os direitos individuais**, designadamente, os que se encontram nos capítulos I, III e IV, que são, respectivamente, os direitos do homem-indivíduo (cf. art. 5º), os direitos do homem-nacional (cf. art. 12) e os direitos do homem-cidadão (cf. arts. 14 a 17);

**a.2. os direitos sociais**, que se encontram encartados nos artigos 6º e seguintes da Constituição, sendo que nesse rol de direitos encontramos, na verdade, duas categorias, os direitos sociais de todos, conforme dicção do art. 6º, designadamente ,direito à educação, à saúde, a alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados. Além desses, a Constituição ainda consagra os direitos sociais dos trabalhadores, que são vistos ao longo dos artigos 7º e seguintes.

#### **b) os que se encontram inscritos em outras seções da Constituição**

Trata-se dos direitos fundamentais que se encontram espriados na Constituição, inscritos em outras seções que não aquela do Título II e seu reconhecimento decorre da atuação do intérprete, que terá que encontrar a fundamentalidade em normas a respeito da qual não teve o reconhecimento do constituinte originário, como ocorre naquele.

Segundo MARMELSTEIN (2013, p. 191:

[...] os direitos não enumerados, ou seja, aqueles que decorrem do “regime e dos princípios adotados pela Constituição”, precisam de uma argumentação convincente capaz de justificar a sua fundamentalidade. Essa argumentação deve ter como fundamento os próprios valores constitucionais, já que a cláusula de abertura exige que esses direitos sejam decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

Desvelar essa fundamentalidade é uma tarefa a que se impõe ao intérprete da Constituição. Para realizara essa tarefa, o intérprete da Constituição terá que lastrear sua opção em critérios objetivos, idôneos, portanto, a persuadir

a todos de que determinado direito fora do Título II desfruta da mesma fundamentalidade dos que estão alhures aduzidos.

Com efeito, a interpretação nesses caso deverá ter como lastro o regime democrático e os princípios consagrados na Constituição. Ressalte-se que, dentre os princípios aos quais pode o intérprete recorrer para proceder à revelação da supracitada fundamentalidade, a dignidade da pessoa humana assume um papel relevante, na medida em que os direitos fundamentais possuem uma intrínseca relação com a proteção da dignidade humana. Nesse sentido, SARLET nos preleciona:

[...] todos os direitos fundamentais encontram sua vertente no princípio da dignidade da pessoa humana [...] O que se pretende com os argumentos esgrimidos é demonstrar que o princípio da dignidade da pessoa humana pode [...] ser tido como critério basilar para a construção de um conceito material de direitos fundamentais, assumindo de tal sorte a função de elemento proliferador de direitos fundamentais ao longo dos tempos.

### **c) os sediados nos tratados internacionais**

Além dos direitos fundamentais que se encontram encartados no Título II, bem como em outras seções da Constituição, a cláusula de abertura do art. 5º, § 2º ainda admite a incorporação de novos direitos fundamentais que decorram dos tratados (tratados propriamente ditos, pactos, convenções etc.) que versem sobre direitos humanos e dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária.

Importa destacar que a incorporação dos tratados internacionais é resultado de um complexo procedimento em que se preveem alguns atos, designadamente, a assinatura pelo Chefe do Estado brasileiro (o Presidente da República, cf. art. 84, VIII da Constituição), resolução do Congresso Nacional (art. 49, I da CF) e a edição de Decreto pelo Presidente da República.

Com a introdução do § 3º no art. 5, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, § 3º, 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.

Tal inovação fora adotada pelo Supremo Tribunal Federal para estabelecer que, se o Congresso Nacional adotar o procedimento descrito na referida norma, o tratado internacional será incorporado na condição de norma constitucional. De outra banda, quando o procedimento não aquele a que

se refere o art. 5º, § 3º, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos possuem status supralegal.

### **3.2. Os direitos fundamentais implicitamente consagrados**

Trata-se de direitos que sequer se encontram escritos na Constituição, que se encontram subentendidos. São os direitos fundamentais implícitos, correspondendo além da possibilidade de dedução de um novo direito fundamental decorrentes dos já consagrados, a uma extensão do alcance da norma de direito fundamenta expressamente consagrada.

## **4. A Questão da Titularidade dos Direitos Fundamentais**

### **4.1. Pessoas físicas**

Costuma-se dizer que os direitos fundamentais são universais. Porém, como observa Paulo Gustavo Gonet Branco, essa afirmação deve ser encarada com ressalvas, uma vez que alguns direitos fundamentais são voltados a destinatários específicos (veja-se, por exemplo, o direito à nacionalidade).

Poderíamos acrescentar que os direitos fundamentais, como são reconhecidos em um determinado Estado (e momento histórico), limitam-se, necessariamente, ao âmbito de incidência do ordenamento jurídico desse País. Seria um tanto quanto pretensioso, por exemplo, o Brasil declarar que os direitos fundamentais previstos na CF são destinados a todos os indivíduos, universalmente.

Pois bem. O art. 5º, caput, da CF, declara que "...". Uma interpretação meramente gramatical poderia levar à conclusão de que apenas os brasileiros (natos ou naturalizados) e os estrangeiros residentes no país seriam titulares de direitos fundamentais.

Porém, o STF entende que estrangeiros de passagem pelo país também podem ser protegidos – embora, obviamente, não possam titularizar todos os direitos fundamentais (pois alguns são privativos de brasileiro, e outros de brasileiros natos). Aliás, a Corte Suprema tem um entendimento bastante ampliativo dos direitos fundamentais. Considera-se que tal espécie de direitos é aplicável até mesmo a estrangeiros fora do país, caso sejam atingidos pela Lei brasileira. Por exemplo: um estrangeiro que mora em outro país, mas que está sendo processado no Brasil, terá direito a se defender. Se a lei brasileira o alcança para acusar, tem de alcançá-lo também para dar meios de defesa.

Nesse sentido, o seguinte aresto:

'HABEAS CORPUS' (...) ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO NO BRASIL - IRRELEVÂNCIA - CONDIÇÃO JURÍDICA QUE NÃO O DESQUALIFICA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS - PLENITUDE DE ACESSO, EM CONSEQÜÊNCIA, AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DA LIBERDADE - NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA (...). O SÚDITO ESTRANGEIRO, MESMO AQUELE SEM DOMICÍLIO NO BRASIL, TEM DIREITO A TODAS AS PRERROGATIVAS BÁSICAS QUE LHE ASSEGUREM A PRESERVAÇÃO DO "STATUS LIBERTATIS" E A OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS".

- O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do "habeas corpus", em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. - A condição jurídica de não-nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. - Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante<sup>12</sup>.

Em resumo, poderíamos dizer, então, que podem ser titulares de direitos fundamentais (pessoas físicas): a) brasileiros natos; b) brasileiros naturalizados; c) estrangeiros residentes no Brasil; d) estrangeiros em trânsito pelo território nacional; e) qualquer pessoa que seja alcançada pela lei brasileira (pelo ordenamento jurídico brasileiro).

É preciso, porém, fazer uma ressalva: existem determinados direitos fundamentais cuja titularidade é restringida pelo próprio Poder Constituinte. Por exemplo: existem direitos que se direcionam apenas a quem esteja pelo menos em trânsito pelo território nacional (garantias contra a prisão arbitrária); outros se direcionam apenas aos brasileiros, sejam natos ou naturalizados (direito à nacionalidade, direitos políticos); e, por sua vez, outros são destinados apenas aos brasileiros natos (direito à não-extradução, direito de ocupar determinados cargos públicos). Pode-se dizer que existe, então, uma verdadeira gradação na ordem enumerada

---

<sup>12</sup> Jurisprudência: STF, HC 94.016/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJe de 16.09.2008:

anteriormente: os brasileiros natos possuem mais direitos que os brasileiros naturalizados que possuem mais direitos que os estrangeiros residentes, etc.

#### **4.2. Pessoas jurídicas**

Os direitos fundamentais também se aplicam às pessoas jurídicas (inclusive as de Direito Público), desde que sejam compatíveis com a natureza delas. Assim, por exemplo, pessoas jurídicas têm direito ao devido processo legal, mas não à liberdade de locomoção, ou à integridade física.

Por outro lado, é pacífico que pessoas jurídicas não possuem direito à liberdade de locomoção. Justamente por isso é que em favor delas não se pode impetrar habeas corpus (pois esse é um remédio constitucional que protege apenas a liberdade de locomoção: art. 5º, LXVIII).

Nesse sentido: STF, HC 92.921/BA, 1ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 25.09.2008. A ementa do acórdão dá a entender que o HC teria sido concedido, mas a leitura do inteiro teor revela: “A Turma, preliminarmente, por maioria de votos, deliberou quanto à exclusão da pessoa jurídica do presente habeas corpus, quer considerada a qualificação como impetrante, quer como paciente; vencido o Ministro Ricardo Lewandowski, Relator”.

A jurisprudência considera que as pessoas jurídicas (empresas, associações, partidos políticos, etc.) podem pleitear indenização por danos morais: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral” (STJ, Súmula nº 227). Segundo entendemos, as pessoas jurídicas podem também ser vítimas de crimes contra a honra, exceto injúria. Com efeito, calúnia e difamação atingem a honra objetiva (como a pessoa é vista pelos outros), o que é compatível com a situação das pessoas jurídicas. Apenas a injúria, que atinge a honra subjetiva (a autoimagem da pessoa) é impossível de ser perpetrada contra pessoa de existência meramente jurídica.

Todavia, essa não é a posição dos tribunais. O STJ considera que as pessoas jurídicas não podem ser consideradas sujeito passivo de nenhum crime contra a honra.

Já no STF há um precedente segundo o qual a pessoa jurídica “pode ser vítima de

difamação, mas não de injúria e calúnia”.

É de se relevar, ainda, que mesmo as pessoas jurídicas de direito público podem ser titulares de direitos fundamentais. Tal afirmação não deixa de ser peculiar: se os direitos fundamentais surgiram para defender o cidadão contra o Estado, como justificar que uma pessoa jurídica de direito público (isto é, integrante do próprio

Estado) possa ter direitos fundamentais?

Simples. Com o agigantamento da Administração Pública, os órgãos e entidades passaram a atuar de forma autônoma uns dos outros, o que pode ensejar conflitos de interesses, quando surge a necessidade de garantir direitos básicos. Vide o exemplo de um órgão que impetre mandado de segurança em defesa das próprias prerrogativas.

## **5. A Questão dos Destinatários dos Direitos Fundamentais**

Os direitos fundamentais, como vimos, têm como titular os indivíduos, pois são esses que podem exercê-los. A questão agora é outra e diz respeito a se saber quem é (ou são) os destinatários dos deveres que essas normas emanam. Para isso, cumpre-nos tecer considerações sobre a eficácia das normas de direitos fundamentais.

Com efeito, Antigamente se pensava que os direitos fundamentais incidiam apenas na relação entre o cidadão e o Estado. Trata-se da chamada “eficácia vertical”, ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre um poder “superior” (o Estado) e um “inferior” (o cidadão). Têm-se, portanto, uma eficácia vertical e outra horizontal das normas de direitos fundamentais, nos seguintes termos.

### **Referências**

DIMITRI MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, p. 59. São Paulo: RT, 2007.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo. 2004. Atlas. p. 262.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 3ª Ed. São Paulo. Saraiva: 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang e outros. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

## **6. OS DIREITOS INDIVIDUAIS E SUAS GARANTIAS**

## 6.1. Apresentação

O presente artigo examinará os direitos fundamentais individuais constantes no Título II da Constituição Federal de 1988, espalhados ao longo dos Capítulos I. Tais direitos se referem aos assim chamados direitos individuais do homem-indivíduo e consistem nos seguintes direitos: (1) direito à vida, (2) direito à liberdade, (3) direito à igualdade e (4) direito à privacidade.

Dividimos o presente artigo em duas partes. Na primeira parte, debruçar-nos-emos sobre os chamados direitos individuais em espécie, para, na segunda parte, estudarmos as garantias desses direitos, catalogadas em dois grupos, a saber: as chamadas (1) garantias gerais, aqui denominadas aquelas de natureza material – não processual - e (2) remédios constitucionais, referentes às ações constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança (individual e coletivo), habeas data, mandado de injunção e ação popular.

No presente artigo, nossos referenciais são autores constantes em nossa bibliografia, designadamente, José Afonso da Silva<sup>13</sup>, George Marmelstein<sup>14</sup>, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>15</sup>, Alexandre de Moraes<sup>16</sup>, Kildare Gonçalves Carvalho<sup>17</sup>, dentre outros. Vejamos.

## 6.2. Definição dos direitos individuais

O Constituinte de 1988 reservou o Capítulo I do Título II da Constituição para consagrar as normas referentes aos chamados direitos individuais e coletivos, assim como suas garantias. Aqui estão referidos os direitos individuais do homem-indivíduo que, nas palavras de José Afonso da Silva:

[...] são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado, por isso são reconhecidos como direitos individuais, como é de tradição do Direito Constitucional brasileiro (art. 5º), e ainda por liberdades civis e liberdades-autonomia (liberdade, igualdade, segurança, propriedade [...]).

São, portanto, direitos referentes à autonomia privada das pessoas, os quais impõem a seus destinatários (Estado e o particular) um dever de

---

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo.

<sup>14</sup> Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>15</sup> Curso de Direito Constitucional. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

<sup>16</sup> Direitos Humanos Fundamentais - 14ª Ed. 2012

<sup>17</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional – 14. ed., ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

respeito, no sentido de que se exige abstenção, e proteção significando que não basta não violar, é preciso ainda uma postura proativa de seus destinatários, claro que muito mais do Estado do que do particular.

Com efeito, esses direitos exercem a função de proteger o indivíduo – seu titular – contra a ação ou omissão ameaçadoras e violadoras perpetradas pelo Estado e pelos demais membros da sociedade. Nesse sentido, MARMESTEIN nos diz que “esses direitos possuem nítida função de proteger os cidadãos contra o arbítrio estatal (limitação do poder). Seguindo o modelo de Karel Vasak, pode-se dizer que eles seriam de primeira geração”.

Também encontramos no capítulo I as denominadas garantias, significando as normas que consagram institutos de proteção dos direitos fundamentais. São normas assecuratórias dos direitos, cuja função a de proteger os direitos contra ameaças e ofensas, pois, conforme nos ensina José Afonso da Silva, “não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado”. Dessa maneira, podemos asseverar que uma coisa são os direitos outra são as garantias desses mesmos direitos.

### **6.3. Os Direitos Fundamentais Individuais em Espécie (direitos individuais do homem-indivíduo).**

Consagrados em nossa Constituição ao longo do art. 5º, os direitos individuais formam um complexo de direitos denominados de primeira dimensão, representativa do direito à vida, à igualdade, à liberdade, à propriedade e à segurança, os quais figuram no *caput* do art. 5º. Vamos, portanto, à análise individual de cada um desses direitos fundamentais.

#### **6.3.1. Direito à vida (Respeito e Proteção)**

##### **Notas Iniciais**

Muito embora não se possa afirmar que a vida seja o mais importante dos direitos fundamentais, pode-se dizer que a vida é o pressuposto para a defesa dos demais direitos fundamentais, de modo que examiná-la antes dos demais significa reafirmar isso que dissemos. O que pretendemos dizer que de nada adiantaria proteger a igualdade, a liberdade, a propriedade, a segurança se não se respeitasse a inviolabilidade do direito à vida.

Todavia, apesar de se reconhecer que a defesa do direito à vida deve anteceder a defesa dos demais direitos fundamentais, a formulação

lacônica do Constituinte de 1988 deixou para o intérprete da constituição uma série de problemas. É que o Constituinte de 1988, ao tratar do direito à vida, disse apenas que se assegura a todos (brasileiros e estrangeiros) a inviolabilidade do direito à vida, deixando de dizer, por exemplo, se a vida a que se visa proteger era desde a vida intrauterina, ou se após o surgimento da vida extrauterina. Não se disse, da mesma forma, se protegia a vida digna.

Com efeito, tais questões deverão de ter suas respectivas respostas decorrentes do trabalho do intérprete, que, claro, deve se lastrear nos valores e princípios consagrados na própria Constituição. Destarte, ao longo desse artigo, essas questões lhes serão apresentadas para que se engendrem essas soluções.

### **Âmbito de Proteção**

A análise do conteúdo de um direito fundamental exige que se identifique, em primeiro lugar, o âmbito de proteção desse direito. Trata-se de se identificarem os bens jurídicos tutelados pela norma, que “nem sempre se afigura de fácil identificação, especialmente em decorrência das indeterminações semânticas invariavelmente presentes nos textos que contemplam direitos fundamentais” (SARLET, 2013, p. 340), bem como pela grandeza dos valores consagrados nessas normas.

A identificação do âmbito de proteção desvela o que se protege a partir da norma, isto é, aquilo que se protege, *prima facie*, desconsiderando as possíveis restrições (ALEXY, 2008). No caso do direito à vida, o que se protege é (1) a existência, assim como a (2) integridade física e a (3) integridade moral, senão vejamos.

#### **a) Existência (biológica)**

Proteger a vida humana significa, antes de qualquer coisa, proteger a existência, isto é, o direito de existir. Cuida-se do direito de estar vivo (nascer e continuar vivendo), de lutar pelo viver, de defender a própria vida e de permanecer vivo (SILVA, 2013, p. 198). Dessa tutela decorre a proibição estatal de todas as formas de interrupção violenta e artificial do processo vital. Da mesma forma, é por isso que se considera a legítima

defesa<sup>18</sup> contra qualquer forma de agressão à vida humana, admitindo-se até mesmo que se tire a vida de alguém.

O direito à existência “consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo” (SILVA, 2012, p. 198). Fala-se então no direito de se ter interrompido o processo vital de maneira artificial, o que se dá quando o exaurimento da existência humana não se dá pela morte espontânea e inevitável, cuja inviolabilidade desse direito fundamental significa não se admitir que o Estado e nem ninguém ceife a vida humana.

Com efeito, é em face do direito de viver que o ordenamento jurídico se compadece com a legítima defesa<sup>19</sup> e o estado de necessidade<sup>20</sup>, as quais são apontadas no Código Penal brasileiro como excludentes de antijuridicidade, cujo reconhecimento significa a descaracterização do tipo penal, porquanto ao se praticar, por exemplo, o crime de homicídio sob o pálio da legítima defesa e do estado de necessidade, o Estado não poderá punir o agente. Ao falar sobre a legítima defesa, QUEIROZ (2013, p. 359) preleciona que:

O indivíduo, assim, ao se valer da legítima defesa, não apenas exerce um direito seu, como também concorre para a realização daquela tarefa primária do direito penal, que é a proteção de bens jurídicos, por meio da autodefesa necessária à preservação de direito seu ou de terceiro injustamente violado ou sob séria e grave ameaça de violação.

Contudo, não se legitima, com a aprovação da legítima defesa, um direito a matar, pois tais excludentes de ilicitude dimanam do direito a viver, de tal sorte que o ordenamento jurídico só as chancela para que se garanta ao indivíduo o direito a continuar vivo.

Questão que decorre da expressão lacônica usada pelo constituinte consiste na ideia de existência digna. Ou seja, o Estado brasileiro tem o dever de garantir a todos uma existência digna, tendo em vista ser a

---

<sup>18</sup> Art. 23 – Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

**II - em legítima defesa;**

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

<sup>19</sup> Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

<sup>20</sup> Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

dignidade de pessoa humana o mais importante fundamento sobre o qual se ergue o Estado Democrático, a teor do que vem expressamente previsto no art. 1º, inciso III da Constituição de 1988, bem como à luz dos objetivos fundamentais do Estado, designadamente o que se consagrou no art. 3º, inciso I, nos seguintes termos:

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

**III - a dignidade da pessoa humana;**

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

## **b) Integridade Física**

Outro bem jurídico que compõe o âmbito de proteção do direito à vida, e que, portanto, deve ser respeitado e protegido é a integridade física. Com efeito, a proteção a higidez do corpo, tomada aqui na sua dimensão física, guarda estreitíssimas relações com a proteção da vida, pois, consoante nos ensina SILVA (p. 199), “agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza nele”

Não é por outra razão senão por essa mesma que ofensa a essa integridade não são toleradas pelo Estado, o que ocorre, por exemplo, pela tipificação das condutas ofensivas ao corpo, tais como, a lesão corporal<sup>21</sup>, maus tratos<sup>22</sup>, a rixa<sup>23</sup>, a tortura, dentre outros. No que se refere à tortura,

---

<sup>21</sup> Art. 129 do Código Penal. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

<sup>22</sup> Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

§ 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

<sup>23</sup> Art. 137 - Participar de rixa, salvo para separar os contendores:

Pena - detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa.

a mais hedionda e odiosa forma de agressão à integridade física, a Constituição de 1988, em consonância com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos<sup>24</sup> (o Pacto de São José da Costa Rica), define-a como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia e hediondos.

Pela mesma razão, o ordenamento jurídico não se compadece com o escambo de órgãos humanos, porquanto admitir que uma pessoa possa dispor, de qualquer forma, de seus órgãos, mesmo daqueles que se encontram repetidos. À exceção da doação para fins humanísticos, aquela que visa a suprir uma deficiência ou mesmo salvar a vida de alguém, o Estado brasileiro não admite a disposição de órgãos humanos.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 traz deliberação expressa sobre isso, na norma do art. 199, § 4º, na qual se lê que “a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas **para fins de transplante, pesquisa e tratamento**, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, **sendo vedado todo tipo de comercialização**” (grifos nossos).

### **c) Integridade Moral**

Embora se reconheça a primazia da proteção à integridade física para se proteger a vida, esse não é o único aspecto da existência humana que se deva levar em conta, tendo em vista que “a vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais” (SILVA, p. 201). Referimo-nos à proteção da moral das pessoas, à integridade desse bem imaterial, cuja tutela, por certo, decorre da proteção à vida.

A Constituição de 1988 consagrou norma expressa acerca da proteção da moral, tratando-a como bem indenizável, ao dispor que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (cf. art. 5º, V) e que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o

---

Parágrafo único - Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos.

<sup>24</sup> Esse importante declaração de Direitos Humanos consagrou norma expressa repelindo a tortura, nos seguintes termos: Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (cf. art. 5º, X).

Aqui, uma vez mais, a Constituição de 1988 revela absoluto apreço ao Pacto de São José da Costa Rica que contém norma expressa protegendo a integridade moral das pessoas, ao dispor que “toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”. Além disso, a reprovação à ofensa à integridade moral também ganhou tratamento na seara penal, porquanto, o Código Penal, ao tratar dos crimes contra a vida, consagrou no capítulo V os chamados crimes contra a honra: calúnia<sup>25</sup>, difamação<sup>26</sup> e injúria<sup>27</sup>.

### **Titularidade e Destinatário**

Definido o âmbito de proteção do direito à vida, cumpre-nos, nesse momento, definir quem são as pessoas que titularizam esse direito, bem como quem são os destinatários dos deveres decorrentes desse direito. Começemos, pois, por definir, quem são os titulares do direito à vida, bem como quais são os direitos que se conferem a essas pessoas. Vejamos.

### **Titularidade**

O direito à vida tem como titular todo e qualquer ser humano, independentemente, de ser brasileiro (nato ou naturalizado) ou estrangeiro (residente ou não no Brasil). Muito embora a Constituição, algumas vezes, adstrinja a titularidade de certos direitos individuais, como fez, por exemplo, em relação aos direitos políticos, sendo esses usufruíveis tão somente pelos brasileiros, em relação à vida isso seria inconcebível.

SARLET, examinando o tema, rechaça a literalidade do *caput* do art. 5º da Constituição, pois “o direito à vida constitui exemplo evidente de que o enunciado do art. 5º, *caput*, da CF/1988, no que dispõe sobre a titularidade dos direitos fundamentais, não pode ser lido de modo ‘literal’ e restritivo”. Desse modo, por exemplo, a proibição de aplicação da pena de morte,

---

<sup>25</sup> Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

<sup>26</sup> Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

<sup>27</sup> Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

consagrada no art. 5º, inciso XLVII, salvaguarda não só os brasileiros mas também os estrangeiros.

Aliás, diga-se sobre esse último ponto, que o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980) possui expressa vedação à extradição de qualquer estrangeiro ou brasileiro naturalizado quando a pena a ser imposta ao extraditando for a pena de morte, salvo se o país requerente comutar essa pena em qualquer outra pena admitida no Brasil, nos termos do art. 91, inciso III do referido diploma legal, nos seguintes termos:

Art. 91. Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assuma o compromisso: (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

III - de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação;

### **Destinatário**

O sujeito passivo dessa relação de direitos e deveres são o Estado e o particular, de modo que são a essas duas pessoas que se impõem os deveres de respeito e proteção da vida. No que se refere ao Estado, estamos falando de quaisquer pessoas que componham a Administração Pública (direta ou indireta), sejam elas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Dessa relação entre titular e destinatário decorrem direitos e deveres. No que se refere aos direitos conferidos aos titulares, reconhecem-se, em face da **dimensão subjetiva**, o direito de defesa e o direito à prestação fática ou normativa. A esse respeito, tomemos as palavras elucidativas de SARLET (p. 372):

Assim, compreendido como um direito fundamental em sentido amplo, também o direito à vida abrange um complexo de posições subjetivas de cunho negativo (defensivo) e positivo (prestacional). Nessa perspectiva, o direito à vida tem uma dimensão negativa, quando assume a condição de direito de defesa [...] Mas o direito à vida também apresenta uma dimensão positiva, de um direito a prestações fáticas ou normativas [...]

Por outro lado, à vista dessa mesma dimensão subjetiva, aos destinatários do direito à vida se impõem dois deveres, sendo o primeiro deles decorrente do direito de defesa, correspondendo a uma obrigação de abstenção, representativa de uma obrigação de respeito e de não intervenção; e segunda equivalente a uma obrigação de medidas ativas de proteção da vida.

### **Restrições (limitações) ao direito à vida**

Como é cediço, à exceção do direito de não ser escravizado, de não ser torturado, não há direitos fundamentais absolutos, de tal sorte que até mesmo o direito à vida está susceptível de sofrer restrições. Nesse sentido, pode-se mencionar como exemplo a pena de morte. No caso do Brasil, os crimes que preveem pena de morte estão tipificados no Livro II, do Código Penal Militar<sup>28</sup>.

Todavia, a questão que se revela complexa em relação aos limites que podem ser impostos ao direito à vida diz respeito a se saber quando uma restrição não estará maculando o próprio núcleo essencial do direito à vida, tendo em vista que qualquer intervenção no direito à vida importa, em primeira análise, a morte de seu titular.

### **Questões Decorrentes**

Da forma lacônica com a qual o Constituinte protegeu a vida, bem como da sobredita controvérsia, surgem algumas questões intensamente debatidas pela doutrina brasileira. São questões densas cuja não se vê explicitamente no texto constitucional, o que torna ainda mais complexo o trabalho do intérprete. Dentre essas questões, avultamos aqui apenas algumas delas, a seguir formuladas.

1ª. Existe um direito de matar?

2ª. Seria possível ao Estado ampliar as hipóteses de pena de morte? Ou seja, seria válida e possível a aprovação de uma emenda constitucional, no Brasil, prevendo outras hipóteses de punição com a pena capital? Ou ainda, seria possível ao legislador ordinário criar outros tipos penais punido com a pena de morte?

3ª. A proteção à vida impede que se descriminalize o aborto?

4ª. A eutanásia tem guarida constitucional?

### **3.1.6. O Direito à Privacidade na CF/1988.**

#### **3.1.6.1 Notas Iniciais**

---

<sup>28</sup> O Código Penal Militar (Lei nº 1001/1969), na seção que trata dos Crimes Praticados em Tempo de Guerra, traz duas dezenas de crimes para os quais uma das penas previstas é a morte, dentre os quais estão a traição, favor ao inimigo, Coação a comandante, aliciação de militar, ato prejudicial à eficiência da tropa, traição imprópria, cobardia qualificada, fuga em presença do inimigo, espionagem, motim, revolta ou conspiração, incitamento em presença do inimigo, rendição ou capitulação, separação reprovável, dano especial, dano em bens de interesse militar, envenenamento, corrupção ou epidemia, recusa de obediência ou oposição.

A Constituição protege a privacidade como desdobramento da proteção à vida. Trata-se de um direito conexo ao da vida. Nos termos do art. 5º, 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”. Nota-se, contudo, que a expressão "privacidade" não aparece no texto da sobredita norma, o que levou a doutrina a defender que privacidade é o gênero do qual são espécies. Muito embora

A presente norma protege a **privacidade**, e os bens jurídicos tutelados são: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem.

### **3.1.6.2. Âmbito de Proteção**

A proteção à privacidade abrange, como vimos, a proteção à intimidade e a vida privada, a honra e a imagem. Para postergar a intimidade e a vida privada, o Constituinte de 1988 protege (1) a inviolabilidade do domicílio da pessoa, (2) a inviolabilidade das correspondências e comunicações pessoais e (3) o segredo profissional, nos seguintes termos:

#### **Inviolabilidade de Domicílio (Art. 5º, XI);**

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

#### **Quanto à expressão “CASA”**

Segundo a posição doutrinária e jurisprudencial prevalente, deve-se conferir um conceito normativo abrangente à palavra ‘casa’. Nesse sentido, calha trazer à baila o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

"Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da CF, o conceito normativo de ‘casa’ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (invito domini), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF)." (RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-2007, Segunda Turma, DJ de 18-5-2007.)

#### **Flagrante Delito**

As situações de flagrante delito vêm descritas no art. 302 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

### **Durante o dia e Determinação judicial.**

A expressão **durante o dia** rende ainda algumas discussões. Em síntese, temos três posições que definem a expressão durante o dia como sendo:

a) período compreendido entre a aurora e o crepúsculo;

b) o período compreendido entre as 6 horas e as 20 horas;

c) o período compreendido entre as 6 horas até as 18 horas.

Já a expressão determinação judicial indica mandado judicial, com a finalidade bem definida.

### **Sigilo de correspondência (Art. 5º, XII);**

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Protegem-se, então, as correspondências e comunicações pessoais contra a violação pelo Estado ou por terceiro.

A única ressalva feita foi em relação às comunicações telefônicas, mas nos exatos limites referidos no texto constitucional.

### **Questões:**

Em relação aos sigilos fiscal e bancário (RE 389.808)

A gravação clandestina (HC 87.341-3)

A interceptação telefônica no PAD (Inq 2.424-QO)

**Segredo Profissional:** obriga a quem exerce uma profissão regulamentada, em razão da qual há de tomar conhecimento do segredo de outra pessoa, a guardá-la com fidelidade.

### **Proteção da Honra e da Imagem**

#### **a) Honra**

Objetiva – reputação do indivíduo perante o meio social em que vive.

Subjetiva – estimação que o indivíduo possui sobre si mesmo

b) Imagem- a proteção conferida pelo texto constitucional impede a captação e a divulgação sem o consentimento, e é autônoma em relação à honra, salvo quando houver justa causa.

### **3.2. Direito à Igualdade: o Princípio Guardião do Estado Democrático de Direito.**

Consoante vimos até aqui, a realização do Estado Democrático de Direito é ideia intimamente vinculada à outra, a dizer: à de materialização da igualdade. Daí por que, certamente em virtude disso, BONAVIDES, a fim de desvelar a relevância desse valoroso princípio para o Estado Democrático, diz-nos:

O centro modelar do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com este compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo.

E reafirma essa importância ao expressar o novo olhar a partir do qual o princípio da igualdade é hoje tratado, verbis:

De todos os direitos fundamentais, a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado Social (BONAVIDES, 2002, p. 341).

Outro importante doutrinador pátrio, José Afonso da Silva, da mesma forma, reconhece o relevo do princípio da igualdade e, por isso, pondera:

[...] É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso, é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade [...] (2003,p. 212)

Destarte, podemos mesmo afirmar que a igualdade, ou ainda, sua concretização, constitui o cerne do Estado Democrático de Direito, sendo certo, portanto, que sua frustração pesa ao Estado Democrático o desalento de ser um Estado simbólico, não realizador se suas diretrizes descritas no próprio preâmbulo, como também no art. 3º de nossa Constituição Federal. É dizer, um Estado que não promova a igualdade não pode ser um Estado Democrático.

#### **2.1. Os Significados do Princípio da Igualdade.**

Nem sempre, no entanto, o princípio da igualdade esteve legado a essa ideia concretizadora. Apenas para lembrar, a igualdade surge como liberdade pública jurídico-formal, isto é, igualdade perante a lei, “segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma igual sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais” (GOMES, 2003, p. 97).

Diz-se, então, que o princípio da igualdade possui duas dimensões, dois significados. Isto é, do aristotélico postulado “a igualdade consiste em tratar

igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” ou do enunciado consignado no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26.08.1789 que “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direito”, ambos conceituais, dimanam dois aspectos, ou dois sentidos, a dizer: um de índole formal e outro substancial. E, inspirados pela doutrina Celso Antônio Bandeira de Mello, se quisermos nos encontrar com o espírito consubstancia dor do princípio da igualdade, temos que compreender sua orientação jurídico-formal, bem assim conhecer seus limites. São assim as palavras do indigitado professor sobre o tema:

[...] Só respondendo a estas indagações poder-se-á lograr adensamento do preceito, de sorte a emprestar-lhe cunho operativo seguro, capaz de converter sua teórica proclamação em guia de uma práxis efetiva, reclamada pelo próprio ditame constitucional [...] (MELLO, 1998, p. 11)

### 2.1.1. Sentido Jurídico-Formal do Princípio da Igualdade.

No que tange à primeira nuance, diz-se que igualdade formal simboliza a célebre afirmação “todos são iguais perante a lei” em que proclama, segundo SILVA (2003, p. 213):

[...] a igualdade jurídico-formal, no plano político, de caráter puramente negativo, visando a abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classe [...] fundada numa visão individualista do homem, membro de uma sociedade liberal relativamente homogênea.

Ressalte-se que o dito enunciado “todos são iguais perante a lei”, inscrito em todas as constituições brasileiras, inclusive, na do Império, fundadora de uma ordem política absolutista, portanto, incompatível, histórica e filosoficamente, com a ideia de igualdade; bem como naquelas constituições outorgadas por regimes de exceção, como a de 1937 e 1967, em que as liberdades públicas foram inexorável e impiedosamente postergadas.

Com efeito, o multicitado enunciado engendra, pois, uma isonomia meramente formal, a fim de indicar ao Estado que a lei bem como sua aplicação deve tratar isonomicamente a todos. Noutras palavras:

[...] a igualdade formal, em que pese sua evolução no tempo, sua essência não é outra senão aquela apontada pelo mesmo autor, para quem: “esta consiste no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou mesmo não vedados pelo ordenamento Constitucional”. (BASTOS, 2002, p. 318 apud ATCHABAHIAN, 2004, p. 74-75)

Sumariadamente, à luz, mais uma vez, da lição do Ministro Joaquim Barbosa (2003, p. 96), temos “que esse conceito de igualdade que veio a dar sustentação jurídica ao Estado liberal burguês, a lei deve ser igual para todos, sem distinções de qualquer espécie.” Ou seja, a ideia que se imprime à igualdade perante a lei é a de que o Estado, tanto na hora de legislar quanto a hora de aplicar a lei, deverá, segundo FAGUNDES (1982 apud SILVA, 2003, p. 214):

[...] deve reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades [...].

### 2.1.2. O Sentido Substancial do Princípio da Igualdade.

Entretanto, o sentido formal do princípio da igualdade, herança dos postulados liberais e, por conseguinte, do Estado de Direito, deslinda-se insuficientemente garantidor de uma ordem jurídica capaz de conferir, efetivamente, tratamento igual, isso por que, consoante nos desvela BARROZO (2004, p. 106), “noção de igualdade, oriunda das revoluções francesa e americana, é estática”, daí por que se conclui que:

[...] proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica. (ROCHA, 1996, p. 85)

O fato é que a igualdade formal, segundo as palavras de ATCHABAHIAN (2004, p. 75):

[...] não atingiu seu escopo principalmente no campo econômico, sendo este o instrumento primeiro que impede a realização total da igualdade formal, cuja tradução dos motivos repousa no conflito de interesses dos membros de nossa sociedade [...]

Com efeito, brota dessa ululante constatação, a ideia moderna de igualdade, segundo a qual, se quiser se constituir em instrumento de confirmação da democracia, a efetiva busca pela igualdade terá que romper com o formalismo e a estaticidade que lhe foram impostos pelo Estado Liberal. Trata-se, portanto de:

[...] se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção «dinâmica», «militante» de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade. (original sem destaque algum) (GOMES, 2003, p. 97)

Busca-se, à luz dessa novel concepção de igualdade, adequada à realidade contemporânea, fazer valer a igualdade entre todos, de tal sorte que se vise a almejar, não mais à igualdade formal, segundo a letra da lei, mas sim à igualdade real. Assim, segundo BONAVIDES, esses questionamentos levam à constatação de que:

Deixou a igualdade de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova forma de Estado [...] O Estado social, que é o Estado produtor da igualdade fática [...] que obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia. (2002, p. 342-343)

Por conseguinte, o Estado deixa sua posição de neutralidade e, por isso, de estaticidade, e passa a atuar visando à concretização da igualdade, engendrando os meios necessários a essa concretização. Com esse Estado, promovem-se a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas. Rompe-se, pois, com o axioma liberal da igualdade, que, conforme delineamos, é instrumento profícuo da perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade.

## **2.2. Tratamento Dispensado ao Princípio da Igualdade Pela Constituição de 1988.**

Conforme dissemos num dos tópicos acima, todas as Constituições brasileiras consignaram em seus textos o princípio da igualdade. Evidentemente, que nem sempre ele teve gravado em seu sentido substancial, mas fora tratado tão somente como:

[...] igualdade perante a lei, enunciado que, em sua literalidade, se confunde com a igualdade formal no sentido de que a lei e sua aplicação tratam todos por igual, sem privilegiar qualquer grupo ou indivíduo [...] (ATCHABAHIAN, 2004, p. 54).

Gostaríamos de chamar atenção, em especial, para a inscrição da igualdade em três Constituições, dada a especificidade do momento históricos em que elas foram insculpidas. Referimo-nos, neste instante, as Constituições de 1824, de 1937 e de 1967. Assim, temos que essa ficção, a igualdade formal, lá esteve, por força da cartilha liberal, como a garantia da concretização da liberdade. Segundo GOMES (2003, p. 98), “[...] Para os pensadores e teóricos da escola liberal, bastaria a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para se ter esta como efetivamente assegurada no sistema constitucional.[...]”

Noutras palavras, segundo tal postulado, bastava insculpir o princípio da igualdade no texto constitucional que era suficiente para distribuir liberdade. Tal proposição, entretanto, restou, historicamente, deslindada como mera ficção. A prova disso, em nosso País, é que, em especial, naquelas três Constituições, lá estava o dizer: todos são iguais perante a lei. Propugnamos isso porque, v.g., a Constituição de 1824, a do Império, soergueu um Estado de índole absolutista, no qual o Imperador concentrava em suas mãos todos os poderes do Império a partir da instituição do Poder Moderador .

Naquela Constituição, segundo nos informa BARROZO (2004, p. 115):

O princípio da igualdade no direito constitucional brasileiro nasceu com a missão de alinhar-se retoricamente ao incipiente e impreciso mas já prestigioso movimento republicano e democrático moderno, enquanto acomodava na sua prática constitucional o modelo de sociedade estamental e escravocrata do período colonial

Observe-se que o princípio da igualdade, que nasce no bojo das ideias liberais, opostas ao Estado Absolutista, é incompatível com essa forma de Estado. Dessarte, o que vemos, naquela Constituição, numa sociedade dividida entre homens livre e escravos, robustamente marcada por desigualdades, que, “[...] por conta desse Texto Constitucional, a desigualdade reinante na sociedade brasileira do princípio do século XIX, apesar de se caracterizar como o de maior longevidade na história do Brasil.” (ATCHABAHIAN, 2004, p. 57).

De outra banda, as Constituições de 1937 e de 1967 merecem menção especial porquanto, apesar de nelas também aparecer a célebre expressão todos são iguais perante a lei, foram outorgadas e não promulgadas, durante regimes de exceção, onde sequer se respeitava a lei, e onde tudo que se relacionava à igualdade foi inexoravelmente inumado. Claro resta, por conseguinte, que durante o Estado Novo (1937-1945) e durante a Ditadura Militar (1964-1985), “[...] a igualdade permaneceu como letra

morta na Constituição Federal daquela época” (ATCHABAHIAN, 2004, p. 67).

Essa compendiada digressão a respeito da igualdade formal e os períodos de regime de exceção no Brasil, serve, exatamente, para demonstrar que, segundo DRAY (1999 apud GOMES, 2003, p. 98):

[...] a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida [...].

Entretanto, é com a Constituição Federal de 1988 que a noção de igualdade como realizador das demandas sociais aparece pela vez primeira. Examinando essa abordagem diferente e hodierna conferida à igualdade pela Carta Política de 1988, o ministro Marco Aurélio assim a delineou:

Na Constituição de 1988 – dita por Ulysses Guimarães, como cidadã, mas até hoje assim não se mostra não por deficiência do respectivo conteúdo, mas pela ausência de vontade política de implementá-la -, adotou-se, pela primeira vez, um preâmbulo – o que é sintomático -, sinalizando uma nova direção, uma mudança de postura, no que revela que “nós”, - todos nós e não apenas os constituintes, já que eles agiram em nosso nome – “representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos [...]. (2006, p. 84).

E prosseguindo na demonstração de que, com a Constituição de 1988, houve definitiva transposição do conceito formal de igualdade ao novo conceito de igualdade substancial, preleciona o proeminente ministro de nosso Excelso Pretório:

Pode-se afirmar, sem receio, de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar “ação”. (MELLO, 2006, p. 84)

Inaugura-se, em nosso País, com a Constituição de 1988, uma noção nova a respeito da igualdade. Com justeza, é o que nos desvela o também ministro do STF Joaquim Barbosa, in verbis:

Da transição da ultrapassada noção de igualdade «estática» ou «formal» ao novo conceito de igualdade «substancial» surge a ideia de «igualdade de oportunidades», noção justificadora de diversos experimentos constitucionais pautados na necessidade de se extinguir ou de pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, de promover a justiça social. (2003, p. 97).

Em suma, a nova redação conferida ao princípio da igualdade, no texto constitucional de 1988, deslinda seu verdadeiro sentido numa ordem democrática, isto é, “o de informar e condicionar todo o restante do direito. É como se tivesse dito: assegura-se o direito de liberdade de expressão do pensamento, respeitada a igualdade[...].” (BASTOS, 2002, p. 183). Portanto, retoma-se, mais uma vez, a questão que está mesmo na raiz da

áspera relação entre o Estado Democrático e realidade social de nosso país, em cujos contornos reside, agora mais robustamente, a concretização do princípio da igualdade.

### **3. A Concretização da Igualdade A Partir das Ações Afirmativas.**

Vimos, então que a igualdade tem como escopo primacial que cada um seja tratado de acordo com o que realmente é, ou seja, “dentro da complexidade e pluralidade de nossas estruturas sociais. Estabelecendo estatutos distintos, diferenciais e até mesmo preferenciais, desde que justificados” (ATCHABAHIAN, 2004, p. 130). Contudo, consoante avultamos em tópico específico na presente monografia (cf. tópico 1.2, do Capítulo I), a concretização desse ideal é tarefa de complexo deslinde, porquanto as desigualdades históricas presentes na sociedade brasileira se constituem em óbices quase inquebrantáveis a esse mister.

Com efeito, não podemos tecer aqui uma análise alienada do princípio da igualdade, esquecendo que há, ainda, um enorme fosso a separar a pretensão do Constituinte Originário e a nossa realidade. Não se deve, jamais, desavistar que:

A desigualdade no Brasil tem causa remotas que datam do começo do período Imperial onde os privilégios e acordos protecionistas se estabeleceram para determinadas classes sociais em detrimento da maior parte de nossa população [...] o Brasil foi e é marcado pelas desigualdades em quase todos os setores. Há desigualdade na distribuição de renda; há desigualdade decorrente da cor da pele, há desigualdade entre as regiões da federação etc. (ATCHABAHIAN, 2004, p. 130).

Nesse contexto, no Brasil, a igualdade tende a se distanciar da realidade, não cumprindo, portanto, seu desiderato primacial, de tal sorte que o Estado brasileiro não consegue, em virtude dessas marcas de desigualdades historicamente impostas a uma imensa fatia da população, sequer espancar o crescimento dessas desigualdades, quanto mais garantir material igualização. Ademais, a posição do Brasil em face dos planos e projetos da elite das grandes nações mundiais, de insofismável subserviência, apenas aguça essa impotência.

No ambiente político-econômico contemporâneo do mundo, com a imposição das ideias neoliberais aos países periféricos, como o Brasil, há um aprofundamento do já abissal fosso que separa pobres e ricos. Nesse sentido, preleciona-nos, OLIVEIRA (2004, p. 75), in verbis:

As desigualdades sociais se intensificaram. Há uma pequena parte dos cidadãos circunscritos neste meio de relação social. A outra parte anseia em se inserir nesta sociedade, sendo que há também outra grande parte, sem condições mínimas econômicas e sociais para a participação nestas relações.

Mercê do exposto, a composição do problema da desigualdade não é tarefa incompleta, sendo certo que deve se dar por etapas. É, com justeza, nesse difícil contexto que as ações afirmativas podem desempenhar papel relevante. É dizer, as ações afirmativas, tendo em vista que superam a decaída concepção de que a igualdade se exaure em sua nuança formal, constituem-se em profícuo instrumento para perfazer a igualdade material.

Nesse sentido, tomemos a elucidativa lição da Ministra do STF Carmem Lúcia Antunes Rocha, verbis:

[...] a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante da sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, político-econômica e no segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. (1996, p.256)

Nesse passo, as ações afirmativas são um instrumento jurídico, dentro do Estado Democrático, que pode mitigar o isolamento ou apequenação histórica infligida a determinados grupos sociais. Pode, portanto, a partir da implementação das ações afirmativas, se chegar à efetivação da igualdade, tarefa essencial de qualquer regime democrático, visando à guindagem de cada brasileiro, independentemente, da classe e da raça a que pertença, à condição de cidadão.

### **3.2.1. Previsão constitucional**

#### **Preâmbulo**

No preâmbulo de nossa Constituição, a igualdade aparece como um dos valores supremos de uma sociedade justa, plural e fraterna e sem preconceitos, nos seguintes termos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Em seguida, a ideia de igualdade volta a inspirar o Constituinte de 1988, que, no art. 3º, incisos III e IV, a encartou no rol dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Eis a dicção desse preceptivo:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em outro importante trecho, a igualdade compõe o rol dos Direitos Fundamentais, *in verbis*:

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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Isso significa dizer que a Constituição impõe que se confira, sempre, a todo o tratamento isonômico? A resposta a essa pergunta é desenganadamente não! A determinação constitucional significa:

Tratar os iguais, de forma igual, apenas na medida em que se igualem, bem como os desiguais, de forma desigual, exatamente, na medida em que se desigualem

Explicando essa fórmula, ROBERT ALEXIS chega às seguintes conclusões:

- Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório.
- Se houver uma razão para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório.

### **3.2.2 Sentidos do Princípio da Igualdade na Constituição de 1988:**

#### **3.2.2.1. Sentido Jurídico-Formal do Princípio da Igualdade.**

Diz-se que igualdade formal simboliza a célebre afirmação “todos são iguais perante a lei” em que proclama, segundo SILVA (2003, p. 213):

[...] a igualdade jurídico-formal, no plano político, de caráter puramente negativo, visando a abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classe [...] fundada numa visão individualista do homem, membro de uma sociedade liberal relativamente homogênea.

A doutrina e jurisprudência do STF desdobram a igualdade formal em **igualdade na lei**, esta dirigida ao legislador, que ao editar normas abstratas, deve tratar todos com isonomia, e **igualdade perante a lei**, a qual incide no momento da concretização, de modo que os operadores do direito, na aplicação da lei, não adotem posturas discriminatórias.

#### **3.2.2.2 O Sentido Substancial (Material) do Princípio da Igualdade**

Entretantes, o sentido formal do princípio da igualdade, herança dos postulados liberais e, por conseguinte, do Estado de Direito, deslinda-se insuficientemente garantidor de uma ordem jurídica capaz de conferir, efetivamente, tratamento igual, isso por que, consoante nos desvela BARROZO (2004, p. 106), “noção de igualdade, oriunda das revolução francesa e americana, é estática”, daí por que se conclui que:

[...] proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica. (ROCHA, 1996, p. 85)

O fato é que a igualdade formal, segundo as palavras de ATCHABAHIAN (2004, p. 75):

[...] não atingiu seu escopo principalmente no campo econômico, sendo este o instrumento primeiro que impede a realização total da igualdade formal, cuja tradução dos motivos repousa no conflito de interesses dos membros de nossa sociedade [...]

Com efeito, dimanada dessa ululante constatação, a ideia moderna de igualdade, segundo a qual, se quiser se constituir em instrumento de confirmação da democracia, a efetiva busca pela igualdade terá que romper com o formalismo e a estaticidade que lhe foram impostos pelo Estado Liberal. Trata-se, portanto de:

[...] se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção «dinâmica», «militante» de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade. (original sem destaque algum) (GOMES, 2003, p. 97)

Busca-se, à luz dessa novel concepção de igualdade, adequada à realidade contemporânea, fazer valer a igualdade entre todos, de tal sorte que se vise a almejar, não mais à igualdade formal, segundo a letra da lei, mas sim à igualdade real. Assim, segundo BONAVIDES, esses questionamentos levam à constatação de que:

Deixou a igualdade de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova forma de Estado [...] O Estado social, que é o Estado produtor da igualdade fática [...] que obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia. (2002, p. 342-343)

Por conseguinte, o Estado deixa sua posição de neutralidade e, por isso, de estaticidade, e passa a atuar visando à concretização da igualdade, engendrando os meios necessários a essa concretização. Com esse Estado, promove-se a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas. Rompe-se, pois, com o axioma liberal da igualdade, que, conforme delineamos, é instrumento profícuo da perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade

É nesse contexto que surgem a denominada “Discriminação Positiva”, ou a discriminação para o bem, cuja ideia é de desigualar para poder igualar. Isto é, ocorre uma discriminação, porém, o resultado desse discriminem, diferentemente da discriminação negativa, não é a exclusão e nem tampouco a concessão de privilégios – o que se rechaça no Estado Democrático -.

Uma das formas de se implementarem as ações afirmativas é, com justeza, por meio do estabelecimento do sistema de cotas. Considerado como o mais porfioso dos instrumentos de ações afirmativas, o sistema de cotas

implica reserva de vagas para favorecer algumas minorias “socialmente inferiorizadas, ou poderia dizer, juridicamente desigualadas [...]” (ATCHABAHIAN, 2004, p.150).

Noutras palavras, mais precisamente nas de SILVA (2001, p. 2), as cotas são:

[...] uma segunda etapa das ações afirmativas. Constatada nos EUA a ineficácia dos procedimentos clássicos de combate à discriminação, deu-se início a um processo de alteração conceitual das ações afirmativas, que passou a ser associado à ideia, mais ousada, de realização da igualdade de oportunidades através da imposição de cotas rígidas de acesso de representantes de minorias a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições educacionais. [...]

Ou, ainda:

De fato, o mecanismo de inclusão das minorias em espaços públicos ou privados por meio de quotas consiste em uma via de mão-dupla, que determina, necessariamente, a exclusão de membros pertencentes a grupos não minoritários. Tal exclusão gera o problema de se saber se a implementação de quotas afrontaria o princípio da igualdade formal, i.e, se, por via oblíqua, geraria efeitos de discriminação reversa. (PAIXÃO, 2003, p. 45)

As cotas reservadas para grupos minoritários são a forma mais radical de implementação das ações afirmativas, ou, como preleciona GOMES (2003, p. 97):

“[...] a ideia mais ousada de realização da igualdade de oportunidades através da imposição de cotas rígidas de acesso de representantes de minorias a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições educacionais [...]

De mais a mais, as cotas obrigatórias simbolizam um avanço no processo de incrementação das ações afirmativas. Nesse sentido, vale muito a pena percorrer com vista as palavras das entidades que defendem, no debate que se trava no Congresso Nacional, em seu manifesto, que destaca a força das cotas raciais ao disporem:

Acreditamos que a igualdade universal dentro da República não é um princípio vazio e sim uma meta a ser alcançada. As ações afirmativas, baseadas na discriminação positiva daqueles lesados por processos históricos, são a figura jurídica criada pelas Nações Unidas para alcançar essa meta.

O Supremo Tribunal Federal examinou a porfiada questão da constitucionalidade ou não das cotas raciais, tema que fora suscitado no bojo da ADPF 186. Nessa ação, questionava-se o sistema de cotas raciais

desenvolvido pela Universidade de Brasília. Desse julgamento, restou proclamado a seguinte deliberação a respeito do tema:

O Plenário julgou improcedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Partido Democratas (DEM) contra atos da Universidade de Brasília (UnB), do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE) e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE), os quais instituíram sistema de reserva de 20% de vagas no processo de seleção para ingresso de estudantes, com base em critério étnico-racial. (...) Rememorou-se o art. 5º, caput, da CF, segundo o qual ao Estado não seria dado fazer qualquer distinção entre aqueles que se encontrariam sob seu abrigo. Frisou-se, entretanto, que o legislador constituinte não se restringira apenas a proclamar solenemente a igualdade de todos diante da lei. Asseverou-se que, para efetivar a igualdade material, o Estado poderia lançar mão de políticas de cunho universalista – a abranger número indeterminado de indivíduos – mediante ações de natureza estrutural; ou de ações afirmativas – a atingir grupos sociais determinados – por meio da atribuição de certas vantagens, por tempo limitado, para permitir a suplantação de desigualdades ocasionadas por situações históricas particulares. Reportou-se que o reduzido número de negros e pardos detentores de cargos ou funções de relevo na sociedade resultaria da discriminação histórica que as sucessivas gerações dos pertencentes a esses grupos teriam sofrido, ainda que de forma implícita. Os programas de ação afirmativa seriam, então, forma de compensar essa discriminação culturalmente arraigada. Assim, as cotas encontrariam amparo na Constituição. Ressaltou-se a natureza transitória dos programas de ação afirmativa, já que as desigualdades entre brancos e negros decorreriam de séculos de dominação econômica, política e social dos primeiros sobre os segundos. Dessa forma, na medida em que essas distorções históricas fossem corrigidas, não haveria razão para a subsistência dos programas de ingresso nas universidades públicas. Se eles ainda assim permanecessem, poderiam converter-se em benesses permanentes, em detrimento da coletividade e da democracia.

#### **4. Direito à liberdade**

##### **4.2. As Liberdades Constitucionais**

A Constituição Federal consagrou as seguintes formas de liberdade:

- Liberdade de Ação;
- Liberdade de locomoção;
- Liberdade de Consciência e Crença;
- Liberdade de Manifestação do Pensamento;
- Liberdade Religiosa;
- Liberdade de Exercício Profissional
- Liberdades Coletivas (Reunião e Associação)

##### **4.2.1. Liberdade de Ação**

Previsão Constitucional

Art. 5º, inciso II:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

##### **4.2.2. Liberdade de Locomoção**

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

O sobredito preceptivo consagra, a um só tempo, a Liberdade de Locomoção e a Liberdade de Circulação, apontando para o tempo de paz como a sessão de tempo em que essa liberdade é desfrutada, sendo certo que o significado da expressão “tempo de paz” deve ser extraída da exclusão do tempo de guerra, de tal sorte que, como o tempo de guerra é o tempo compreendido entre a declaração da guerra contra uma nação estrangeira e a celebração da paz, todo tempo que se situar fora desse interstício é tempo de paz.

Para José Afonso da Silva, “a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz contém o direito de ir e vir (viajar e migrar) e de ficar e permanecer, sem necessidade de autorização”. Decerto que isso que, completa o referido jurista, “podem todos locomover-se livremente nas ruas, nas praças, nos lugares públicos, sem temor de serem privados de sua liberdade de locomoção”.

A palavra lei a que se faz referência no dispositivo constitucional sob exame “não se aplica à hipótese de locomoção dentro do território nacional em tempo de paz. Portanto, será inconstitucional lei que estabeleça restrições nessa locomoção” (SILVA). Por outro lado, o Constituinte também quis dizer que tal liberdade, durante a vigência do tempo de guerra, assim como ocorre durante o estado de sítio<sup>29</sup>, pode sofrer restrições, desde que, é claro, tais restrições não ofendam ao núcleo essencial dessa liberdade.

#### **4.2.3. Liberdade de Manifestação do Pensamento**

O Constituinte garantiu a liberdade de manifestação do pensamento, independente de licença e proibindo a censura, impondo limites ao indivíduo e ao Estado, a teor do que dispõem o art. 5º, incisos IV e IX.

Questões práticas decorrentes dessa previsão constitucional.

1ª Questão. Então, a liberdade de manifestação de pensamento é absoluta? Isto é, não pode sofrer limitações?

Resposta: não! Pois a própria Constituição estabelece limites ao indivíduo para o exercício dessa liberdade, quando, nos seguintes termos:

Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

---

<sup>29</sup> Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:  
I - obrigação de permanência em localidade determinada;

Art. 5º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

2ª Questão. Então, qualquer um, em nome dessa liberdade, pode manifestar suas ideias favoráveis à legalização do uso de drogas ou em favor das ideias nazistas, ou, ainda, para degradar o ser humano?

Respostas

Legalização do uso de drogas

“a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não se confundiria com ato de incitação à própria prática do crime, nem com o de apologia de fato criminoso” (STF, ADPF 187)

Manifestação pró-nazismo

Escrever, editar, divulgar e comercializar livros ‘fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica (Lei 7.716/1989, art. 20, na redação dada pela Lei 8.081/1990) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (HC 82.424)

A Dignidade da Pessoa Humana como o mais importante limite da liberdade de manifestação de pensamento

O Caso Rafinha Bastos x Wanessa Camargo

Decisão Judicial

583.00.2011.201838-5/000000-000 - nº ordem 8250/2011 - Indenização (Ordinária) - MARCUS BUAIZ E OUTROS X RAFAEL BASTOS HOCSMAN - Com essas considerações, que hei por bastantes e suficientes, atento ao mais dos autos, JULGO PROCEDENTE a ação para CONDENAR a Requerida a pagar ao A. a importância suso fixada, a título de reparação pelo dano moral sofrido, com juros da data do fato e correção monetária a contar desta data, até o efetivo pagamento, pagando ainda as custas e a honorária de 15% sobre o débito final. P.R.I.

#### **4.2.4. Liberdade Religiosa**

Designa, nos termos do art. 5º, VI:

- a liberdade de crença ou de descrença
- a liberdade culto
- a proteção dos locais de culto.

Questões Decorrentes da Liberdade Religiosa

1. Laicidade do Estado Brasileiro

O Brasil é um Estado leigo ou laico, isto é, não possui uma religião oficial, nos termos do art. 19, I, da CF, verbis:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

#### **4.2.5. Liberdade de Exercício Profissional**

Vem consagrada nos termos do art. 5º, XIII, cuja dicção é a seguinte: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Importa fazer, em relação a essa norma, três importantes observações:

a) essa é uma norma de eficácia contida, isso quer dizer que, enquanto o legislador ordinário não estabelecer nenhuma norma impondo qualificações para o exercício de uma determinada profissão, a mesma, desde que lícita, pode ser plenamente exercida;

b) a competência para legislar sobre profissões é privativa da União, a teor do que determina o art. 22, XVI da Constituição Federal de 1988 .

c) contudo, o legislador ordinário não ganhou do Constituinte de 1988 um “cheque em branco” para estabelecer quaisquer qualificações. Nesse sentido, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão.” (RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 1º-8-2011, Plenário, DJE de 10-10-2011.) No mesmo sentido: RE 635.023-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-12-2011, Segunda Turma, DJE de 13-2-2012; RE 509.409, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 31-8-2011, DJE de 8-9-2011.

#### **4.2.6. Liberdades Coletivas**

#### **4.2.6.1. Liberdade de Reunião**

A Constituição Federal consagra a liberdade de reunião como um Direito Fundamental, segundo o qual quem quiser fazer parte de uma reunião e/ou mesmo realizar uma, desde que para fins lícitos e pacíficos, não precisa sequer autorização do Poder Público, tendo apenas que encaminhar-lhe prévio aviso, a fim de evitar frustrar uma outra reunião designada para o mesmo dia, local e horário. É isso que está encartado no art. 5º, inciso XVI, nos seguintes termos:

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

Isso quer dizer que o Poder Público não pode indeferir a realização da reunião, sendo-lhe autorizado pela Constituição indicar um outro dia, horário e/ou local, na hipótese de duas ou mais reuniões tiverem que acontecer.

#### **4.2.6.2. Liberdade de Associação**

A associação é uma pessoa jurídica, cuja adesão a seu quadro de associados é um Direito Fundamental do indivíduo, não podendo, nem o Estado nem ninguém compelir alguém a se associar. A criação das associações, assim como o seu funcionamento não dependem do aval do Estado, que não pode interferir em seu funcionamento.

Nos termos da Constituição Federal, o Estado não dará guarida às associações criadas para fins ilícitos, vedando as de caráter paramilitar. A proteção às associações prevista na Constituição de 1988 ainda lhes protege contra a dissolução compulsória. Assim, as associações só poderão ser dissolvidas ou pela vontade de seus associados ou por decisão judicial transitada em julgado.

Por fim, a Constituição de 1988 dotou as associações da prerrogativa de representar judicial e extrajudicialmente seus associados.

Tudo o que dissemos pode ser encontrado no art. 5º, incisos XVII a XXI, nos seguintes termos:

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

#### **4.5. Direito à Propriedade na CF**

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Interpretando a presente norma, temos que o Direito Fundamental à propriedade não é mais tomado de forma absoluta. Isso quer nos dizer que o Estado Democrático só tutela o Direito de propriedade se essa propriedade cumprir sua função social, nos termos dos arts. 182, § 2º e 186, ambos da Constituição Federal.

##### **4.5.1. Função Social da Propriedade Urbana**

Art. 182, § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

##### **Função Social da Propriedade Rural**

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

##### **4.5.2 Instrumentos Constitucionais de Limitação do Direito de Propriedade**

###### **4.5.2.1. Desapropriação (Art. 5º, XXIV)**

Conceito: meio de transferência compulsória da propriedade de um particular para o Estado, importando a perda da propriedade desse particular, após indenização justa e prévia.

Espécies:

Por Interesse Social (necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social)

Sanção (art. 182, § 4º, III e 184 da CF)

Fases:

Administrativa

Judicial (se não houver acordo)

#### 4.5.2.2. Requisição

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

Conceito: procedimento administrativo adotado pelo Poder Público em face de iminente perigo público, em face do qual o proprietário deverá ceder compulsoriamente a posse, podendo ser indenizado na hipótese de ocorrer dano.

#### 4.5.2.3. Da Usucapião

Urbana.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Rural

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

#### 4.5.2.4. Expropriação

Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

## **5. Garantias Constitucionais dos Direitos Fundamentais**

Como vimos, o Constituinte de 1988 trouxe, em seu Título II, não só os Direitos Fundamentais, mas se preocupou em nos legar um conjunto de normas protetoras desses Direitos, assim denominadas de garantias, verdadeiros mecanismos de salvaguarda desses direitos, criados para imporem seu respeito e a sua exigibilidade.

## **5.1. I. GARANTIAS DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS**

### **1. Garantia do Direito à Vida**

a) Vedação à tortura e à tratamento desumano ou degradante

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

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

b) Direito à indenização pela ofensa à privacidade

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;

c) Vedação à pena de morte, à pena perpétua e às penas degradantes

XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

### **2. Garantias do Direito de Liberdade**

a) Vedação à privação de direitos

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;)

b) Vedação à censura

(IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

c) Vedação à negativa ao Direito de Informação

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (Regulamento)

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;
- d) Inafastabilidade de apreciação pelo Judiciário

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LXXII - conceder-se-á "habeas-data":

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;
- d) Vedação ao juízo de exceção e Competência do Tribunal do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;
- e) Anterioridade da lei penal e irretroatividade da lei penal

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Pessoalidade da Pena

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

f) Individualização da Pena

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;
- g) Garantias Processuais

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;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

h) Presunção de Inocência

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

i) Vedação à Prisão Ilegal ou Abusiva

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; (Regulamento).

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

### **3. Garantia do Direito de Igualdade**

#### **a) Criminalização do Racismo**

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

#### **b) Individualização da Pena**

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos;

#### **c) Aplicação isonômica da pena**

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

#### **4. Garantias do Direito à Privacidade**

Direito à indenização pelos danos materiais e morais

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;

#### **5. Garantias do Direito de Propriedade**

a) Impenhorabilidade do bem de família

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

b) Insuscetibilidade de desapropriação do bem de família e da propriedade produtiva

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

c) Direitos autorais

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos

distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

d) Direito de Herança

XXX - é garantido o direito de herança;

XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do "de cujus";

**6. Garantias do Direito à Segurança**

a) Vedação à ofensa do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

b) Vedação à criação de juízo ou tribunal de exceção

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

c) Anterioridade da Lei Penal

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

d) Irretroatividade da Lei Penal

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

**II. REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS**

**5.1.5.2. Habeas Corpus**

A) Previsão:

- Constitucional

Art. 5º, LXVIII, da CF/88: conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

- Código de Processo Penal

Art. 647 do Código de Processo Penal. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa;

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI - quando o processo for manifestamente nulo;

VII - quando extinta a punibilidade.

B) Objeto de Proteção do Habeas Corpus: liberdade de locomoção quando ofendida por uma prisão (abusiva ou ilegal)

C) Natureza Jurídica: ação constitucional e penal

D) Espécies:

a) Preventivo: pode ser impetrado quando se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

b) Repressivo: poderá ser impetrado quando alguém sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

E) Partes:

a) Polo Ativo

- Paciente: definido como a vítima da ameaça ou da coação ilegal

- Impetrante: aquele que ajuíza o habeas corpus em favor de terceiro.

b) Polo Passivo

- Autoridade Coatora: autoridade (Policial ou Judicial) que decreta a prisão eivada de ilegalidade ou praticada com abuso de poder.

F) Competência: à exceção da competência originária dos Tribunais, define-se a competência jurisdicional para processar e julgar o habeas corpus levando-se em conta a autoridade coatora. Assim, temos o seguinte:

a) Autoridade Policial – será competente a Autoridade Judicial do local da sede funcional do Delegado.

b) Autoridade Judicial – será competente a Autoridade Judicial imediatamente superior hierarquicamente.

G) Hipóteses de não Cabimento

a) Art. 142, § 2º, da Constituição Federal:

Não caberá "habeas-corpus" em relação a punições disciplinares militares.

b) Art. 650, § 2º do Código de Processo Penal:

Não cabe o habeas corpus contra a prisão administrativa, atual ou iminente, dos responsáveis por dinheiro ou valor pertencente à Fazenda Pública, alcançados ou omissos em fazer o seu recolhimento nos prazos legais,

salvo se o pedido for acompanhado de prova de quitação ou de depósito do alcance verificado, ou se a prisão exceder o prazo legal.

### **5.1.5.3 Mandado de Segurança Individual**

#### **A) Previsão**

a) Art. 5º, inciso LXIX da CF/88:

“conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no de atribuições do Poder Público’

b) Art. 1º da Lei 12.016/2009

“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”

B) Objeto de Proteção: é direito líquido e certo que ofendido por ato ilegal ou abusivo, considerando-se como líquido e certo qualquer direito – que não seja a liberdade de locomoção e o Direito à informação - que se demonstra de pronto, que já estava apto a ser exercido e só não o foi em face de um ato ilegal ou abusivo. Em face disso, o mandado de segurança é ação judicial que não comporta dilação probatória.

#### **C) Partes**

a) Polo Ativo

- Impetrante: o titular do direito líquido e certo.

b) Polo Passivo

- Autoridade Coatora: agente que pratica o ato coator e ofensivo do direito líquido e certo. Pode ser:

a) agente público: ocupante de cargo, função ou emprego público.

b) agente delegado: agente de pessoa jurídica no de atribuições do Poder Público.

D) Prazo Decadencial (Art. 23, da Lei 12.016/2009).

Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

### **Atenção**

1. A perda do referido prazo implica perda do direito (da oportunidade) de impetrar o mandado de segurança, mas não perda do direito, podendo seu titular reivindicar seu direito em ação ordinária.
2. Conta-se o referido prazo a partir da ciência do ato coator, desprezando-se o primeiro e incluindo-se o último.

#### E) Efeitos da Decisão

##### Liminar

- O juiz poderá, inclusive sem ouvir a outra parte – inaudita altera partes conceder medida liminar a fim de suspender o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica (Art. 7º, inciso III da Lei 12.016/2009).
- Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento.
- Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.
- Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.
  - Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento.

##### Sentença

- Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.
- A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.
- Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

#### F) Hipóteses de Não cabimento

- Legais (Lei 12.016/2009)

- a) contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público (Art. 1º, § 2º)
- b) contra ato contra o qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução (Art. 5º, I)
- c) contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo (Art. 5º, II);
- d) contra decisão judicial transitada em julgado (Art. 5º, III).

- Jurisprudência do STF – Contra lei em tese

Súmula 266 - Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.

#### **5.1.5.4. Mandado de Segurança Coletivo**

Tudo que se disse acerca do mandado de segurança individual serve também para se referir ao mandado de segurança, cuja diferença em relação àquele writ são as seguintes:

- a) Direitos Protegidos: coletivos, assim entendidos, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; e os individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.
- b) Legitimados: partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.
- c) Efeitos da Coisa Julgada: no mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

#### **5.1.5.5. Mandado de Injunção**

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

A) Objeto de Proteção: direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania contra a ineficácia provocada pela inércia do legislador ordinário.

## B) Requisitos

- ausência da norma regulamentadora de uma norma constitucional de eficácia limitada, que declare direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;
- concreta inviabilidade de sua plena fruição pelo seu titular ou a sua inviabilidade decorrente da ausência de norma regulamentadora do direito constitucional

## C) Efeitos da Decisão

1- Teoria não-concretista: ao Poder Judiciário caberia apenas o reconhecimento formal da inércia legislativa e, conseqüente comunicação ao órgão competente para a elaboração da norma regulamentadora necessária ao exercício do direito constitucional inviabilizado.

2- Teoria concretista geral: Adotada recentemente em algumas decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal (ex. MI 670, 708 e 712), preconiza que, diante da ausência de norma regulamentadora, cabe ao Poder Judiciário o suprimento da lacuna. Deste modo, o Judiciário, mediante sentença, regularia a omissão em caráter geral, ou seja, além de viabilizar o exercício do direito pelo impetrante do MI, também estenderia os efeitos a todos aqueles em idêntica situação (efeito erga omnes).

3- Teoria concretista individual: Também está sendo adotada pelo STF em algumas situações (ex. MI 721). Segundo este entendimento, diante da lacuna, o Poder Judiciário deve criar a regulamentação para o caso específico. Ou seja, a decisão viabiliza o exercício do direito somente pelo impetrado, vez que a decisão teria efeitos inter partes.

4- Teoria concretista intermediária: Traduz-se na fusão da teoria não-concretista com a teoria concretista individual, vez que, preconiza o dever do Poder Judiciário, em um primeiro momento, de limitar-se a declarar a omissão ao órgão responsável pela elaboração da norma regulamentadora, fixando-lhe prazo para suprimento da lacuna. Expirado o prazo assinalado pelo Poder Judiciário, ficaria este autorizado a suprir a lacuna para o caso concreto, isto é, somente para o impetrante.

### **5.1.5.6. Habeas Data (Lei 9.507/97)**

#### A) Hipóteses de Cabimento

- Constitucionais:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

- Legal:

Art. 7º, III - para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

B) Objeto de Proteção: o direito à informação (conhecimento, retificação e anotação nos assentamentos) referentes à pessoa do impetrante, em face da negativa de que detém essas informações.

C) Banco de Dados de Caráter Público: considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.

D) Requisitos da Petição Inicial

A lei 9.507/97 estabelece que, além dos requisitos genéricos que são elencados nos artigos 282 a 285 do Código de Processo Civil, deverá a petição inicial ser instruída com prova:

a) da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão;

b) da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou

c) da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.

5.1.5.7. Ação Popular

A) Previsão Constitucional

Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

B) Objeto de Proteção: patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural contra o ato lesivo.

C) Ato Lesivo: é aquele que é ato ilegal ou imoral, ou que cause um prejuízo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

D) Partes

- Polo Ativo: qualquer cidadão, isto é, qualquer nacional (brasileiro nato ou naturalizado) que esteja apto a exercer seus direitos políticos, ou seja, que possua título de eleitor e não tenha praticado nenhuma das condutas descritas no art. 15 da Constituição de 1988.

- Polo Passivo: nos termos do art. 6º da Lei 4.717/1965, a ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

E) Desistência da Ação pelo Autor Originário

Se o autor desistir da ação ou der motivação à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motivação à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

F) Da Sentença

A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.

A sentença incluirá sempre, na condenação dos réus, o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como o dos honorários de advogado.

Caso decorridos 60 (sessenta) dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução. o representante do Ministério Público a promoverá nos 30 (trinta) dias seguintes, sob pena de falta grave.

É sempre permitida às pessoas ou entidades referidas no art. 1º, ainda que hajam contestado a ação, promover, em qualquer tempo, e no que as beneficiar a execução da sentença contra os demais réus.

A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Da sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973)

### **Referências**

ATCHABAHIAN, Serge. Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas. São Paulo: RCS Editora, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARMELSTEIN. George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 3ª Ed. São Paulo. Saraiva: 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang e outros. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2012.



## MÓDULO III

### 1. DIREITO À NACIONALIDADE, 2. DIREITOS POLÍTICOS

#### 1. Direito à Nacionalidade

**1.1. Conceito de Nacionalidade:** vínculo jurídico-político de Direito Público interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado;

No Direito Constitucional vigente, os termos nacionalidade e cidadania, ou nacional e cidadão, têm sentido distinto;

#### 1.2. Espécies de Nacionalidade

**1.2.1. Originária (Primária):** caracteriza-se por ser involuntária, ou seja, não depende da vontade do indivíduo, mas apenas do Estado; e resulta de um fato natural: o nascimento.

**1.2.2. Secundária:** depende da combinação da vontade do indivíduo com a aquiescência do Estado, sem a qual não se adquire a nacionalidade.

#### 1.3. Modos de Aquisição da Nacionalidade Originária

**1.3.1. *jus sanguinis*** - critério de sangue, se confere a nacionalidade em função do vínculo de sangue reputando-se os nacionais ou dependentes de nacionais;

**1.3.2. *jus solis*** - o critério de origem territorial, pelo qual se atribui a nacionalidade a quem nasce no território do Estado de que se trata

#### 1.4. Direito de Nacionalidade na Constituição de 1988.

##### 1.4.1. O Brasileiro Nato (Art. 12, I, alíneas “a”, “b” e “c”):

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 54, de 2007)

##### 1.4.2. Brasileiro Naturalizado (Art. 12, II, alíneas “a” e “b”)

###### 1.4.2.1. Naturalização Ordinária:

a – primeira parte: é a concedida ao estrangeiro residente no país, que preencha os requisitos previstos na lei de naturalização (Lei 13.445/2017, art. 65<sup>30</sup> e seguintes)

---

<sup>30</sup> Art. 65. Será concedida a naturalização ordinária àquele que preencher as seguintes condições:

I - ter capacidade civil, segundo a lei brasileira;

II - ter residência em território nacional, pelo prazo mínimo de 4 (quatro) anos;

III - comunicar-se em língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando; e

IV - não possuir condenação penal ou estiver reabilitado, nos termos da lei.

a – segunda parte: exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral (art. 12, II, a);

b) extraordinária: é reconhecida aos estrangeiros, residente no Brasil há mais de 15 anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira (Art. 12, II, b)

#### **1.4.3. A Condição do Português (Art.12, § 1º)**

A Constituição de 1988 equiparou o português ao brasileiro naturalizado, desde que preenchidos os seguintes requisitos:

a) residência permanente no País;

b) reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.(Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)

#### **1.5. Efeitos da Naturalização**

A Lei 13.445/2017 prevê os efeitos do ato de naturalização, nos seguintes termos:

Art. 73. A naturalização produz efeitos após a publicação no Diário Oficial do ato de naturalização.

#### **1.6. Distinção entre o Nato e o Naturalizado**

A Constituição de 1988 veda expressamente a criação, por lei, de distinções entre o brasileiro nato e o naturalizado, nos termos do art. 12, § 2º, podendo,, entretanto, o próprio texto constitucional estabelecê-las, nos seguintes termos:

§ 2º - A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.

E o texto constitucional estabeleceu as seguintes distinções:

a) Extradicação (Art. 5º, LI): nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

#### **b) Cargos e Funções Privativos do Brasileiro Nato**

##### **Art.12, § 3º:**

I - de Presidente e Vice-Presidente da República;

II - de Presidente da Câmara dos Deputados;

III - de Presidente do Senado Federal;

IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

V - da carreira diplomática;

VI - de oficial das Forças Armadas.

VII - de Ministro de Estado da Defesa(Incluído pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

#### **Art. 89, VII.**

Art. 89. O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam:

(...) VII - seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.

### **c) A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (Art. 222, CF).**

Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002)

## **1.7. Hipóteses de Perda da Nacionalidade Brasileira**

### **1.7.1. Naturalizado**

O naturalizado poderá perder seu status jurídico de brasileiro nas seguintes hipóteses:

#### **- Prevista na Constituição Federal**

I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

#### **- Prevista no Estatuto do Estrangeiro**

Art. 22. Perde a nacionalidade o brasileiro:

I - que, por naturalização voluntária, adquirir outra nacionalidade;

II - que, sem licença do Presidente da República, aceitar, de governo estrangeiro, comissão, emprêgo ou pensão;

### **1.6.2. Nato (Art. 12, § 4º, II)**

II - adquirir outra nacionalidade, salvo no casos:

a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; (Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)

b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis; (Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)

## **1.7. Possibilidade de Reaquisição da Nacionalidade**

Embora a Constituição de 1988 não tenha previsto o procedimento para reaquisição da nacionalidade brasileira, a Lei 13.445/2017 traz o meio pelo qual isso acontece. Vejamos.

Art. 76. O brasileiro que, em razão do previsto no inciso II do § 4º do art. 12 da Constituição Federal, houver perdido a nacionalidade, uma vez cessada a causa, poderá readquiri-la ou ter o ato que declarou a perda revogado, na forma definida pelo órgão competente do Poder Executivo.

## **1.8. Situação do Estrangeiro no Brasil**

### **a) Titularidade dos Direitos e Garantias Fundamentais**

“O súdito estrangeiro, mesmo aquele sem domicílio no Brasil, tem direito a todas as prerrogativas básicas que lhe assegurem a preservação do status libertatis e a observância, pelo Poder Público, da cláusula constitucional do due process. O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do habeas corpus, em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso País não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. (HC 94.016, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-2008, Segunda Turma, DJE de 27-2-2009.)

### **b) Da Deportação**

Art. 57. Nos casos de entrada ou estada irregular de estrangeiro, se este não se retirar voluntariamente do território nacional no prazo fixado em Regulamento, será promovida sua deportação. (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

Art. 58. A deportação consistirá na saída compulsória do estrangeiro. (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

### **c) Da Expulsão**

Art. 65. É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais. (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

### **d) Da Extradicação**

Art. 76. A extradicação poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade. (Renumerado e alterado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81).

## **2. Dos Direitos Políticos**

**2.1. Conceito:** conjunto de normas legais permanentes que regulam o direito democrático de participação do povo no governo. Ou ainda, é o conjunto de normas que regula a atuação da soberania popular, como desdobramento do princípio democrático (Art. 1º, parágrafo único da CF)

### **2.2. Dos Instrumentos de Participação Política Previstos na Constituição de 1988.**

Para dar concretude à norma contida no art. 1º, parágrafo único, o Constituinte de 1988 estabeleceu alguns instrumentos de participação do cidadão na vida política do Estado Democrático, e fê-lo nos termos do art. 14, da seguinte maneira:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo **sufrágio** universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

- I - plebiscito;
- II - referendo;
- III - iniciativa popular.

Daí, temos:

### **2.2.1. Instrumento de Participação Direta:**

**Plebiscito** – Art. 2º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.

**Referendo** - Artigo 11 - O referendo pode ser convocado no prazo de trinta dias, a contar da promulgação de lei ou adoção de medida administrativa, que se relacione de maneira direta com a consulta popular.

**Iniciativa Popular** - Artigo 13 - A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

**Ação Popular** – Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

**Concurso Público** – Art. 37, II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

### **2.2.1. Direito de Sufrágio – direito de votar e de ser votado**

Das palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA, colhemos um profícuo conceito de sufrágio, senão, vejamos:

[...] é um direito público subjetivo de natureza política, que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de participar da organização e da atividade do poder estatal; nele consubstancia-se o consentimento do povo que legitima o exercício do poder; aí estando sua função primordial, que é a seleção e nomeação das pessoas que hão de exercer as atividades governamentais.

#### **2.2.1.1. Sufrágio, Voto e Escrutínio**

**Sufrágio:** é o direito subjetivo de poder exercer a cidadania.

**Voto:** designa o exercício do direito de sufrágio.

**Escrutínio:** representa a forma de exercício do voto.

#### **2.2.1.2. A Importância do Voto Para a Soberania Popular**

Personalidade de Voto: é indispensável para a realização dos atributos da sinceridade e autenticidade, significando que o eleitor deverá estar presente e votar ele próprio, não se admitindo, os votos por correspondência ou por procuração;

Liberdade de voto é fundamental para sua autenticidade e eficácia, manifestando-se não apenas pela preferência a um ou outro candidato, mas também pela faculdade de votar em branco ou de anular o voto.

## **2.2.2. Classificação dos Direitos Políticos**

**2.2.1. Direitos Políticos Positivos** - Consiste no direito de votar e de postular a designação pelos eleitores a um mandado político no Legislativo ou no Executivo, subdividem-se em:

**2.2.1.1. Direitos Políticos Positivos Ativos** – capacidade eleitoral ativo, isto é, direito de votar, devendo o cidadão atender às seguintes condições:

Nos termos do art. 14, § 3º, são condições de elegibilidade:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o pleno exercício dos direitos políticos;

III - o alistamento eleitoral;

IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;

**2.2.2.2. Direitos Políticos Positivos Passivos** - normas que regulamentam o direito de postulação a um mandado eletivo, defendendo, para tanto, o cidadão cumprir as seguintes condições (elegibilidade), além das quatro indicadas para poder votar:

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

V - a filiação partidária;

VI - a idade mínima de:

## **2.2.2. Direitos Políticos Negativos**

**a) Conceito:** são àquelas determinações constitucionais que, de uma forma ou de outra, importem em privar o cidadão do direito de participação no processo político e nos órgãos governamentais.

**b) Conteúdo:** compõem-se das regras que privam o cidadão, pela perda definitiva ou temporária, da totalidade dos direitos políticos de votar e ser votado, bem como daquelas regras que determinam restrições à elegibilidade do cidadão.

### **c) Abrangência**

#### **c.1) Privação dos Direitos Políticos**

**Perda dos direitos políticos:** consiste na privação definitiva dos direitos políticos, com o que o indivíduo perde sua condição de eleitor e todos os direitos de cidadania nela fundados.

**Suspensão dos direitos políticos:** consiste na sua privação temporária; só pode ocorrer por uma dessas três causas: incapacidade civil absoluta; condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; improbidade administrativa.

As hipóteses de privação dos Direitos Políticos vêm dispostas no art. Art. 15 da Constituição de 1988, nos seguintes termos:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

## **c.2) Inelegibilidades**

### **- Espécies**

Inelegibilidades absolutas: implicam impedimento eleitoral para qualquer cargo eletivo e estão previstas, taxativamente, no art. 14, § 4º, nas seguintes palavras:

§ 4º - São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

Inelegibilidades Relativas: constituem restrições à elegibilidade para determinados mandatos em razão de situações especiais em que, no momento da eleição se encontre o cidadão;

### **Das Inelegibilidades Relativas em Espécie**

#### **Funcional**

##### **Por Motivo da Reeleição**

Art. 14, § 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997)

##### **Por Motivo de Desincompatibilização**

Art. 14, § 6º - Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

#### **Reflexa**

§ 7º - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

#### **Militares**

§ 8º - O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

#### **Legais**

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência

do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)

### **3. Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo**

Art. 14, § 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§ 11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

**Legitimados:** Ministério Público Eleitoral, os partidos políticos, as coligações e os candidatos são legitimados ativos

### **4. Princípio da Anterioridade da Lei Eleitoral**

Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993)

### **5. Dos Partidos Políticos**

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: Regulamento

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006)

§ 2º - Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

§ 4º - É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

## ANEXO

### I. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO À NACIONALIDADE

#### 1. A nacionalidade é assunto que se insere na órbita da soberania do Estado brasileiro

"As hipóteses de outorga da nacionalidade brasileira, quer se trate de nacionalidade primária ou originária (da qual emana a condição de brasileiro nato), quer se cuide de nacionalidade secundária ou derivada (da qual resulta o status de brasileiro naturalizado), decorrem, exclusivamente, em função de sua natureza mesma, do texto constitucional, pois a questão da nacionalidade traduz matéria que se sujeita, unicamente, quanto à sua definição, ao poder soberano do Estado brasileiro." (HC 83.113-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-6-2003, Segunda Turma, DJ de 29-8-2003.)

#### 2. Extradicação e aquisição de outra nacionalidade originária

O brasileiro nato, quaisquer que sejam as circunstâncias e a natureza do delito, não pode ser extraditado, pelo Brasil, a pedido de Governo estrangeiro, pois a CR, em cláusula que não comporta exceção, impede, em caráter absoluto, a efetivação da entrega extradicional daquele que é titular, seja pelo critério do jus soli, seja pelo critério do jus sanguinis, de nacionalidade brasileira primária ou originária. Esse privilégio constitucional, que beneficia, sem exceção, o brasileiro nato (CF, art. 5º, LI), não se descaracteriza pelo fato de o Estado estrangeiro, por lei própria, haver-lhe reconhecido a condição de titular de nacionalidade originária pertinente a esse mesmo Estado (CF, art. 12, § 4º, II, a). Se a extradicação não puder ser concedida, por inadmissível, em face de a pessoa reclamada ostentar a condição de brasileira nata, legitimar-se-á a possibilidade de o Estado brasileiro, mediante aplicação extraterritorial de sua própria lei penal (CP, art. 7º, II, b, e respectivo § 2º) – e considerando, ainda, o que dispõe o Tratado de Extradicação Brasil/Portugal (Art. IV) –, fazer instaurar, perante órgão judiciário nacional competente (CPP, art. 88), a concernente persecutio criminis, em ordem a impedir, por razões de caráter ético-jurídico, que práticas delituosas, supostamente cometidas, no exterior, por brasileiros (natos ou naturalizados), fiquem impunes." (HC 83.113-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-6-2003, Plenário, DJ de 29-8-2003.)

#### 3. A opção de nacionalidade tem caráter personalíssimo

São brasileiros natos os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que venham a residir no Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira. A opção pode ser feita a qualquer tempo, desde que venha o filho de pai brasileiro ou de mãe brasileira, nascido no estrangeiro, a residir no Brasil. Essa opção somente pode ser manifestada depois de alcançada a maioridade. É que a opção, por decorrer da vontade, tem caráter personalíssimo. Exige-se, então, que o optante tenha capacidade plena para manifestar a sua vontade, capacidade que se adquire com a maioridade. Vindo o nascido no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, a residir no Brasil, ainda menor, passa a ser considerado brasileiro nato, sujeita essa nacionalidade a manifestação da vontade do interessado, mediante a opção, depois de atingida a maioridade. Atingida a maioridade, enquanto não manifestada a opção, esta passa a constituir-se em condição suspensiva da nacionalidade

brasileira." (RE 418.096, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 22-3-2005, Segunda Turma, DJ de 22-4-2005.) No mesmo sentido: RE 415.957, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 23-8-2005, Primeira Turma, DJ de 16-9-2005.

#### **4. O filho de brasileiro nascido no em país estrangeiro antes do registro e da opção de nacionalidade**

“Extradição: inadmissibilidade: extraditando que – por força de opção homologada pelo juízo competente – é brasileiro nato (Constituição, art. 12, I, c): extinção do processo de extradição, anteriormente suspenso enquanto pendia a opção da homologação judicial (...).” (Ext 880-QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18-3-2004, Plenário, DJ de 16-4-2004.)

Nacionalidade brasileira de quem, nascido no estrangeiro, é filho de pai ou mãe brasileiros, que não estivesse a serviço do Brasil: evolução constitucional e situação vigente. Na Constituição de 1946, até o termo final do prazo de opção – de quatro anos, contados da maioridade –, o indivíduo, na hipótese considerada, se considerava, para todos os efeitos, brasileiro nato sob a condição resolutiva de que não optasse a tempo pela nacionalidade pátria. Sob a Constituição de 1988, que passou a admitir a opção ‘em qualquer tempo’ – antes e depois da EC de revisão 3/1994, que suprimiu também a exigência de que a residência no País fosse fixada antes da maioridade, altera-se o status do indivíduo entre a maioridade e a opção: essa, a opção – liberada do termo final ao qual anteriormente subordinada –, deixa de ter a eficácia resolutiva que, antes, se lhe emprestava, para ganhar – desde que a maioridade a faça possível – a eficácia de condição suspensiva da nacionalidade brasileira, sem prejuízo – como é próprio das condições suspensivas –, de gerar efeitos ex tunc, uma vez realizada. A opção pela nacionalidade, embora potestativa, não é de forma livre: há de fazer-se em juízo, em processo de jurisdição voluntária, que finda com a sentença que homologa a opção e lhe determina a transcrição, uma vez acertados os requisitos objetivos e subjetivos dela. Antes que se complete o processo de opção, não há, pois, como considerá-lo brasileiro nato. (...) Pendente a nacionalidade brasileira do extraditando da homologação judicial ex tunc da opção já manifestada, suspende-se o processo extradicional (CPC art. 265, IV, a).” (AC 70-QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 25-9-2003, Plenário, DJ de 12-3-2004.)

#### **5. Naturalização Compulsória**

Não se revela possível, em nosso sistema jurídico-constitucional, a aquisição da nacionalidade brasileira jure matrimonii, vale dizer, como efeito direto e imediato resultante do casamento civil. Magistério da doutrina.” (Ext 1.121, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-12-2009, Plenário, DJE de 25-6-2010.)

#### **6. Naturalização e necessidade de requerimento**

A norma inscrita no art. 12, § 1º, da CR – que contempla, em seu texto, hipótese excepcional de quase-nacionalidade – não opera de modo imediato, seja quanto ao seu conteúdo eficaz, seja no que se refere a todas as consequências jurídicas que dela derivam, pois, para incidir, além de supor o pronunciamento aquiescente do Estado brasileiro, fundado em sua própria soberania, depende, ainda, de requerimento do súdito português interessado, a quem se impõe, para tal efeito, a obrigação de preencher os requisitos estipulados pela Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre brasileiros e portugueses." (Ext 890, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 5-8-2004, Primeira Turma, DJ de 28-10-2004.) No mesmo sentido: HC 100.793, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 2-12-2010, Plenário, DJE de 1º-2-2011.

## **7. As hipóteses constitucionais de perda da nacionalidade são um rol exaustivo**

A perda da nacionalidade brasileira, por sua vez, somente pode ocorrer nas hipóteses taxativamente definidas na CR, não se revelando lícito, ao Estado brasileiro, seja mediante simples regramento legislativo, seja mediante tratados ou convenções internacionais, inovar nesse tema, quer para ampliar, quer para restringir, quer, ainda, para modificar os casos autorizadores da privação – sempre excepcional – da condição político-jurídica de nacional do Brasil." (HC 83.113-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-3-2003, Plenário, DJ de 29-8-2003.)

## **8. Irreversibilidade da naturalização**

"Conforme revela o inciso I do § 4º do art. 12 da CF, o ministro de Estado da Justiça não tem competência para rever ato de naturalização." (RMS 27.840, rel. p/ o ac. min. Marco Aurélio, julgamento em 7-2-2013, Plenário, DJE de 27-8-2013.)

## **II. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS DIREITOS POLÍTICOS**

### **1. A proibição de um terceiro mandato consecutivo do prefeito**

"O instituto da reeleição tem fundamento não somente no postulado da continuidade administrativa, mas também no princípio republicano, que impede a perpetuação de uma mesma pessoa ou grupo no poder. O princípio republicano condiciona a interpretação e a aplicação do próprio comando da norma constitucional, de modo que a reeleição é permitida por apenas uma única vez. Esse princípio impede a terceira eleição não apenas no mesmo Município, mas em relação a qualquer outro Município da federação. Entendimento contrário tornaria possível a figura do denominado 'prefeito itinerante' ou do 'prefeito profissional', o que claramente é incompatível com esse princípio, que também traduz um postulado de temporariedade/alternância do exercício do poder. Portanto, ambos os princípios – continuidade administrativa e republicanismo – condicionam a interpretação e a aplicação teleológicas do art. 14, § 5º, da Constituição. O cidadão que exerce dois mandatos consecutivos como prefeito de determinado Município fica inelegível para o cargo da mesma natureza em qualquer outro Município da federação." (RE 637.485, rel. min.

Gilmar Mendes, julgamento em 1º-8-2012, Plenário, DJE de 21-5-2013, com repercussão geral.)

## **2. A inelegibilidade para um terceiro mandato consecutivo e o vice**

“(…) Vice-prefeito que ocupou o cargo de prefeito por força de decisão judicial que determinou o afastamento do titular. Registro de candidatura a uma terceira assunção na chefia do Poder Executivo municipal. (...) Nos termos do § 5º do art. 14 da CF, os prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.” (RE 464.277-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 9-10-2007, Primeira Turma, DJE de 4-4-2008.) No mesmo sentido: RE 756.073-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 17-12-2013, Segunda Turma, DJE de 13-2-2014.

"Vice-governador eleito duas vezes para o cargo de vice-governador. No segundo mandato de vice, sucedeu o titular. Certo que, no seu primeiro mandato de vice, teria substituído o governador. Possibilidade de reeleger-se ao cargo de governador, porque o exercício da titularidade do cargo dá-se mediante eleição ou por sucessão. Somente quando sucedeu o titular é que passou a exercer o seu primeiro mandato como titular do cargo. Inteligência do disposto no § 5º do art. 14 da CF." (RE 366.488, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-10-2005, Segunda Turma, DJ de 28-10-2005.) No mesmo sentido: AI 782.434-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-2-2011, Primeira Turma, DJE de 24-3-2011.

## **3. Desnecessidade de desincompatibilização do chefe do executivo que pretenda concorrer à reeleição.**

“Alegação de inconstitucionalidade a) da interpretação dada ao parágrafo 5º do art. 14 da Constituição, na redação da EC 16/1997, ao não exigir a renúncia aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito, para o titular concorrer à reeleição (...). Na redação original, o § 5º do art. 14 da Constituição era regra de inelegibilidade absoluta. Com a redação resultante da EC 16/1997, o § 5º do art. 14 da Constituição passou a ter a natureza de norma de elegibilidade. Distinção entre condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade. Correlação entre inelegibilidade e desincompatibilização, atendendo-se esta pelo afastamento do cargo ou função, em caráter definitivo ou por licenciamento, conforme o caso, no tempo previsto na Constituição ou na Lei de Inelegibilidades. Não se tratando, no § 5º do art. 14 da Constituição, na redação dada pela EC 16/1997, de caso de inelegibilidade, mas, sim, de hipótese em que se estipula ser possível a elegibilidade dos chefes dos Poderes Executivos, federal, estadual, distrital, municipal e dos que os hajam sucedido ou substituído no curso dos mandatos, para o mesmo cargo, para um período subsequente, não cabe exigir-lhes desincompatibilização para concorrer ao segundo mandato, assim constitucionalmente autorizado. Somente a Constituição poderia, de expresso, estabelecer o afastamento do cargo, no prazo por ela definido, como condição para concorrer à reeleição prevista no § 5º do art. 14 da Lei Magna, na redação atual. Diversa é a natureza da regra do § 6º do art. 14 da Constituição, que disciplina caso de inelegibilidade, prevendo-se, aí, prazo de desincompatibilização. A EC 16/1997 não alterou a norma do § 6º do art. 14 da Constituição. Na

aplicação do § 5º do art. 14 da Lei Maior, na redação atual, não cabe, entretanto, estender o disposto no § 6º do mesmo artigo, que cuida de hipótese distinta. A exegese conferida ao § 5º do art. 14 da Constituição, na redação da EC 16/1997, ao não exigir desincompatibilização do titular para concorrer à reeleição, não ofende o art. 60, § 4º, IV, da Constituição, como pretende a inicial, com expressa referência ao art. 5º, § 2º, da Lei Maior. Não são invocáveis, na espécie, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, da isonomia ou do pluripartidarismo, para criar, por via exegética, cláusula restritiva da elegibilidade prevista no § 5º do art. 14 da Constituição, na redação da EC 16/1997, com a exigência de renúncia seis meses antes do pleito, não adotada pelo constituinte derivado.” (ADI 1.805-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 26-3-1998, Plenário, DJ de 14-11-2003.)

#### **4. O STF e a inelegibilidade Reflexa**

“A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do art. 14 da CF.” (Súmula Vinculante 18.)

NOVO: “O Enunciado 18 da Súmula Vinculante do STF (...) não se aplica aos casos de extinção do vínculo conjugal pela morte de um dos cônjuges. Com base nessa orientação, o Plenário deu provimento a recurso extraordinário para deferir o registro de candidatura da recorrente. Discutia-se eventual inelegibilidade para reeleição de cônjuge supérstite que se elegera em pleito seguinte ao da morte do então detentor do cargo eletivo – ocorrida no curso do mandato, com regular secessão do vice. A recorrente, eleita prefeita em 2008, ano seguinte ao falecimento de seu marido (2007), e reeleita em 2012, fora afastada do cargo (2013) pelo TSE, que indeferira o registro de sua candidatura, sob o fundamento de configuração de terceiro mandato consecutivo do mesmo grupo familiar. O Plenário ressaltou que o § 7º do art. 14 da CF (...) restringiria a capacidade eleitoral passiva, ao prever hipóteses de inelegibilidade reflexa ou indireta. Afirmou que a referida norma teria por objetivo impedir a hegemonia política de um mesmo grupo familiar, ao dar efetividade à alternância no poder, preceito básico do regime democrático. Destacou que, atualmente, a Corte viria interpretando teleologicamente o dispositivo constitucional em questão no sentido de que a dissolução do vínculo matrimonial no curso do mandato não afastaria a inelegibilidade nos casos em que houvesse evidente fraude na separação ou divórcio, com o intuito de burlar a vedação constitucional e perpetuar o grupo familiar no poder. (...) Explicou que a morte, além de fazer desaparecer o ‘grupo político familiar’, impediria que os aspirantes ao poder se beneficiassem de eventuais benesses que o titular lhes poderia proporcionar. Enfatizou que raciocínio contrário representaria perenização dos efeitos jurídicos de antigo casamento, desfeito pelo falecimento, para restringir direito constitucional de concorrer à eleição. Frisou que o aludido preceito da Constituição, norma que imporia limitação de direito, sobretudo concernente à cidadania, deveria ter sua interpretação igualmente restritiva, de modo a não comportar ampliação. Consignou que haveria outras especificidades do caso que não poderiam ser desprezadas: a) o falecimento ter ocorrido mais de um ano antes do pleito, dentro, portanto, do prazo para desincompatibilização do ex-prefeito; b) a cônjuge supérstite

haver concorrido contra o grupo político do ex-marido; c) a recorrente ter se casado novamente durante seu primeiro mandato e constituído nova instituição familiar; e d) o TSE ter respondido à consulta, para assentar a elegibilidade de candidatos que, em tese, estivessem em situação idêntica à dos autos. Registrou que o fundamento para a edição do Verbete 18 da Súmula Vinculante do STF fora a ocorrência de separações e divórcios fraudulentos, como forma de obstar a incidência da inelegibilidade. Aludiu que a hipótese ora versada, de extinção do vínculo matrimonial pela morte de um dos cônjuges, certamente não teria sido considerada na oportunidade." (RE 758.461, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 22-5-2014, Plenário, Informativo 747, com repercussão geral.)

"Elegibilidade de ex-cônjuge de prefeito reeleito. Cargo de vereador. Impossibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição. Separação judicial no curso do segundo mandato eletivo. Separação de fato no curso do primeiro mandato eletivo. Oportuna desincompatibilização. Inocorrência. (...) A dissolução da sociedade conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da CF. Se a separação judicial ocorrer em meio à gestão do titular do cargo que gera a vedação, o vínculo de parentesco, para os fins de inelegibilidade, persiste até o término do mandato, inviabilizando a candidatura do ex-cônjuge ao pleito subsequente, na mesma circunscrição, a não ser que aquele se desincompatibilize seis meses antes das eleições." (RE 568.596, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 1º-10-2008, Plenário, DJE de 21-11-2008, com repercussão geral.)

"Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da CB. O art. 14, § 7º, da CB, deve ser interpretado de maneira a dar eficácia e efetividade aos postulados republicanos e democráticos da Constituição, evitando-se a perpetuidade ou alongada presença de familiares no poder." (RE 543.117-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-6-2008, Segunda Turma, DJE de 22-8-2008.)

"Registro de candidatura ao cargo de prefeito. Eleições de 2004. Art. 14, § 7º, da CF. Candidato separado de fato da filha do então prefeito. Sentença de divórcio proferida no curso do mandato do ex-sogro. Reconhecimento judicial da separação de fato antes do período vedado. Interpretação teleológica da regra de inelegibilidade. A regra estabelecida no art. 14, § 7º da CF, iluminada pelos mais basilares princípios republicanos, visa obstar o monopólio do poder político por grupos hegemônicos ligados por laços familiares. Precedente. Havendo a sentença reconhecido a ocorrência da separação de fato em momento anterior ao início do mandato do ex-sogro do recorrente, não há falar em perenização no poder da mesma família (...)." (RE 446.999, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 28-6-2005, Segunda Turma, DJ de 9-9-2005.)

"A evolução do direito eleitoral brasileiro, no campo das inelegibilidades, girou durante décadas em torno do princípio basilar da vedação de reeleição para o período imediato dos titulares do Poder Executivo: regra introduzida, como única previsão constitucional de inelegibilidade, na primeira Carta Política da República (Constituição 1891, art. 47, § 4º), a proibição se manteve incólume ao advento dos textos posteriores, incluídos os que regeram as fases de mais acendrado autoritarismo (assim, na Carta de 1937, os arts. 75 a 84, embora equívocos, não chegaram à admissão explícita da reeleição; e a de 1969 (art. 151, § 1º, a) manteve-lhe o veto

absoluto). As inspirações da irreelegibilidade dos titulares serviram de explicação legitimadora da inelegibilidade de seus familiares próximos, de modo a obviar que, por meio da eleição deles, se pudesse conduzir ao continuísmo familiar. Com essa tradição uniforme do constitucionalismo republicano, rompeu, entretanto, a EC16/1997, que, com a norma permissiva do § 5º do art. 14 CF, explicitou a viabilidade de uma reeleição imediata para os chefes do Executivo. Subsistiu, no entanto, a letra do § 7º, atinente a inelegibilidade dos cônjuges e parentes, consanguíneos ou afins, dos titulares tornados reelegíveis, que, interpretado no absolutismo da sua literalidade, conduz a disparidade ilógica de tratamento e gera perplexidades invencíveis. Mas é lugar comum que o ordenamento jurídico e a Constituição, sobretudo, não são aglomerados caóticos de normas; presumem-se um conjunto harmônico de regras e de princípios: por isso, é impossível negar o impacto da EC 16 sobre o § 7º do art. 14 da Constituição, sob pena de consagrar-se o paradoxo de impor-se ao cônjuge ou parente do causante da inelegibilidade o que a este não se negou: permanecer todo o tempo do mandato, se candidato à reeleição, ou afastar-se seis meses, para concorrer a qualquer outro mandato eletivo. Nesse sentido, a evolução da jurisprudência do TSE, que o STF endossa, abandonando o seu entendimento anterior." (RE 344.882, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 7-4-2003, Plenário, DJ de 6-8-2004.)

"Art. 14, § 7º, parte final, da CF. Cláusula de inelegibilidade. Exceção. Interpretação restritiva que alcança, tão somente, os titulares de mandato eletivo e não beneficia os suplentes." (RE 409.459, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 20-4-2004, Segunda Turma, DJ de 4-6-2004.)

"Inelegibilidade de cunhado de Governador (art. 14, § 7º, da Constituição). Condição a ser objetivamente verificada, sem caber a indagação subjetiva, acerca da filiação partidária das pessoas envolvidas, da animosidade ou rivalidade política entre elas prevalecente, bem como dos motivos que haveriam inspirado casamento gerador da afinidade causadora da inelegibilidade." (RE 236.948, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 24-9-1998, Plenário, DJ de 31-8-2001.)

"É inelegível o filho do prefeito titular que haja exercido por qualquer tempo o mandato no período imediatamente anterior – Constituição art. 14, § 7º – sem que se possa considerar modificado esse preceito ante a redação dada ao § 5º do mesmo art. 14, pela Emenda 16, de 1997." (RE 247.416, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 29-2-2000, Primeira Turma, DJ de 31-3-2000.)

"A causa de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição alcança a cunhada de governador quando concorre a cargo eletivo de Município situado no mesmo Estado." (RE 171.061, Rel. Min. Francisco Rezek, julgamento em 2-3-1994, Plenário, DJ de 25-8-1995.)

"Inelegibilidade da candidata eleita vereadora, por ser casada religiosamente com o então titular do cargo de prefeito (...). Precedentes do

STF – RE 98.935-8/PI e RE 98.968/PB. No casamento eclesiástico há circunstâncias especiais, com características de matrimônio de fato, no campo das relações pessoais e, às vezes, patrimoniais, que têm relevância na esfera da ordem política, a justificar a incidência da inelegibilidade. 'Inexistência do parentesco afim resultante do vínculo religioso, em relação ao prefeito eleito – pai da vereadora inelegível, por sua união canônica com o ex-prefeito.' (...) Não se deve esquecer que os casos de inelegibilidade importam, sem dúvida, em restrição ao direito político dos cidadãos. Assim sendo, não vejo como admitir a inelegibilidade do prefeito eleito, à vista do alegado vínculo de afinidade entre ele e o titular do cargo por ser aquele pai da esposa eclesiástica, deste. Inexiste parentesco por afinidade resultante do vínculo religioso, em relação ao prefeito eleito." (RE 106.043, Rel. Min. Djaci Falcão, julgamento em 9-3-1988, Plenário, DJ de 4-6-1993.)

" É inelegível para o cargo de prefeito de Município resultante de desmembramento territorial o irmão do atual chefe do Poder Executivo do município-mãe. O regime jurídico das inelegibilidades comporta interpretação construtiva dos preceitos que lhe compõem a estrutura normativa. Disso resulta a plena validade da exegese que, norteadas por parâmetros axiológicos consagrados pela própria Constituição, visa a impedir que se formem grupos hegemônicos nas instâncias políticas locais. O primado da ideia republicana – cujo fundamento ético-político repousa no exercício do regime democrático e no postulado da igualdade – rejeita qualquer prática que possa monopolizar o acesso aos mandatos eletivos e patrimonializar o poder governamental, comprometendo, desse modo, a legitimidade do processo eleitoral." (RE 158.314, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15-12-1992, Primeira Turma, DJ de 12-2-1993.)

6. O Militar alistável que conte com menos de dez anos de serviço será afastado definitivamente ao se candidatar

“Diversamente do que sucede ao militar com mais de dez anos de serviço, deve afastar-se definitivamente da atividade o servidor militar que, contando menos de dez anos de serviço, pretenda candidatar-se a cargo eletivo.” (RE 279.469, Rel. p/ o ac. Min. Cezar Peluso, julgamento em 16-3-2011, Plenário, DJE de 20-6-2011.)

## **7. O militar alistável e a exigência de filiação partidária**

“Militar da ativa (sargento) com mais de dez anos de serviço. Elegibilidade. Filiação partidária. (...) Se o militar da ativa é alistável, é ele elegível (CF, art. 14, § 8º). Porque não pode ele filiar-se a partido político (CF, art 42, § 6º), a filiação partidária não lhe é exigível como condição de elegibilidade, certo que somente a partir do registro da candidatura é que será agregado (CF, art. 14, § 8º, II; Cód. Eleitoral, art. 5º, parágrafo único; Lei 6.880, de 1980, art. 82, XIV, § 4º).” (AI 135.452, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 20-9-1990, Plenário, DJ de 14-6-1991.)