

SINOPSES  
JURÍDICAS

17

*Teoria Geral da  
Constituição e Direitos  
Fundamentais*

Rodrigo César  
Rebello Pinho

## DADOS DE COPYRIGHT

### Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [Le Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

### Sobre nós:

O [Le Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: [LeLivros.Net](#) ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link

*Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.*



**SINOPSES  
JURÍDICAS**

*Rodrigo César Rebello Pinho*

Procurador de Justiça

*Teoria Geral da  
Constituição e Direitos  
Fundamentais*

**12ª edição**

**2012**

Volume 17





Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP  
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a  
6ª, das 8:30 às 19:30

E-mail [saraivajur@editorasaraiva.com.br](mailto:saraivajur@editorasaraiva.com.br)

Acesse [www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br)

## **FILIAIS**

### **AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE**

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-  
4782 – Manaus

### **BAHIA/SERGIPE**

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax:  
(71) 3381-0959 – Salvador

### **BAURU (SÃO PAULO)**

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax:  
(14) 3234-7401 – Bauru

### **CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO**

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384  
– Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

### **DISTRITO FEDERAL**

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone:  
(61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

### **GOIÁS/TOCANTINS**

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-  
2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

## **MATO GROSSO DO SUL / MATO GROSSO**

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

## **MINAS GERAIS**

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

## **PARÁ/AMAPÁ**

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

## **PARANÁ/SANTA CATARINA**

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

## **PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS**

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

## **RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)**

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

## **RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO**

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

## **RIO GRANDE DO SUL**

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

## **SÃO PAULO**

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

Pinho, Rodrigo César  
Rebello

Teoria geral da  
constituição e direitos  
fundamentais /

Rodrigo César Rebello

Pinho. – 12. ed. – São

Paulo : Saraiva,

2012. – (Coleção

sinopses jurídicas ; v. 17)

1. Brasil - Constituição

(1988) 2. Brasil - Direito

constitucional 3.

Constituição 4. Direito

constitucional. 5. Direitos  
humanos - Brasil 6.  
Garantias constitucionais  
I. Título. II. Série.  
CDU-342.4

Índice para catálogo sistemático:

1. Constituição : Teoria geral : Direito constitucional 342.4
2. Teoria geral da Constituição : Direito constitucional 342.4

**Diretor editorial** Luiz Roberto Curia

**Diretor de produção editorial** Lígia Alves

**Editor** Jônatas Junqueira de Mello

**Assistente editorial** Sirlene Miranda de Sales

**Produtora editorial** Clarissa Boraschi Maria

**Preparação de originais** Ana Cristina Garcia / Maria Izabel Barreiros  
Bitencourt Bressan

**Arte e diagramação** Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Lídia Pereira de  
Morais

**Revisão de provas** Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Luciene Ruzzi  
Brocchi

**Serviços editoriais** Andréa Patrícia da Silva / Vinicius Asevedo Vieira

**Capa** Aero Comunicação

**Produção gráfica** Marli Rampim

**Produção eletrônica** Ro Comunicação

# Data de fechamento da edição: 8-11-2011

Dúvidas?

Acesse [www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br)

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Capítulo I – Noções Fundamentais

1. Introdução
2. Estado
3. Formas de Estado
4. Formas de governo
5. Sistemas de governo
6. Regimes políticos

Capítulo II – Direito Constitucional

1. Conceito
2. Natureza jurídica
3. Origem

Capítulo III – Constituição

1. Conceito
2. Concepções de Constituição
3. Classificação das Constituições
  - 3.1. Quanto ao conteúdo
  - 3.2. Quanto à forma
  - 3.3. Quanto ao modo de elaboração
  - 3.4. Quanto à origem
  - 3.5. Quanto à estabilidade, mutabilidade, consistência ou alterabilidade
  - 3.6. Quanto ao modelo ou à sua extensão e finalidades
  - 3.7. Quanto ao tamanho ou extensão
  - 3.8. Quanto à dogmática ou à ideologia
  - 3.9. Quanto à concordância com a realidade

4. Classificação da Constituição brasileira de 1988

5. Supremacia da Constituição

6. Sinônimos de Constituição

7. Elementos da Constituição

#### Capítulo IV – Poder Constituinte

1. Conceito

2. Distinção

3. Origem

4. Espécies

4.1. Poder constituinte originário, de 1ª grau ou genuíno

4.2. Poder constituinte derivado, de 2ª grau, secundário, relativo ou limitado

5. Titularidade

6. Agentes do poder constituinte

7. Veículos do poder constituinte

8. Limites do poder constituinte

8.1. Limites circunstanciais

8.2. Limites materiais

8.3. Limites temporais ou formais

8.4. Limites procedimentais

8.5. Limites implícitos ou inerentes ou tácitos

9. Poder constituinte difuso

#### Capítulo V – Eficácia das normas Constitucionais

1. Introdução

2. Classificação tradicional

3. Outras classificações

4. Recepção no direito constitucional

5. Repristinação no direito constitucional

## 6. Desconstitucionalização

### 7. Vacatio constitutionis

## Capítulo VI – Controle da Constitucionalidade

### 1. Introdução

### 2. Fundamento

### 3. Origens do controle da constitucionalidade

### 4. Formas de inconstitucionalidade

#### 4.1. Inconstitucionalidade por ação

#### 4.2. Inconstitucionalidade por omissão

### 5. Formas de controle

### 6. Órgãos de controle

### 7. Critérios de controle

### 8. Meios de controle

### 9. Efeitos da decisão

### 10. Natureza da decisão

### 11. Controle da constitucionalidade no Brasil

### 12. Dois sistemas de controle da constitucionalidade: em abstrato e em concreto

### 13. Modalidades de ação direta

#### 13.1. Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) (CF, art. 102, I, a, primeira parte)

#### 13.2. Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) (CF, art. 102, I, a, segunda parte)

#### 13.3. Ação de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º)

#### 13.4. Representação interventiva (CF, art. 129, IV)

#### 13.5. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1º, ADPF)

### 14. Conceito de lei e ato normativo para efeito de controle em abstrato da constitucionalidade

### 15. Concessão de medida cautelar no controle em abstrato da

## constitucionalidade

### 16. Princípio da reserva de Plenário

### 17. Função do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União e do *Amicus Curiae* no controle em abstrato da constitucionalidade

### 18. Controle da constitucionalidade de leis municipais

### 19. Comunicação ao Senado Federal da declaração de inconstitucionalidade

### 20. Titularidade

### 21. Pertinência temática

### 22. Normas elaboradas antes da vigência da Constituição

### 23. Normas constitucionais inconstitucionais

### 24. Espécies de decisões proferidas no controle em abstrato da constitucionalidade

#### 24.1. Declaração de nulidade total

#### 24.2. Declaração de nulidade parcial

#### 24.3. Declaração parcial de nulidade sem redução de texto (Lei n. 9.868/99, art. 28, parágrafo único)

#### 24.4. Interpretação conforme a Constituição (Lei n. 9.868/99, art. 28, parágrafo único)

#### 24.5. Modulação temporal dos efeitos da decisão

### 25. Efeitos da decisão

### 26. Inconstitucionalidade progressiva ou lei ainda constitucional

### 27. Descumprimento de normas inconstitucionais

## Capítulo VII – Preâmbulo e Princípios Fundamentais

### 1. Preâmbulo (ou partes introdutórias)

### 2. Princípios fundamentais

#### 2.1. Introdução

#### 2.2. Conceito

#### 2.3. Finalidades dos princípios fundamentais

#### 2.4. Violação de princípios

2.5. Normas jurídicas: princípios e regras

2.6. Colisões de princípios e conflitos de regras

2.7. Princípios constitucionais fundamentais

3. Denominação atual do Estado brasileiro

4. República

5. Federação

6. Estado Democrático de Direito

7. Fundamentos do Estado brasileiro

8. Separação de poderes

9. Objetivos fundamentais

## Capítulo VIII – Direitos e Garantias Fundamentais

1. Direitos fundamentais

2. Conceito

2.1. Características

3. Gerações ou dimensões de direitos fundamentais

3.1. Teoria dos quatro *status* de Jellinek

3.2. Classificação dos direitos fundamentais quanto ao conteúdo

4. Histórico dos direitos fundamentais

5. Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras

6. Direitos fundamentais, direitos do homem, direitos humanos, direitos do cidadão, direitos naturais, direitos civis e direitos políticos

7. Direitos individuais

7.1. Natureza

7.2. Direitos e garantias

7.3. Direitos e deveres individuais e coletivos

7.4. Direitos individuais explícitos e implícitos

7.5. Direitos individuais básicos

7.6. Rol não taxativo

[7.7. Aplicabilidade imediata](#)

[7.8. Tratados internacionais sobre direitos individuais.  
Posição hierárquica dos tratados internacionais](#)

[7.9. Destinatários dos direitos individuais](#)

[7.10. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais](#)

## [8. Direito à vida](#)

[8.1. Conceitos de vida e morte](#)

[8.2. Legislação infraconstitucional](#)

[8.3. Decorrências do direito à vida](#)

[8.3.1. Eutanásia](#)

[8.3.2. Pena de morte](#)

[8.3.3. Direito à integridade física](#)

[8.3.4. Direito à integridade moral](#)

[8.3.5. Venda de órgãos](#)

[8.3.6. Tortura](#)

## [9. Direito à liberdade ou às liberdades](#)

[9.1. Introdução](#)

[9.2. Teorias](#)

[9.3. Diversas liberdades](#)

[9.4. Classificação das liberdades de pensamento](#)

[9.5. Liberdade de pensamento](#)

[9.6. Vedação do anonimato](#)

[9.7. Direito de resposta](#)

[9.8. Liberdade de consciência](#)

[9.9. Liberdade de manifestação de pensamento](#)

[9.10. Proibição da censura e da licença](#)

[9.11. Liberdade de opinião e direito de crítica](#)

[9.12. Liberdade artística e os veículos de comunicação social](#)

[9.13. Direito de informação](#)

9.14. Liberdade de informação jornalística (art. 220, § 1º)

9.15. Sigilo da fonte

9.16. Liberdade de crença e de culto

9.17. Sistemas de relacionamento entre Igreja e Estado

9.18. Decorrências da liberdade religiosa

9.19. Liberdade de locomoção

9.20. Liberdades de expressão coletiva

9.21. Liberdade de reunião

9.22. Liberdade de associação

9.23. Liberdade de ação profissional

## 10. Direito de igualdade

10.1. Princípio da isonomia ou da igualdade

10.2. Fundamento

10.3. Conceito

10.4. Hipóteses válidas de tratamento diferenciado

10.5. Igualdade formal e igualdade material

10.6. Igualdade na lei e perante a lei

10.7. Igualdade entre os particulares

10.8. Igualdade entre homens e mulheres

10.9. Igualdade tributária

10.10. Cláusulas discriminatórias

10.11. Distinção em razão da idade

10.12. Distinções em razão de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional

10.13. Legislação infraconstitucional que tutela o princípio da igualdade

10.14. Ações afirmativas

10.15. Proibição de discriminação em razão de gênero ou sexo

## 11. Direito à segurança

11.1. Introdução

11.2. Abrangência

11.3. Princípio da legalidade

11.4. Segurança das relações jurídicas

11.5. Segurança em matéria pessoal

11.6. Direito à privacidade

11.6.1. Intimidade e vida privada

11.6.2. Honra

11.6.3. Imagem

11.6.4. Indenização

11.7. Inviolabilidade do domicílio

11.8. Inviolabilidade das comunicações pessoais

11.8.1. Inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados

11.8.2. Inviolabilidade das comunicações telefônicas

11.8.3. Gravação feita por interlocutor da conversa telefônica

11.8.4. Gravação ambiental

12. Segurança em matéria jurídica

12.1. Introdução

12.2. Garantias jurisdicionais

12.3. Garantias materiais

12.4. Garantias processuais

12.5. Garantias tributárias

13. Direito de propriedade

13.1. Introdução

13.2. Função social da propriedade

13.3. Garantias do direito de propriedade

13.4. Desapropriação

13.4.1. Hipóteses de desapropriação

13.4.2. Bens suscetíveis de desapropriação

13.4.3. Desapropriação indireta

13.4.4. Indenização

13.4.5. Requisitos da indenização

13.4.6. Imissão provisória na posse

13.4.7. Exceções

13.4.8. Desistência da desapropriação

13.4.9. Requisição (art. 5º, XXV)

13.5. Pequena propriedade rural (art. 5º, XXVI)

13.6. Direitos do autor (art. 5º, XXVII)

13.7. Direitos conexos ao direito do autor (art. 5º, XXVIII)

13.8. Propriedade industrial (art. 5º, XXIX)

13.9. Direito de herança (art. 5º, XXX)

14. Colisão de direitos

15. Grave violação de direitos humanos e incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal ou federalização de direitos humanos

## Capítulo IX – Remédios ou garantias de direito constitucional

1. Introdução

2. Enumeração dos remédios constitucionais

3. *Habeas corpus* (art. 5º, LXVIII)

3.1. Conceito

3.2. Origem

3.3. Doutrina brasileira do *habeas corpus*

3.4. Natureza jurídica

3.5. Restrição constitucional

3.6. Competência originária

3.7. Procedimento e partes

3.8. Espécies

4. Habeas data (art. 5º, LXXII)

4.1. Conceito

4.2. Origem

4.3. Finalidades

4.4. Procedimento e partes

4.5. Características

4.6. Dados sigilosos

5. Mandado de segurança (art. 5º, LXIX)

5.1. Conceito

5.2. Origem

5.3. Objeto

5.4. Espécies

5.5. Procedimento e partes

5.6. Prazo para impetração

6. Mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX)

6.1. Conceito

6.2. Origem

6.3. Objeto

6.4. Características

6.5. Legitimidade ativa

6.6. Distinção entre mandado de segurança coletivo e mandado de segurança individual com litisconsórcio ativo

6.7. Efeitos da decisão

6.8. Jurisprudência

7. Direito de petição (art. 5º, XXXIV, a)

7.1. Conceito

7.2. Origem

7.3. Espécies

7.4. Forma

## 7.5. Gratuidade

## 8. Direito de certidão (art. 5º, XXXIV, b)

### 8.1. Conceito

### 8.2. Pressupostos

### 8.3. Prazo

### 8.4. Gratuidade

## 9. Mandado de injunção (art. 5º, LXXI)

### 9.1. Conceito

### 9.2. Pressupostos

### 9.3. Finalidade

### 9.4. Origem

### 9.5. Objeto

### 9.6. Partes

### 9.7. Mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão

### 9.8. Mandado de injunção e mandado de segurança

### 9.9. Procedimento

### 9.10. Natureza jurídica da decisão

### 9.11. Competência

## 10. Ação popular (art. 5º, LXXIII)

### 10.1. Conceito

### 10.2. Finalidade

### 10.3. Origem

### 10.4. Pressupostos

### 10.5. Moralidade administrativa

### 10.6. Procedimento e partes

### 10.7. Objeto

### 10.8. Competência

### 10.9. Isenção do ônus da sucumbência

## 11. Ação civil pública (art. 129, III)

11.1. Conceito

11.2. Objeto

11.3. Origem

11.4. Procedimento e partes

11.5. Inquérito civil

11.6. Ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo

12. Conclusões

## Capítulo X – Direitos Sociais

1. Conceito

2. Histórico

3. Constituição de 1988

4. Classificação

5. Espécies de direitos sociais

6. Direitos sociais individuais e coletivos

## Capítulo XI – Nacionalidade

1. Conceito

2. Modos de aquisição da nacionalidade

3. Critérios para a aquisição da nacionalidade primária

4. Polipátridas e apátridas

5. Nascituro

6. Modos de aquisição da nacionalidade originária brasileira

7. Modos de aquisição da nacionalidade secundária brasileira

8. Distinções entre brasileiros natos e naturalizados

9. Quase nacionalidade, tratado de reciprocidade com Portugal ou estatuto de igualdade entre brasileiros e portugueses

10. Perda da nacionalidade

11. Formas de re aquisição da nacionalidade brasileira

12. Língua portuguesa e símbolos nacionais

## Capítulo XII – Cidadania e Direitos Políticos

1. Cidadania, nacionalidade e naturalidade

2. Conceções de cidadania

3. Espécies de cidadania

4. Aquisição da cidadania

5. Direitos políticos

6. Modalidades de direitos políticos

7. Direitos políticos positivos

7.1. Soberania popular

7.2. Sufrágio, voto e escrutínio

7.3. Espécies de sufrágio

7.4. Voto direto, secreto, igual, universal e periódico

7.5. Democracia semidireta

7.6. Plebiscito

7.7. Referendo

7.8. Procedimento para convocação de plebiscitos e referendos

7.9. Iniciativa popular

7.10. Elegibilidade ou capacidade eleitoral passiva ou cidadania passiva

8. Direitos políticos negativos

8.1. Cassação, perda e suspensão de direitos políticos

8.2. Perda de direitos políticos

8.3. Suspensão de direitos políticos

8.4. Perda e suspensão de direitos políticos de parlamentar

8.5. Reaquisição de direitos políticos

8.6. Inelegibilidades

8.7. Fundamentos

8.8. Inelegibilidades absolutas

8.9. Inelegibilidades relativas

8.9.1. Inelegibilidade por motivo funcional e a possibilidade de reeleição para a Chefia do Poder Executivo

8.9.2. Inelegibilidade por motivo de casamento, parentesco ou afinidade

8.9.3. Inelegibilidade para evitar a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de cargo, emprego ou função na Administração direta ou indireta

8.9.4. Militares

8.10. Desincompatibilização

8.11. Leis eleitorais

## 9. Partidos políticos

9.1. Natureza de pessoa jurídica de direito privado

9.2. Princípios constitucionais de organização partidária

9.3. Ampla liberdade partidária

9.4. Autonomia partidária

9.5. Organização paramilitar

9.6. Modelos de organização partidária

9.7. Funções dos partidos políticos

9.8. Infidelidade partidária e vacância de mandato

## Capítulo I

# NOÇÕES FUNDAMENTAIS

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo da Constituição, a lei fundamental de organização do Estado, pressupõe o conhecimento de certas noções básicas de teoria geral do Estado. Dessa forma, antes de iniciarmos o estudo do direito constitucional, é de fundamental importância que certos conceitos sejam expostos, como o de Estado, formas de Estado, formas de governo, sistemas de governo e regimes políticos.

## 2 ESTADO

O Estado é uma sociedade política dotada de algumas características próprias, ou dos elementos essenciais a seguir descritos, que a distinguem das demais: povo, território e soberania.

**Povo.** É o elemento humano do Estado, o conjunto de pessoas que mantêm um vínculo jurídico-político com o Estado, pelo qual se tornam parte integrante deste. Trata-se de um conceito de natureza jurídico-política. Não se confunde com os de população e nação. População é o conjunto de pessoas que se encontram no território de um determinado Estado, sejam nacionais ou estrangeiros, um conceito numérico. Nação é o conjunto de pessoas que formam uma comunidade unida por laços históricos e culturais, uma realidade sociológica.

**Território.** É o elemento material do Estado, o espaço sobre o qual o Estado exerce a sua supremacia sobre pessoas e bens. O conceito de território é jurídico e não meramente geográfico. Abrange, além do espaço delimitado entre as fronteiras do Estado, o mar territorial, a plataforma continental, o espaço aéreo, navios e aeronaves civis em alto-mar ou sobrevoando espaço aéreo internacional e navios e aeronaves militares onde quer que estejam.

**Soberania.** É o elemento formal do Estado. Alguns autores, como Sahid Maluf, identificam esse terceiro elemento com o

governo, com o conjunto de órgãos públicos que presidem a vida política do Estado. Outros, como Ataliba Nogueira, denominam-no poder de império do Estado, caracterizando-o como o poder jurídico de que são investidas as autoridades. Entendemos que se pode caracterizá-lo como soberania, pois, para a existência de um Estado, não basta a simples presença de um governo. É indispensável que as autoridades constituídas exerçam sobre as pessoas que residam em determinado território um poder de natureza absoluta. Ensina Dalmio Dallari que a palavra “soberania” possui dois sentidos. No sentido político, é o “poder incontestável de querer coercitivamente e fixar competências”. No sentido jurídico, soberania seria “o poder de decidir em última instância”. A soberania possui essa dupla face de supremacia na ordem interna e independência na ordem externa. Paulo Gustavo Gonet Branco define soberania “como poder de autodeterminação plena, não condicionado a nenhum outro poder, externo ou interno”. Há autores, ainda, que incluem entre os elementos do Estado a finalidade, que é a realização do bem comum. É imprescindível frisar que o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio para a satisfação das necessidades do povo organizado politicamente sobre determinado território.

### 3 FORMAS DE ESTADO

De acordo com o modo pelo qual o Estado se estrutura, ele pode ser classificado como simples ou composto.

*Simples ou unitário.* Formado por um único Estado, existindo uma unidade do poder político interno, cujo exercício ocorre de forma centralizada. Qualquer grau de descentralização depende da concordância do poder central. Mesmo entre os Estados unitários, há de se distinguir os *unitários centralizados*, em que há uma única esfera de poder político, e os *unitários descentralizados* ou *regionais*, que admitem algum grau de descentralização política ou administrativa em determinadas regiões ou províncias, mas submetidas à vontade política do poder central. Exemplos: Brasil- Império, Itália, França e Portugal.

*Composto ou complexo.* Formado por mais de um Estado, existindo uma pluralidade de poderes políticos internos. Há diversas espécies de Estados compostos. **a)** A *União pessoal*, possível somente em Estados monárquicos, é a união de dois ou mais Estados sob o governo de um só rei. Em virtude de casamento ou sucessão

hereditária, o mesmo monarca recebe a coroa de dois ou mais Estados. Exemplo: Espanha e Portugal, no período de 1580 a 1640, época em que o Brasil esteve sob o domínio espanhol, em razão de Felipe II ser o herdeiro das duas coroas. **b)** A *União real* é a união de dois ou mais Estados sob o governo do mesmo rei, guardando cada um deles a sua organização interna. Exemplo: Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, de 1815 a 1822. **c)** A *Confederação* é a união permanente e contratual de Estados que se ligam para fins de defesa externa, paz interna e outras finalidades que possam ser ajustadas. Os Estados confederados conservam a soberania, guardando inclusive a possibilidade de se desligarem da União. Como adverte Sahid Maluf, “a tendência da Confederação é caminhar para uma penetração mais íntima, sob a forma federativa, ou dissolver-se”. Foi o que aconteceu com a Suíça, que ainda conserva formalmente o nome Confederação, e os Estados Unidos da América. O exemplo mais recente é a CEI — Comunidade dos Estados Independentes, resultante da dissolução da antiga URSS (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas). **d)** A *Federação* é a união de dois ou mais Estados para a formação de um novo, em que as unidades conservam autonomia política, enquanto a soberania é transferida para o Estado Federal. Exemplos: Estados Unidos, Brasil, Argentina, México. Na Federação não há possibilidade de secessão, e a base jurídica é uma Constituição.

#### 4 FORMAS DE GOVERNO

Pelo modo de organização política do Estado, existem duas formas básicas de governo: Monarquia e República.

**Monarquia.** Palavra de origem grega, *monarchia*, governo de um só, caracteriza-se pela vitaliciedade, hereditariedade e irresponsabilidade do Chefe de Estado. O monarca governa enquanto viver. A escolha é feita dentro da linha de sucessão dinástica, e o rei não tem responsabilidade política. A Monarquia pode ser *absoluta* ou *relativa*. Na *absoluta*, todo o poder está concentrado nas mãos de uma só pessoa, que o exerce de forma ilimitada, sem qualquer controle. Possui poderes ilimitados tanto para fazer as leis como para aplicá-las. Na *Monarquia limitada* ou *constitucional*, o poder do soberano é delimitado pela Constituição. Exemplos: Brasil-Império, Reino Unido da Grã-Bretanha, Espanha e Japão.

**República.** Palavra de origem latina, *res publica*, coisa

pública, caracteriza-se pela eletividade, temporariedade dos membros do Poder Legislativo e Executivo e um regime de responsabilidade das pessoas que ocupam cargos públicos. São realizadas eleições periódicas para a escolha dos representantes do povo no Poder Legislativo e Executivo, devendo todos os ocupantes de cargos públicos prestar contas de seus atos.

## 5 SISTEMAS DE GOVERNO

Pelo grau de relacionamento entre os Poderes Executivo e Legislativo, existem três sistemas de governo: presidencialismo, parlamentarismo e diretorialismo.

**Presidencialismo.** Sistema de governo em que os Poderes Executivo e Legislativo são independentes, apresentando as características básicas a seguir enunciadas. **a)** Chefia de Estado e chefia de governo atribuídas à mesma pessoa: o Presidente da República (forma *monocrática* de poder). **b)** Presidente da República eleito pelo povo, de forma direta ou indireta. **c)** Mandato certo para o exercício da chefia do poder, não podendo o Presidente da República ser destituído por motivos puramente políticos. **d)** Participação do Poder Executivo no processo legislativo. **e)** Separação entre os Poderes Executivo e Legislativo. No regime presidencialista, o Presidente da República não depende de maioria no Congresso Nacional para permanecer no poder e não pode ser destituído do cargo pelo Poder Legislativo, a menos que cometa crime de responsabilidade que autorize o processo de *impeachment*. Mas precisa entrar em entendimento com os demais partidos e com as lideranças políticas para garantir a governabilidade e que seus projetos sejam aprovados.

A grande crítica apontada no presidencialismo é a de se tratar de uma “ditadura por prazo certo”, pois não há possibilidade política de destituição de um mau governo antes de seu término, já que o Presidente da República somente poderá ser destituído do cargo que exerce se cometer crime de responsabilidade. Por duas vezes o povo brasileiro já foi convocado a manifestar-se sobre o sistema de governo a ser adotado no Estado brasileiro, em 1963 e em 1993 (CF de 1988, ADCT, art. 2º), tendo optado, nas duas oportunidades, por ampla maioria, pelo presidencialismo.

**Parlamentarismo.** Sistema de governo em que o Executivo e o Legislativo são interdependentes, apresentando as características

básicas a seguir enunciadas. **a)** Chefia de Estado e chefia de governo atribuídas a pessoas distintas. A primeira, função de representação externa e interna, é designada ao Presidente da República ou ao rei; a chefia de governo, condução das políticas do Estado, é atribuída ao Primeiro-Ministro (forma *dualista* de poder). **b)** Chefia de governo com responsabilidade política, pois o Primeiro-Ministro não tem mandato. Permanece no cargo enquanto mantiver apoio da maioria dos parlamentares. Pode ser destituído pela perda da maioria no Parlamento ou pela aprovação de moção de desconfiança. **c)** Possibilidade de dissolução do Parlamento pelo Chefe de Estado, com a convocação de novas eleições gerais. **d)** Interdependência dos Poderes Legislativo e Executivo, pois compete ao próprio Parlamento a escolha do Primeiro-Ministro, que permanece no cargo enquanto gozar da confiança da maioria dos parlamentares.

A grande desvantagem apontada no parlamentarismo seria a maior instabilidade política na condução do Estado, principalmente em países, como o Brasil, em que não há partidos sólidos, podendo haver uma sucessão de quedas de Gabinetes sempre que a maioria parlamentar não for alcançada. No Brasil, acrescenta-se, ainda, a desfiguração da representatividade do povo na Câmara dos Deputados, onde Estados com uma população menor possuem proporcionalmente um número muito mais elevado de representantes do que os mais populosos. Essa deformação da representação popular favorece os Estados menos desenvolvidos do País.

*Sistema diretorial ou convencional.* Sistema de governo que se caracteriza pela concentração do poder político do Estado no Parlamento, sendo a função executiva exercida por pessoas escolhidas pelo Poder Legislativo. Há absoluta subordinação do Poder Executivo ao Legislativo. Adotado na Suíça e na extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

## 6 REGIMES POLÍTICOS

De acordo com o grau de respeito à vontade do povo nas decisões estatais, os regimes políticos podem ser classificados em democráticos e não democráticos.

*Democracia.* Palavra de origem grega, *demós* — povo e *arché* — governo, governo do povo, é o regime político em que todo o poder emana da vontade popular. Na clássica definição, é o governo

do povo, pelo povo e para o povo. O regime democrático pode ser exercido: **a)** de forma direta; **b)** por representantes; ou **c)** combinando ambos os critérios. **a)** Na *democracia direta* as decisões são tomadas pelo próprio povo em assembleias. Exemplos: as antigas cidades gregas, em que os cidadãos julgavam e tomavam decisões políticas importantes em assembleias. Sobrevive esse sistema de democracia direta ainda em alguns cantões suíços de pequena população. **b)** Na *democracia representativa ou indireta* as decisões são tomadas por representantes livremente escolhidos pelo povo. Em grandes países é absolutamente impossível pretender reunir toda a população em uma praça para a obtenção de uma decisão única. **c)** Na *democracia semidireta* combinam-se ambas as formas de democracia; é a democracia representativa, com alguns instrumentos de participação direta do povo na formação da vontade nacional. É o regime político adotado pela Constituição brasileira de 1988, em seu art. 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. A Carta Magna admite como formas de participação direta do povo o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (art. 14, I, II e III), além de estabelecer em diversas oportunidades a participação popular na administração pública (arts. 5º, XXXVIII e LXXIII, 29, XII e XIII, 37, § 3º, 74, § 2º, 187, 194, parágrafo único, VII, 204, II, 206, VI, e 224).

*Regimes não democráticos.* Há autores que sustentam a existência de diversos graus de autoritarismo, conforme a maior ou menor participação popular na formação da vontade nacional: regimes autoritários, ditatoriais e totalitários. A característica comum desses regimes é a não prevalência da vontade popular na formação do governo.

## QUADRO SINÓTICO – NOÇÕES FUNDAMENTAIS

Estado	Conceito	So pol coi
--------	----------	------------------

Estado

Conceito

por  
ter  
sol

## Elementos do Estado

a) *povo* – conjunto de pessoas que possuem um vínculo político com o Estado;

b) *território* – espaço sobre o qual o Estado exerce a sua supremacia sobre as pessoas e bens;

c) *soberania* – elemento fundamental

Estado  
condicionado  
nenhum outro  
externo ou inte

a) *simplex*  
*unitário* – t  
por um único  
com uma unic  
poder político  
Pode ser divic  
*centralizado*,  
há uma única  
de poder po  
*descentraliza*  
admite algum  
descentraliza

## Formas

descentralização  
política

administrativa

b) *compos  
complexo* – t

por mais o

Estado, e

uma pluralidade

poderes |

internos:

**Espécies:**

*pessoal* – ui

dois ou mais |

monárquicos

governo de ur

em virtude

ocorrimento

## de Estado

casamento  
sucessão hereditária  
*União real* – união de  
dois ou mais Estados  
sob o governo  
mesmo  
guardando cada um  
deles a sua  
organização interna  
*Confederação*  
união permanente  
contratual de Estados  
com fins  
comuns, consagrada  
cada um dos Estados  
soberania  
reciprocidade

possibilidade  
desligamento;

*Federação* – U

Estados pa

formação d

novo, em c

unidades cor

autonomia

enquanto a so

é transferida

Estado Feder

---

a) *Monarq*

caracteriza-se

vitaliciedade,

hereditariada

irresponsabilic

## Formas de governo

responsabilidade  
Chefe de Estado  
Monarquia a  
todo o poder  
concentrado  
mãos do rei  
enquanto  
Monarquia rel  
constitucional  
do sobera  
delimitado  
Constituição;  
**b) República**  
caracteriza-se  
eletividade,  
temporariada  
membros do

membros do  
Legislativo  
Executivo  
regime  
responsabilidade  
pessoas que  
cargos públicos

---

a)

*presidencialism*

– os Poderes  
Executivo  
Legislativo  
independentes,  
com as seguintes  
características:

chefia de Estado  
e chefia  
de governo  
atribuídas  
à mesma pessoa  
Presidente  
da República eleito  
pelo povo,  
na forma direta  
ou indireta; manda  
e recebe  
para o Presidente  
da República, o qual  
não pode ser  
destituído por  
qualquer dos  
motivos  
previstos na  
Constituição  
puramente

políticos;  
participação  
Poder Executivo  
no processo  
legislativo;  
separação em  
os Poderes  
Executivo  
Legislativo;

b)

*parlamentarism*

– o Executivo e  
Legislativo são  
interdependentes  
com as seguintes  
características:

## Sistemas de governo

chefia de Estado  
e chefia  
de governo  
atribuídas  
a duas  
pessoas distintas.  
O Presidente  
da República ou  
o Rei exerce  
a função  
de representação  
externa e interna  
enquanto a chefia  
de governo,  
condução das  
políticas  
do Estado,

atribuída  
Primeiro-Ministr  
chefia de gover  
com  
responsabilidad  
política;  
possibilidade  
dissolução  
Parlamento p  
Chefe de Esta  
com  
convocação  
novas eleições  
gerais;  
interdependênc  
dos Poder

Executivo

Legislativo;

*c) diretorialista  
ou*

*convencionalista*

– caracteriza-  
pela

concentração

poder político

Estado

Parlamento,

sendo a funç

executiva

escolhida pe

integrantes

Poder Legislativo

a) *democrático*

regime político em que o poder emana da vontade popular.

Divide-se em:

*democracia direta*

– as decisões são tomadas pelo povo em assembleias;

*democracia*

*representativa*

*indireta* –

decisões são tomadas por representantes do povo.

## Regimes políticos

tomadas por representantes livremente escolhidos pelo povo; **democracia semidireta** – é democracia representativa, com alguns instrumentos de participação direta do povo nas decisões;

b) **democrático** não prevalên



da vontade  
popular  
formação  
governo.

---

## Capítulo II

# DIREITO CONSTITUCIONAL

### 1 CONCEITO

O direito constitucional é o ramo do direito público interno que estuda a Constituição, ou seja, a lei fundamental de organização do Estado, bem como os seus limites: **a)** forma de Estado (unitário ou federal); **b)** forma de governo (Monarquia ou República); **c)** sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo); **d)** modo de aquisição, exercício e perda do poder político; **e)** órgãos de atuação do Estado (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário); **f)** principais postulados da ordem econômica e social; **g)** limites à atuação do Estado (direitos fundamentais da pessoa humana).

### 2 NATUREZA JURÍDICA

O direito constitucional é o cerne do direito público interno. Direito público porque se refere a questões que dizem respeito a interesses imediatos do Estado. Interno porque as normas concernem apenas ao direito de um único Estado. O direito constitucional ocupa uma *posição de superioridade* em relação às demais ciências jurídicas, pois os princípios fundamentais dos outros ramos jurídicos estão todos inseridos na Constituição. As demais normas jurídicas não podem contrariar, em hipótese alguma, dispositivos constitucionais.

### 3 ORIGEM

Os *primeiros antecedentes* de limitação de poderes do Estado surgiram na Inglaterra, com a celebração de pactos que limitavam o poder do monarca, como a famosa Magna Carta, firmada, em 1215,

entre o Rei João Sem Terra e os barões, e a *Petition of Rights*, imposta, em 1628, ao Rei Carlos I. Em troca da conservação do poder, os reis reconheciam direitos de seus súditos.

As *primeiras Constituições* propriamente ditas surgiram em decorrência das grandes revoluções democrático-burguesas do final do século XVIII, a Revolução Americana de 1776, com a independência das treze colônias britânicas situadas na América do Norte, e a Revolução Francesa de 1789, que pôs fim ao *Ancien Régime*. A primeira Constituição escrita foi a do Estado da Virgínia, em 1776, elaborada meses antes da declaração da independência americana. Em seguida foram proclamadas a dos Estados Unidos da América, em 1787, e a francesa de 1791. Após o advento daquelas revoluções, com a conseqüente promulgação dessas Constituições, o *constitucionalismo*, como movimento revolucionário de tendência universal, alcançou os demais países, inclusive o Brasil. É indispensável frisar que ele, como movimento político, estava intimamente relacionado com os valores do liberalismo político, de limitação do poder governante e da valorização dos direitos do indivíduo. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada após a Revolução Francesa, em 1789, dispunha que o país que não estabelecesse uma separação de poderes, nem uma declaração de direitos individuais, não possuiria uma Constituição.

*Fundamento ideológico.* O fundamento político-ideológico das grandes transformações sociais que marcaram o advento do Estado Moderno pode ser encontrado nas ideias dos grandes pensadores dos séculos XVII e XVIII, como Locke, Montesquieu e Rousseau. Locke, com a ideia da existência de direitos naturais e do direito de resistência. Montesquieu, com a separação de poderes como uma forma de evitar a concentração de poderes e o conseqüente abuso de poder. Rousseau, com a ideia do “contrato social”, isto é, o Estado como resultante da vontade geral.

## QUADRO SINÓTICO – DIREITO CONSTITUCIONAL



**Direito  
Constitucional**

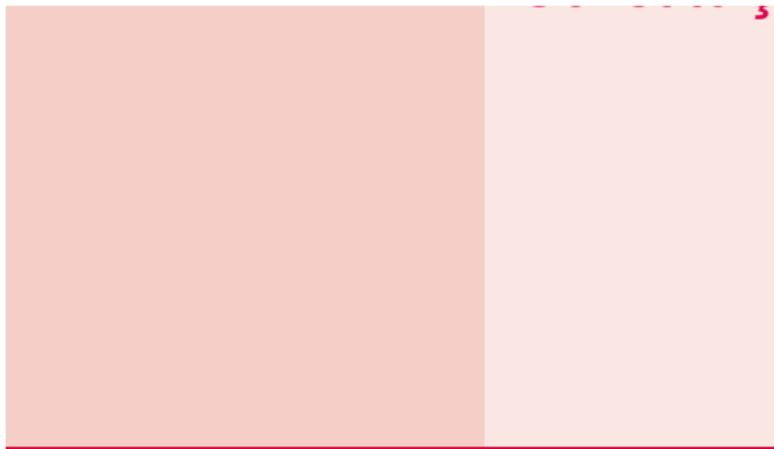
Conceito

**Direito  
Constitucional**

**Elementos  
essenciais  
da  
Constituição**

Origem da  
limitação e  
poderes do  
Estado

Primeiras  
Constituições



## Capítulo III

# CONSTITUIÇÃO

### 1 CONCEITO

A Constituição é a lei fundamental de organização do Estado, ao estruturar e delimitar os seus poderes políticos. Dispõe sobre os principais aspectos da sua estrutura. Trata das formas de Estado e de governo, do sistema de governo, do modo de aquisição, exercício e perda do poder político e dos principais postulados da ordem econômica e social. Estabelece os limites da atuação do Estado, ao assegurar respeito aos direitos individuais. O Estado, assim como seus agentes, não possui poderes ilimitados. Devem exercê-los na medida em que lhes foram conferidos pelas normas jurídicas, respondendo por eventuais abusos a direitos individuais.

### 2 CONCEPÇÕES DE CONSTITUIÇÃO

Os diversos conceitos de Constituição podem ser classificados em três grandes concepções: sociológica, política e jurídica.

*Concepção sociológica.* Para Ferdinand Lassalle, em sua clássica obra *O que é uma Constituição*, esta é a *soma dos fatores reais de poder*, não passando a escrita de uma “folha de papel” que poderia ser rasgada a qualquer momento, sempre que contrariasse os fatores reais de poder.

*Concepção política.* Para Carl Schmitt, a Constituição é a *decisão política fundamental*, estabelecendo uma distinção entre ela e as leis constitucionais. A Constituição disporia somente sobre normas fundamentais (estrutura do Estado e direitos individuais), enquanto as demais normas contidas em seu texto seriam leis constitucionais.

*Concepção jurídica.* Para Hans Kelsen, a Constituição, em seu sentido lógico-jurídico, é a *norma hipotética fundamental*. Dessa forma, é o vértice de todo o sistema normativo. Leva-se em consideração a posição de superioridade jurídica. As normas constitucionais são hierarquicamente superiores a todas as demais

normas jurídicas.

### 3 CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

Diversas classificações de Constituição, conforme o critério adotado para distingui-las, são apontadas pelos autores. Indicaremos a seguir somente as principais.

#### 3.1. QUANTO AO CONTEÚDO

- a) *Materiais ou substanciais*. O conjunto de normas que tratam da estrutura do Estado e da sociedade, bem como dos limites da atuação estatal, estejam inseridas ou não no texto constitucional, tais como forma de Estado, forma e sistema de governo, modo de aquisição, exercício e perda do poder político e direitos individuais. O Código Eleitoral contém normas materialmente constitucionais, embora não incluídas no texto da Lei Maior, pois dizem respeito a questões fundamentais da organização do Estado. Exemplo de Constituição puramente material é a inglesa, justamente por não estar codificada em um texto único.
- b) *Formais*. O conjunto das normas jurídicas inseridas no texto escrito e solene definidor das normas jurídicas hierarquicamente superiores. Normas formalmente constitucionais são as inseridas no texto constitucional. Em uma Constituição escrita há regras material e formalmente constitucionais, pois dizem respeito à estrutura fundamental e aos limites do poder do Estado. Exemplos: artigos da Constituição que estabelecem a Federação, a República, o presidencialismo, o processo eleitoral, o *impeachment* etc. Outras são apenas formalmente constitucionais, pois poderiam ser objeto de leis ordinárias, mas foram incluídas na Constituição para o realce de sua importância, bem como para adquirirem maior estabilidade. Exemplos na Constituição de 1988 são inúmeros. Somente para citar alguns: licença-paternidade (art. 7º, XIX) e manutenção do Colégio Dom Pedro II na órbita federal (art. 242, § 2º).

#### 3.2. QUANTO À FORMA

- a) *Escritas*. As normas estão codificadas em um texto único.
- b) *Não escritas*. As normas não estão codificadas em um texto único, mas resultam de leis esparsas, da jurisprudência, assim como dos próprios costumes. Exemplos: Constituições da Inglaterra, de Israel e da Nova Zelândia. Em uma Constituição não escrita existem diversas normas escritas, mas não inseridas em um único texto. Exemplos: Magna Carta, *Petition of Rights* e *Act of Habeas Corpus*.

### 3.3. QUANTO AO MODO DE ELABORAÇÃO

- a) *Dogmáticas*. Elaboradas por um órgão constituinte, que incorpora no texto constitucional os valores políticos e ideológicos predominantes em determinado momento histórico. A Constituição escrita é sempre dogmática.
- b) *Históricas, costumeiras ou consuetudinárias*. Produto da lenta evolução histórica, baseando-se em costumes, convenções, precedentes jurisprudenciais e textos esparsos. A Constituição não escrita é sempre histórica ou costumeira.

### 3.4. QUANTO À ORIGEM

- a) *Populares, democráticas, promulgadas ou votadas*. Elaboradas por um órgão constituinte composto de representantes legitimamente eleitos pelo povo. Exemplos: Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1946 e 1988.
- b) *Outorgadas*. Elaboradas sem a participação de representantes legitimamente eleitos pelo povo, sendo impostas pelo governante. Exemplos: Constituições brasileiras de 1824, 1937, 1967 e 1969, outorgadas, respectivamente, pelo Imperador Dom Pedro I, pelo ditador Getúlio Vargas, pelo regime militar de 1967 e por uma Junta Militar em 1969.

*Carta Constitucional*. Há autores que sustentam que a Constituição, pela sua própria origem histórico-democrática, deve ser livremente discutida e promulgada por uma Assembleia Nacional Constituinte. O texto constitucional outorgado, elaborado sem a participação de representantes legitimamente eleitos pelo povo, seria mera Carta Constitucional, um arremedo de Constituição.

### 3.5. QUANTO À ESTABILIDADE, MUTABILIDADE,

## CONSISTÊNCIA OU ALTERABILIDADE

As Constituições não são textos imutáveis. Devem conter dispositivos que possibilitem a alteração de suas normas de acordo com as modificações exigidas pela dinâmica social. Caso contrário, a ordem constitucional seria rompida sempre que houvesse a necessidade de alteração de uma norma específica, mesmo que de menor importância.

- a) *Rígidas*. Exigem um procedimento especial de alteração dos preceitos constitucionais mais rigoroso que o das demais normas infraconstitucionais. Exemplos: Constituição americana e todas as brasileiras republicanas. Pela atual, uma emenda constitucional para ser aprovada precisa de maioria de 3/5 (CF, art. 60, § 2º), enquanto uma lei ordinária é aprovada por maioria simples (art. 47).
- b) *Flexíveis*. Não exigem um procedimento especial de modificação. As normas constitucionais podem ser alteradas com o mesmo procedimento das leis ordinárias.
- c) *Semirrígidas ou semiflexíveis*. Contêm uma parte flexível e outra rígida. Algumas normas constitucionais exigem um procedimento especial de alteração e outras não. Exemplo: Constituição brasileira do Império, art. 178.
- d) *Imutáveis ou utópicas*. Não estabelecem nenhuma forma de revisão de suas normas, que são perpétuas.

Alexandre de Moraes observa que a Constituição de 1988 pode ser considerada super-rígida, uma vez que só pode ser alterada por um processo legislativo diferenciado, e, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável.

## 3.6. QUANTO AO MODELO OU À SUA EXTENSÃO E FINALIDADES

- a) *Constituições-garantia*. Modelo clássico. A Constituição estrutura e delimita o poder do Estado, estabelecendo a divisão de poderes e assegurando o respeito aos direitos individuais. Exemplo: Constituição americana.
- b) *Constituições-balanço*. Modelo adotado pelos juristas soviéticos. A Constituição registraria e descreveria a ordem política, econômica e social existente, refletindo a luta de classes no Estado. A cada novo estágio no rumo da construção do comunismo, uma nova Constituição seria promulgada.
- c) *Constituições-dirigentes*. A Constituição, além de estruturar e

delimitar o poder do Estado, inscreve um plano de evolução política, diretrizes a serem seguidas. Exemplos: Constituição brasileira de 1988, art. 3º; Constituição portuguesa de 1976.

### 3.7. QUANTO AO TAMANHO OU EXTENSÃO

- a) *Sintéticas, concisas ou negativas.* Dispõem somente sobre os aspectos fundamentais da organização do Estado, bem como sobre seus limites (direitos individuais), em poucos artigos. Exemplo: Constituição americana, com trinta e quatro artigos, sete do texto originário e vinte e sete de emendas constitucionais.
- b) *Análíticas, prolixas ou abrangentes.* Dispõem sobre diversos aspectos da organização do Estado, abrangendo questões que poderiam ser objeto de leis ordinárias, em inúmeras normas constitucionais. Exemplo: a Constituição brasileira de 1988, após a aprovação de diversas emendas constitucionais, conta com duzentos e cinquenta dispositivos em sua parte permanente e quase uma centena nas disposições transitórias, subdivididos em inúmeros parágrafos, incisos e alíneas. Isso sem mencionar artigos que constam somente do corpo das emendas constitucionais e os que foram acrescentados com a utilização do mesmo número, mas seguidos de letras maiúsculas em ordem alfabética, como os seguintes: 29-A, 146-A e 149-A.

### 3.8. QUANTO À DOGMÁTICA OU À IDEOLOGIA

- a) *Ortodoxas ou simples.* Influenciadas por uma só ideologia. Exemplo: Constituição soviética.
- b) *Ecléticas, complexas ou compromissórias.* Influenciadas por ideologias de tendências diversas, resultando de uma fórmula de compromisso entre as forças políticas existentes em determinado momento histórico. Exemplo: Constituição brasileira de 1988.

### 3.9. QUANTO À CONCORDÂNCIA COM A REALIDADE

Adotando a classificação proposta por Loewenstein, podemos classificar as Constituições em:

- a) *Normativas.* As Constituições cujas normas efetivamente dominam o processo político, limitando o poder do Estado. Por exemplo, a dos Estados Unidos da América.

- b) *Nominais*. As Constituições que não conseguem adaptar suas normas à dinâmica do processo político, embora não limitem o processo político, possuem esta finalidade.
- c) *Semânticas*. As normas da Carta Constitucional são mera formalização da situação do poder político existente. Como observa Jorge Miranda, em seu *Manual de direito constitucional*, “servem apenas para estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores de fato na comunidade”. Exemplo: as Constituições impostas por regimes militares.

#### 4 CLASSIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Quanto ao conteúdo, é de natureza formal; quanto à forma, escrita; quanto ao modo de elaboração, dogmática; quanto à origem, democrática; quanto à estabilidade, rígida; quanto ao modelo, dirigente; quanto ao tamanho, analítica; e, por fim, quanto à dogmática, é eclética.

#### 5 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição é a lei maior do país, o vértice do sistema jurídico. Contém as normas fundamentais do Estado, estando todos sujeitos ao seu império, inclusive os membros do governo, e confere autoridade aos governantes, que só podem exercê-la dentro dos limites por ela traçados. A supremacia da Constituição decorre de sua própria origem, pois provém de um poder constituinte originário, de natureza absoluta, bem como do seu caráter de rigidez, sobrepondo-se as normas constitucionais em relação a todas as demais normas jurídicas.

#### 6 SINÔNIMOS DE CONSTITUIÇÃO

Diversos sinônimos de Constituição são utilizados pelos autores, sempre realçando o caráter de superioridade das normas constitucionais em relação às demais normas jurídicas. Destacaremos os mais frequentes, como Carta Magna, Lei Fundamental, Código Supremo, Lei Máxima, Lei Maior e Carta Política.

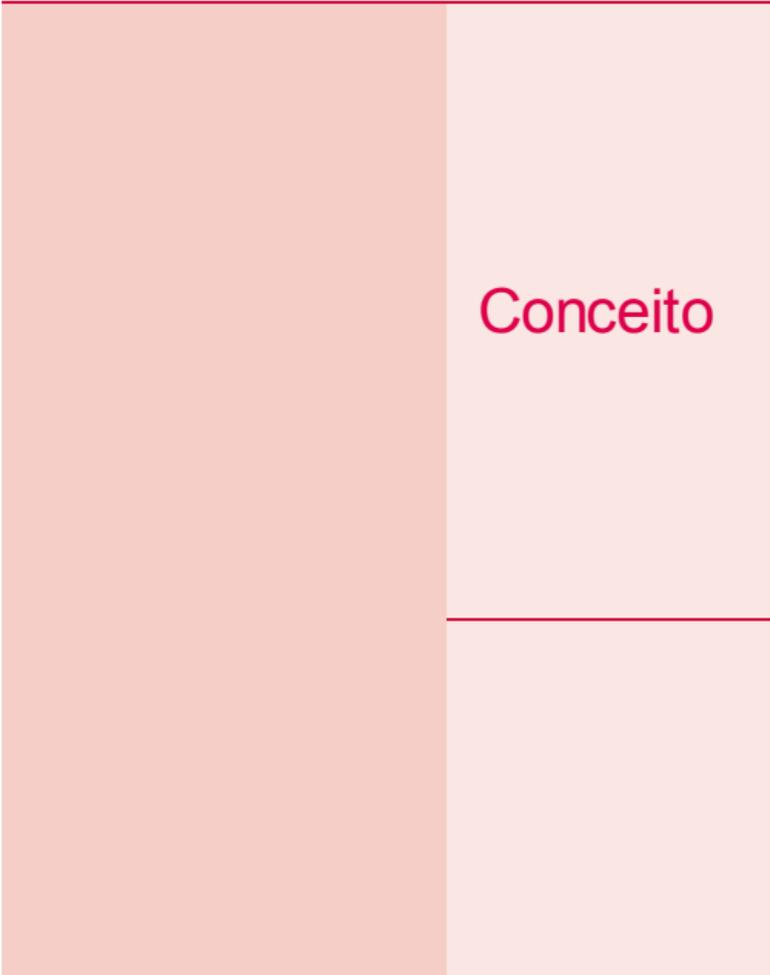
## 7 ELEMENTOS DA CONSTITUIÇÃO

Em uma Constituição, que tem por finalidade estruturar o Estado e delimitar o seu poder de atuação, inserem-se normas de conteúdos diversos. José Afonso da Silva, em sua obra *Curso de direito constitucional positivo*, classifica as normas constitucionais em cinco grandes grupos:

- a) *elementos orgânicos* — normas que tratam da estrutura do Estado, dispondo sobre a sua organização e modo de funcionamento (exemplos: Títulos III e IV da Constituição — “Da Organização do Estado” e “Da Organização dos Poderes”, Título V, Capítulos II e III — “Das Forças Armadas” e “Da Segurança Pública” e Título VI — “Da Tributação e do Orçamento”);
- b) *elementos limitativos* — normas que tratam dos limites da atuação do Estado, restringindo o poder de atuação de seus agentes para resguardar direitos considerados indispensáveis de cada pessoa humana (exemplo: Título II da Constituição — “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, especialmente o Capítulo I — “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”);
- c) *elementos socioideológicos* — normas que revelam o compromisso da ordem constitucional estabelecida com determinados princípios ideológicos (exemplos: Capítulo II do Título II — “Dos Direitos Sociais” e Títulos VII e VIII — “Da Ordem Econômica e Financeira” e “Da Ordem Social”);
- d) *elementos de estabilização constitucional* — normas destinadas a garantir a solução dos conflitos constitucionais, instrumentos de defesa do próprio Estado e das instituições democráticas (exemplos: Título V — “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”, especialmente o Capítulo I — “Do Estado de Defesa e do Estado de Sítio”, e dispositivos que tratam da intervenção nos Estados e Municípios, emendas à Constituição e controle de constitucionalidade);
- e) *elementos formais de aplicabilidade* — normas destinadas a

possibilitar a aplicação dos próprios dispositivos constitucionais (exemplos: “Preâmbulo”, “Das Disposições Constitucionais Transitórias” e a norma que estabelece a aplicabilidade imediata dos direitos individuais — art. 5º, § 1º).

## QUADRO SINÓTICO – CONSTITUIÇÃO



Conceito

**Constituição**

**Concepção**

a) *Quanto materiais*

disponham  
Estado e  
como os  
estatal, es  
não no tex

*formais* –  
inseridas  
constitucior

b) *Forma*  
normas es  
um texto

## Classificação

*escritas* – a  
codificadas  
mas resulta  
da jurisprud  
próprios co  
*c) Modo c*  
*dogmáticas*  
um órgão  
incorpora  
constitucio  
políticos  
predominar  
momento  
*históricas,*  
*consuetudi*  
lenta e

baseando-se  
precedente  
d) *Origem  
democrática  
votadas* –  
órgão cons

posto d  
legitimame  
povo; d2  
elaboradas  
de  
legitimame  
povo.

*Carta Con*  
constitucior

a pa  
representa  
povo.

*mutabilidade*

*alterabilidade*

exigem

especial

rigoroso

normas inflexíveis

*flexíveis* -

proceder

alteração.

constitucional

alteradas

proceder

ordinárias;

*semiflexíveis*

## Classificação

*semiflexíveis*

parte flexível

Algumas vezes

procedimento

alteração

*imutáveis*

estabelece

de revisão

f) *Modelo*

*finalidades*

*garantia* –

Constituição

delimita os

e assegura

direitos

*Constituição*

Constituição

Constituição  
da ordem p  
social exist  
estágio da  
Estado;

*dirigentes*

além de es  
poder do l  
plano de  
diretrizes a

*g) Tamanh  
sintéticas,  
negativas*

sobre asp  
da organi  
bem como  
em seu

em pouca

*analíticas,*  
*abrangente*

diversos

organizações

abrangendo

poderiam

ordinárias,

dispositivos

*Dogmática*

*ortodoxas*

influenciada

ideologia;

*complexas*

*compromis*

influenciada

tendências

tendências  
de uma  
compromis  
políticas  
determinad  
histórico.

i) *Conce*  
*com a re*  
– i1) *nor*

–  
Constitui  
cujas  
efetivame  
dominam  
processo

## Classificação

- político, limitando poder Estado;  
*nominais*  
Constitui que consegue adaptar normas dinâmica processo político, não lim processo político,

possuem  
finalidade  
*semântica*  
normas  
mera  
formaliza  
situação  
existente

**Classificação  
da  
constituição  
de 1988**

Formal  
escrita  
dogmática  
democrática  
rígida  
dirigente  
analítica

eclética

---

a) *orgâ*

tratam

estrutura

Estado;

b) *limita*

tratam

limites

atuação

Estado;

c)

*socioide*

– reve

compron

ordem

## Classificação das normas constitucionais

constituc  
com p  
ideológico

d)

*estabiliza*  
*constituc*

destinada  
garantir  
solução  
conflitos  
constituc

e) *form*  
*aplicabil*

destinada  
possibilita  
aplicaçã



próprios  
dispositiv  
constituc

---

## Capítulo IV

### PODER CONSTITUINTE

#### 1 CONCEITO

É o poder de elaborar uma nova Constituição, bem como de reformar a vigente. A palavra “poder” deve sempre ser entendida como a faculdade de impor, de fazer prevalecer a sua vontade em relação a outras pessoas. O poder constituinte, pois, estabelece uma nova ordem jurídica fundamental para o Estado.

#### 2 DISTINÇÃO

É importante distinguir o poder constituinte dos poderes constituídos. Ele é o poder que elabora a Constituição, não devendo ser confundido com aqueles, que são o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Estes são instituídos pela Constituição, obra do poder constituinte, que poderia optar por outros, como já ocorreu no Brasil- Império, com a previsão de um quarto poder, o Moderador. O poder constituinte está acima dos poderes constituídos, não devendo ser confundido com nenhum deles.

#### 3 ORIGEM

A ideia de uma Constituição como fruto de um poder distinto, do poder constituinte, que elabora uma nova ordem constitucional para o Estado, é do Abade Sieyès, que, às vésperas da Revolução Francesa, escreveu o panfleto “O que é o terceiro Estado?”.

## 4 ESPÉCIES

O poder constituinte pode ser dividido em originário e derivado.

### 4.1. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO, DE 1ª GRAU OU GENUÍNO

É o poder que elabora uma nova Constituição. Estabelece uma nova ordem jurídica fundamental para o Estado em substituição à anteriormente existente.

*Natureza.* Trata-se de um poder de fato, de caráter absoluto, pois não está condicionado a qualquer limitação de ordem jurídica. É ele que vai estabelecer a ordem fundamental do Estado. Em tese, pode dispor sobre qualquer assunto, da forma que melhor entender. Obviamente irá manifestar-se de acordo com os fatores reais de poder, com as forças políticas dominantes em determinado momento histórico. Os constituintes, em 1988, por exemplo, tiveram a oportunidade de conceder ao povo a possibilidade de optar diretamente sobre a forma e o sistema de governo: República ou Monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo. Contudo, para os adeptos do jusnaturalismo e outros autores, o poder constituinte é sempre um poder de direito, pois existiria um direito anterior ao próprio Estado.

Não é possível alegar a violação de direito adquirido perante dispositivo emanado do poder constituinte originário, tendo em vista o seu caráter absoluto, que não encontra qualquer limitação de ordem jurídica, conforme bem evidencia o art. 17 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição.

*Espécies: poder constituinte material e poder constituinte formal.* Há autores que estabelecem uma distinção entre o poder constituinte *material* e o poder constituinte *formal*, sendo que o primeiro precederia o segundo. O poder constituinte material é o poder de auto-organização do Estado, resultante das forças políticas dominantes em determinado momento histórico. O poder constituinte formal é o órgão que elabora o novo texto constitucional.

*Características.* O poder constituinte originário é: **a) inicial**, pois dá origem a uma nova ordem constitucional, não se fundando em qualquer outro; **b) ilimitado ou autônomo**, já que não está submetido a nenhuma ordem jurídica, podendo dispor sobre qualquer assunto; **c) incondicionado**, pois não tem fórmula preestabelecida

para sua manifestação.

*Permanência do poder constituinte originário.* O poder constituinte originário não se esgota após a elaboração de uma Constituição; subsiste como um poder de fato, como uma expressão da liberdade humana (Manoel Gonçalves Ferreira Filho). Pode se manifestar tanto pela elaboração de uma nova ordem constitucional, como sob a vestimenta de uma reforma política (Paulo Gonet Branco).

## 4.2. PODER CONSTITUINTE DERIVADO, DE 2ª GRAU, SECUNDÁRIO, RELATIVO OU LIMITADO

É o poder de modificação da Constituição, bem como o poder do Estado-Membro de uma Federação de elaborar sua própria Constituição. Abrange tanto o poder constituinte de reforma como o poder constituinte decorrente.

*Natureza.* Trata-se de um poder de direito, pois instituído pelo poder constituinte originário. Deve manifestar-se de acordo com as limitações previstas na Constituição.

*Características.* O poder constituinte derivado é: **a) subordinado**, pois se encontra abaixo do poder constituinte originário, limitado por este. A atual Constituição, por exemplo, estabelece que certos assuntos não podem ser modificados, as denominadas cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º); **b) condicionado**, uma vez que deve manifestar-se de acordo com o preestabelecido pelo poder constituinte originário. A atual Constituição, por exemplo, determina o procedimento exigido para a aprovação de uma emenda à Constituição (CF, art. 60 e parágrafos).

*Espécies: poder constituinte derivado de reforma ou reformador e poder constituinte decorrente.* O primeiro é o poder de modificação das normas constitucionais. A atual Constituição brasileira estabelece duas formas de alteração, por intermédio de *emendas à Constituição* e pela *revisão constitucional*. *Emendas à Constituição* são modificações de certos dispositivos constitucionais, exigindo-se para aprovação maioria de 3/5 em ambas as Casas do Congresso Nacional, em dois turnos de votação (CF, art. 60). Pelo processo de *revisão constitucional* houve possibilidade de ampla alteração do texto constitucional, exigindo-se somente a maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral (ADCT, art. 3º). A revisão constitucional brasileira já foi realizada, cinco anos após a promulgação da Constituição de 1988, conforme estabelecido pelo poder constituinte originário.

Quanto ao *poder constituinte decorrente*, é o poder do Estado--

Membro de uma Federação de elaborar sua própria Constituição. A atual atribui esse poder constituinte aos Estados Federados em seu art. 25, estabelecendo os limites e a forma de manifestação no art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias — ADCT. Cada unidade da Federação possui a sua Constituição Estadual. O poder constituinte decorrente não foi estendido pela atual Constituição aos Municípios, que se regem por leis orgânicas aprovadas pelas respectivas Câmaras Municipais (CF, art. 29, *caput*).

## 5 TITULARIDADE

Observa Luís Roberto Barroso que *o debate acerca da titularidade do poder constituinte, na teoria constitucional, não tem por objeto a descrição da força material que o exerce, mas a sua valoração ética*. Segundo Dalmo Dallari, *da própria noção de Constituição resulta que o titular do poder constituinte é sempre o povo*. Porém, como aponta Celso Bastos, *titular também do poder constituinte pode ser uma minoria, quando o Estado terá então a forma de aristocracia ou oligarquia*. Por essa razão, alguns autores fazem uma distinção entre titularidade e exercício do poder constituinte. Segundo essa concepção, o titular seria sempre o povo, mas o seu exercício poderia ser atribuído somente a uma parcela dele.

Dentro de uma concepção democrática, o titular do poder constituinte é o povo, que elabora uma nova Constituição por intermédio de representantes legitimamente eleitos.

## 6 AGENTES DO PODER CONSTITUINTE

São as pessoas que estabelecem a Constituição em nome do titular do poder constituinte. Na Constituição de 1988, elaborada por uma Assembleia Nacional Constituinte, o titular do poder constituinte foi o povo brasileiro, mas os agentes foram os seus representantes eleitos para tal, conforme consta do próprio preâmbulo do texto constitucional: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte...”.

## 7 VEÍCULOS DO PODER CONSTITUINTE

Normalmente o poder constituinte se manifesta por intermédio de uma *revolução*, que significa o rompimento pela força da ordem jurídica até então estabelecida. Pode ocorrer tanto na formação de um novo Estado, como na reformulação da ordem jurídica vigente em um Estado já existente. Há, porém, outros meios de manifestação do poder constituinte originário, de forma não violenta, como nos *processos consensuais de transição* ocorridos, por exemplo, na Espanha, com a passagem do regime franquista para o democrático, e, no Brasil, com a evolução do regime militar para o democrático. Ocorreu um processo de *transição política pacífica* em diversos países da Europa Oriental após a dissolução da União Soviética. Ou também nos *processos de descolonização*, em que a nova ordem constitucional surge dentro de uma transição pacífica para a independência.

## 8 LIMITES DO PODER CONSTITUINTE

Sempre que for feita referência a limites do poder constituinte, ela o será ao poder constituinte derivado. O originário, como já vimos, é um poder absoluto, de fato, que não encontra qualquer limitação de ordem jurídica. Os limites do poder constituinte derivado são estabelecidos pelo poder constituinte originário. Podemos classificar esses limites dentro dos critérios a seguir expostos.

### 8.1. LIMITES CIRCUNSTANCIAIS

Certas Constituições não podem ser alteradas em determinadas situações de instabilidade política. Pretende-se que qualquer alteração da Constituição ocorra em plena normalidade democrática, sem qualquer restrição a direitos individuais ou à liberdade de informação, para que as consequências de eventuais modificações do texto fundamental sejam amplamente discutidas antes de qualquer deliberação. Exemplos: **a)** a Constituição brasileira de 1988 não admite emendas na vigência de intervenção federal,

estado de defesa ou estado de sítio; **b)** a Constituição francesa não permite modificações com a presença de forças estrangeiras de ocupação em território francês. Essa norma é fruto da história francesa, que teve a sua Constituição desfigurada durante o período de ocupação nazista.

## 8.2. LIMITES MATERIAIS

Determinadas matérias não podem ser objeto de modificação. São as denominadas cláusulas pétreas, o cerne fixo da Constituição, a parte imutável do texto constitucional. Exemplo: todas as Constituições brasileiras de 1891 a 1946 proibiam qualquer emenda visando a alteração tanto da República como da Federação. A atual retirou das cláusulas pétreas a República, estabelecendo a realização de um plebiscito em que o povo pôde optar livremente por ela como forma de governo preferida. Por outro lado, inseriu, além da forma federativa de Estado, três outras cláusulas pétreas, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º).

Essas *limitações materiais* podem ser *explícitas* ou *implícitas*. As primeiras são as que já vêm enunciadas na própria Constituição, as já mencionadas cláusulas pétreas. *Implícitas* são as que decorrem do sistema constitucional, como as que estabelecem o processo de alteração de normas constitucionais, as que fixam as competências das entidades federativas etc.

## 8.3. LIMITES TEMPORAIS OU FORMAIS

Certas Constituições não podem ser modificadas durante certo período após a sua promulgação ou só admitem a aprovação de alterações de tempos em tempos, de forma espaçada. Exemplo: a Constituição brasileira do Império, que admitia qualquer alteração somente quatro anos após a sua promulgação.

## 8.4. LIMITES PROCEDIMENTAIS

A própria Constituição estabelece o rito a ser seguido para sua alteração. Esse procedimento deve ser rigorosamente obedecido, sob pena de inconstitucionalidade formal da norma aprovada.

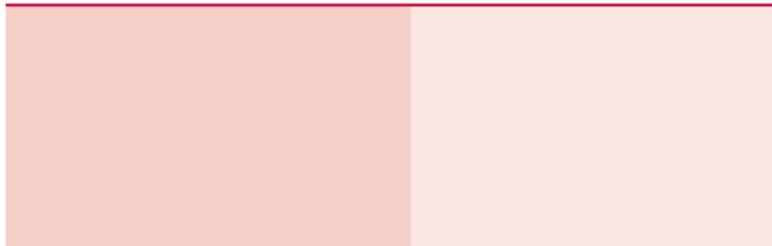
## 8.5. LIMITES IMPLÍCITOS OU INERENTES OU TÁCITOS

Além dos limites explícitos anteriormente mencionados, há limites materiais implícitos ao poder constituinte derivado, decorrentes dos próprios princípios adotados pela Constituição. Esses limites também são denominados inerentes ou tácitos. Como exemplos, a doutrina aponta: **a)** os concernentes ao titular do poder constituinte; **b)** os referentes ao titular do poder reformador; **c)** os relativos ao processo de emenda. Como ensina José Afonso da Silva, essas restrições se justificam por razões lógicas: “se pudessem ser mudadas pelo poder de emenda ou ordinário, de nada adiantaria estabelecer vedações circunstanciais ou materiais”.

## 9 PODER CONSTITUINTE DIFUSO

Há autores que sustentam, com fundamento em Burdeau, que, além do poder constituinte originário e do poder constituinte derivado, existe uma terceira modalidade, o poder constituinte difuso, responsável pelas *mutações constitucionais*, que são os processos informais de modificação da própria Constituição. Sem alterar o enunciado formal, a letra do texto constitucional, modifica-se o entendimento da norma constitucional. A titularidade do poder constituinte permanece sendo do povo, mas é exercido pelos órgãos do poder constituído, por meio de interpretação administrativa ou judicial, leis e costumes.

## QUADRO SINÓTICO – PODER CONSTITUINTE



Conceito

Espécies

**Poder  
constituente**

Características  
do Poder  
Constituente  
originário

Características  
do Poder  
Constituinte  
derivado

Poder  
constituente e  
reforma

Poder  
constituente  
de reforma

Poder  
constituente  
decorrente

Titularidade  
do poder  
constituente

Agentes do  
poder  
constituente

---

Veículos  
do poder  
constituente

---

**Poder  
constituente**

**Limites**

explícitos  
do poder  
constituente

Poder  
constituinte  
difuso



## EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

### 1 INTRODUÇÃO

Determinar qual o grau de eficácia jurídica de uma norma constitucional é questão extremamente complexa, gerando inúmeras controvérsias entre os operadores do direito. Porém, cumpre ressaltar, desde logo, que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, mesmo as denominadas normas programáticas. A maior ou menor eficácia jurídica, a maior ou menor produção de efeitos imediatos, pode depender da complementação de outras normas. A doutrina aponta diversas classificações quanto ao grau de eficácia de uma norma constitucional.

### 2 CLASSIFICAÇÃO TRADICIONAL

A primeira distinção foi fixada pela doutrina norte-americana entre as normas *self-executing*, *self-enforcing* e *self-acting* e as normas *not self-executing*, *not self-enforcing* e *not self-acting*. Essa é a mesma diferença estabelecida por Rui Barbosa entre normas *autoexecutáveis* e *não executáveis*, por Pontes de Miranda entre regras jurídicas *bastantes em si* e *não bastantes em si* ou por Jorge Miranda entre normas *exequíveis* e *não exequíveis por si mesmas*.

a) *Normas autoaplicáveis, autoexecutáveis, bastantes em si ou exequíveis (self-executing)*. São as desde logo aplicáveis, não dependem da complementação de outras normas para que se tornem exequíveis. Exemplos: férias acrescidas de 1/3 e licença-gestante com prazo de cento e vinte dias (CF, art. 7<sup>o</sup>, XVII e XVIII). A própria Constituição estabeleceu em seu art. 5<sup>o</sup>, § 1<sup>o</sup>, a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Por essa razão, o mandado de injunção, o *habeas data* e o mandado de segurança coletivo foram concedidos judicialmente mesmo antes de qualquer regulamentação pelo legislador ordinário.

- b) Normas não autoaplicáveis, não autoexecutáveis, não bastantes em si ou não exequíveis por si mesmas (not self-executing).** São as que dependem da complementação de outras normas para que se tornem aplicáveis. Exemplo: participação na gestão da empresa, “conforme definido em lei” (CF, art. 7º, XI).

### 3 OUTRAS CLASSIFICAÇÕES

O Prof. José Afonso da Silva propõe uma outra classificação, reproduzida pelos demais autores, que merece ser destacada.

- a) Normas constitucionais de eficácia plena.** São as de aplicabilidade direta, imediata e integral; produzem todos os seus efeitos desde a entrada em vigor, não dependendo da edição de qualquer legislação posterior. Produzem efeitos imediatamente, dispensando a edição de normas regulamentadoras. Exemplos: o mandado de injunção, o *habeas data* e o mandado de segurança coletivo foram utilizados mesmo antes de regulamentação por legislação ordinária.
- b) Normas constitucionais de eficácia contida.** São as de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, cujos efeitos podem ser limitados pela legislação infraconstitucional. Incidem imediatamente, produzem todos os efeitos desde a entrada em vigor, mas podem ter seu alcance limitado pela legislação infraconstitucional. Na ausência de uma lei restritiva, a norma será de aplicabilidade imediata e plena. Michel Temer prefere denominar essas normas como de *eficácia redutível* ou *restringível*. Exemplo: a liberdade de profissão assegurada pela Constituição Federal, no art. 5º, XIII, com a seguinte restrição: “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Para ser advogado é necessário preencher os requisitos previstos na legislação ordinária, ser formado em direito e inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, após aprovação no exame da ordem (Lei n. 8.906/94).
- c) Normas constitucionais de eficácia limitada.** São as que dependem de complementação do legislador infraconstitucional para que se tornem exequíveis. Abrangem as normas *declaratórias de princípios institutivos ou organizativos* e as *declaratórias de princípios programáticos*. As primeiras são as que estabelecem o esquema geral de estruturação e atribuições de órgãos, entidades

ou institutos públicos, para que o legislador ordinário as regulamente. Normas programáticas são as que fixam programas e metas a serem alcançadas pelos órgãos do Estado. Exemplos: direito à saúde (CF, art. 196), à educação (CF, art. 205), à cultura (CF, art. 215) e ao esporte (CF, art. 217). As normas constitucionais programáticas também possuem eficácia jurídica imediata, ainda que mínima, mesmo antes da edição de qualquer legislação complementar, pois: **a)** revogam a legislação ordinária que seja contrária aos princípios por elas instituídos; **b)** impedem a edição de leis contendo dispositivos contrários ao mandamento constitucional; e **c)** estabelecem um dever legislativo para os poderes constituídos, que podem incidir em inconstitucionalidade por omissão caso não elaborem a regulamentação infraconstitucional que possibilite o cumprimento do preceito constitucional.

Os professores Pinto Ferreira e Maria Helena Diniz estabelecem uma distinção entre normas constitucionais *de eficácia absoluta*, que são de aplicação imediata e não admitem alteração por emenda constitucional, as denominadas cláusulas pétreas, e normas constitucionais *de eficácia plena*, que, embora de aplicação imediata, podem ser modificadas pelo poder constituinte derivado de reforma.

Há autores que distinguem entre normas constitucionais *preceptivas*, que produzem seus efeitos de imediato, e *programáticas*, que se voltam para o próprio legislador, estabelecendo metas a serem alcançadas pelo Estado. Como aponta Celso Bastos, as normas preceptivas atuam como comandos-regras, enquanto as programáticas como comandos-valores.

## 4 RECEPÇÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL

Sempre que promulgada uma nova Constituição, surge a questão de aproveitamento do ordenamento jurídico infraconstitucional vigente sob a anterior. A legislação infraconstitucional que estiver em conformidade com a nova ordem constitucional é por ela recepcionada, admitida como válida. A legislação infraconstitucional que estiver em desacordo com a nova ordem constitucional é revogada, ou seja, não é recepcionada pela nova Constituição. Não teria sentido inutilizar toda a legislação ordinária construída ao longo dos séculos. É por essa razão que a segunda parte do Código Comercial de 1850 e a parte especial do

Código Penal de 1940 continuam ainda em vigor. O que estiver em desacordo com a nova ordem constitucional é por ela revogado e, portanto, não recepcionado. Exemplo: a Constituição de 1988, em seu art. 227, § 6º, estabeleceu a igualdade de direitos entre “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção...”. Dessa forma, os dispositivos do Código Civil de 1916 que restringiam direitos dos filhos adulterinos e incestuosos não foram recepcionados pela nova ordem constitucional.

A legislação infraconstitucional, ao ser recepcionada pela Constituição, recebe a natureza que a nova ordem constitucional reservou para a matéria. Exemplo: a atual Carta exige que diversos dispositivos relativos à ordem tributária sejam regulamentados por lei complementar. Esses dispositivos, que constam atualmente do Código Tributário Nacional, elaborado como lei ordinária na vigência da Constituição anterior, foram recepcionados na nova ordem constitucional como legislação complementar.

## **5 REPRISTINAÇÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL**

Ocorre o fenômeno da repristinação quando uma lei volta a vigorar, pois revogada aquela que a revogara. A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 2º, § 3º, veda expressamente a repristinação: “Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”. Também não se admite o fenômeno da repristinação no direito constitucional, salvo se houver expressa previsão no texto da nova Constituição. A legislação infraconstitucional revogada pela vigência de uma Constituição não se restaura pelo surgimento de uma nova Lei Maior.

## **6 DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO**

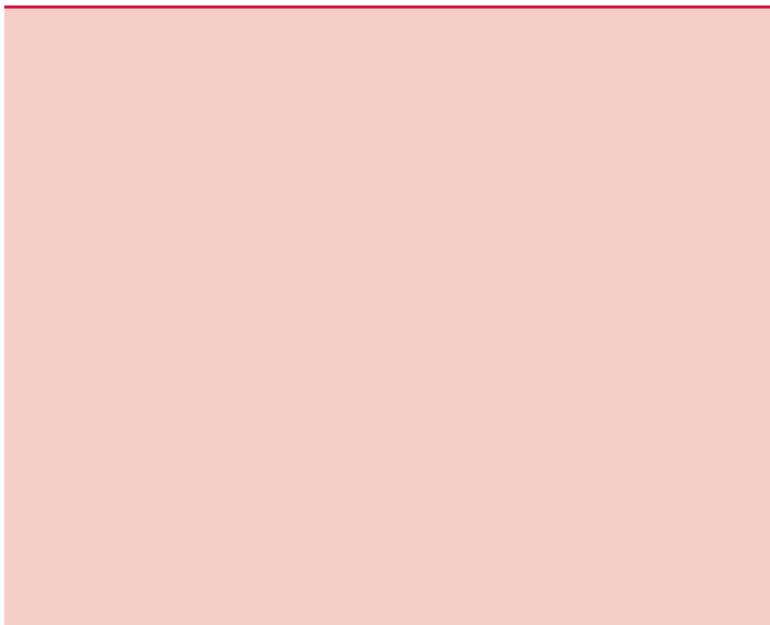
A desconstitucionalização seria a possibilidade de recepção pela nova ordem constitucional de dispositivos da Constituição anterior como legislação infraconstitucional. A ordem constitucional brasileira não admite esse fenômeno. A edição de uma nova Constituição importa na revogação total da anterior, havendo a

possibilidade somente de manutenção de dispositivos infraconstitucionais que sejam compatíveis com a nova ordem constitucional.

## **7 “VACATIO CONSTITUTIONIS”**

É o período de tempo entre a publicação de uma nova Constituição e a sua entrada em vigor. Exemplo: a Constituição brasileira de 1967 foi publicada no dia 24 de janeiro de 1967 para entrar em vigor no dia 15 de março do mesmo ano. Nesse período, teve validade a Constituição anterior, de 1946.

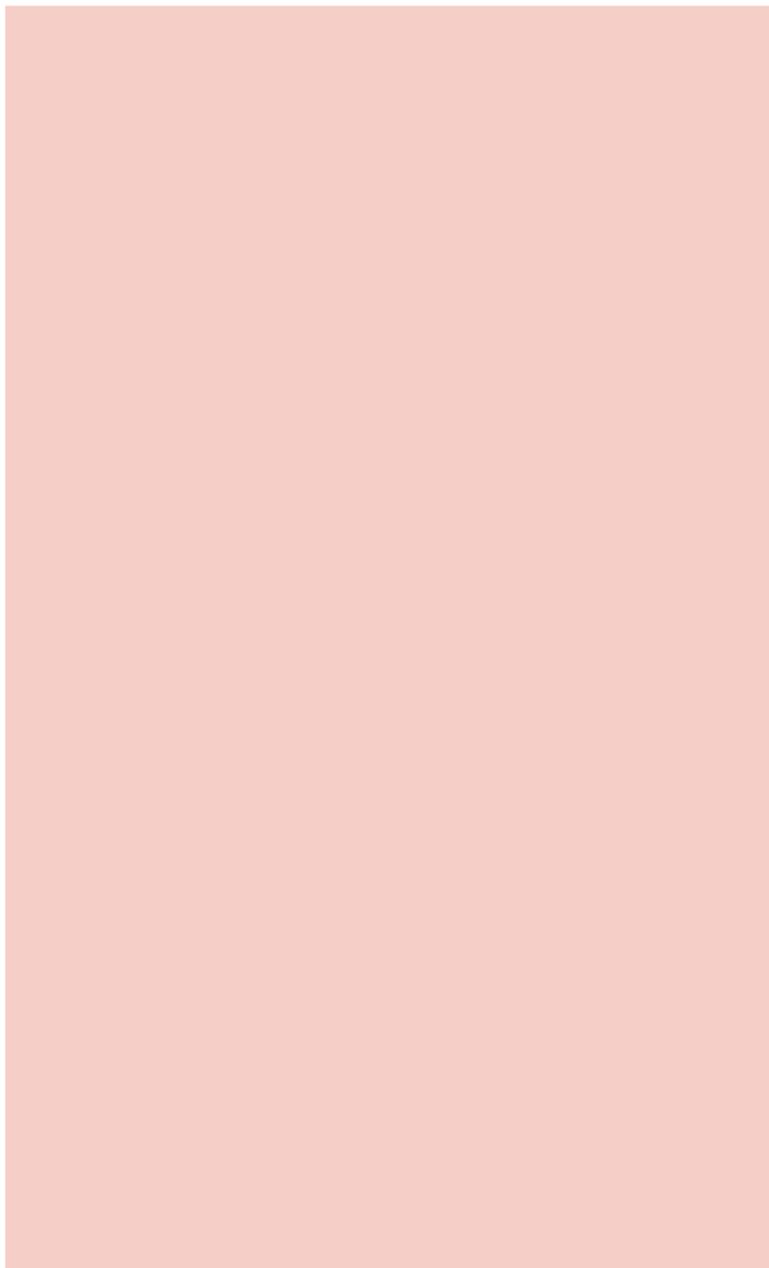
## **QUADRO SINÓTICO – EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

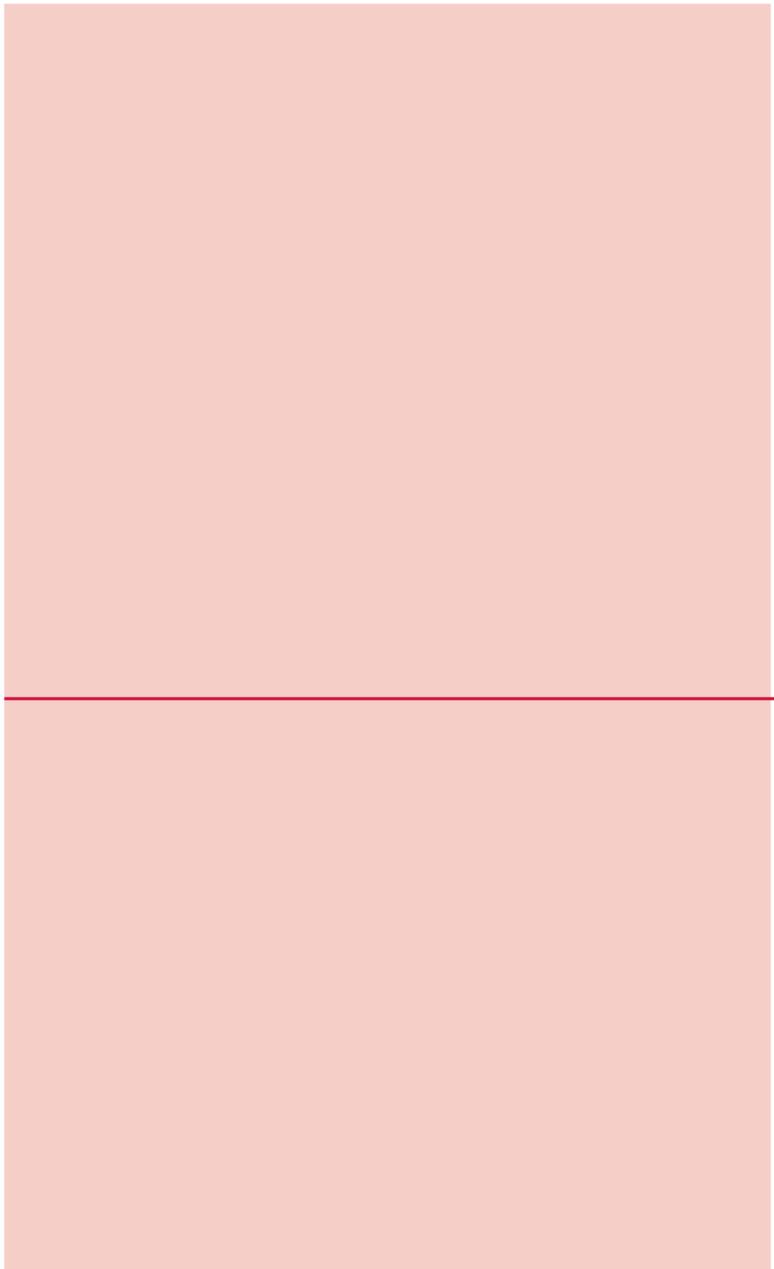


# **Classificação tradicional**



**Classificação de José  
Afonso da Silva**





# **Classificação de José Afonso da Silva**

---

# Repristinação no direito constitucional

---

**Desconstitucionalização**

---

**“Vacatio constitutionis”**



## CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

### 1 INTRODUÇÃO

Controle da constitucionalidade é a verificação da adequação vertical que deve existir entre as normas infraconstitucionais e a Constituição. É sempre um exame comparativo entre um ato legislativo, normativo ou administrativo e a Constituição. Todo ato legislativo, normativo ou administrativo que contrariar a Constituição é considerado inconstitucional.

### 2 FUNDAMENTO

O fundamento do controle da constitucionalidade encontra-se na ideia de supremacia da Constituição escrita, da existência de uma lei maior que se sobrepõe a todas as demais normas jurídicas existentes no País. A supremacia decorre da própria rigidez das Constituições escritas. Por exigir a norma constitucional um procedimento especial de alteração mais rigoroso que o das normas infraconstitucionais, todos os demais atos legislativos e administrativos são hierarquicamente inferiores. O que estiver em desacordo com a Constituição, vértice de todo o sistema jurídico, deve ser declarado inconstitucional.

Dois pressupostos são indispensáveis para que o controle de constitucionalidade seja exercido: 1<sup>º</sup>) a presença de uma Constituição rígida, da qual resulte a superioridade das normas constitucionais sobre as demais; e 2<sup>º</sup>) existência de um órgão que efetivamente assegure a supremacia do texto constitucional.

### 3 ORIGENS DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

O mecanismo de verificação da constitucionalidade das normas infraconstitucionais pelo Poder Judiciário é uma construção do constitucionalismo norte-americano. Diversos precedentes judiciais levaram ao mecanismo de verificação judicial da adequação vertical das leis com o texto constitucional, até a eclosão do famoso *case Marbury v. Madison*, relatado pelo Presidente da Suprema Corte norte-americana John Marshall em 1803. Essa doutrina do controle da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário como uma decorrência inevitável da superioridade da Constituição escrita em relação às demais normas consolidou-se na jurisprudência norte-americana. O Brasil, influenciado por esse modelo, passou a admitir o controle judicial da constitucionalidade a partir da primeira Constituição Republicana, em 1891.

Por sua vez, na Europa, a partir do século XX, com fundamento nas ideias de Kelsen, desenvolveu-se um outro modelo para assegurar a supremacia das normas constitucionais. Foi instituído o controle de constitucionalidade em abstrato, exercido por um órgão não pertencente ao Poder Judiciário, um Tribunal ou uma Corte Constitucional, examinando a lei em tese e com efeitos *erga omnes*. No Brasil, essa forma de controle foi definitivamente introduzida em 1965, com a Emenda Constitucional n. 16 à Constituição de 1946. A Constituição de 1934 já continha a possibilidade de representação interventiva por iniciativa do Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal.

## 4 FORMAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Inconstitucionalidade é a incompatibilidade entre um ato legislativo ou administrativo e a Constituição Federal. Existem duas formas de inconstitucionalidade: *por ação* e *por omissão*.

### 4.1. INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO

É a produção de atos legislativos ou normativos que contrariam dispositivos constitucionais. A inconstitucionalidade pode ser por motivos formais ou materiais. Inconstitucionalidade formal é a produção da lei ou do ato normativo por autoridade incompetente ou em desacordo com as formalidades previstas na Constituição, como prazos, ritos etc. Já a inconstitucionalidade material é a

produção de atos legislativos ou normativos que desrespeitem o próprio conteúdo das normas constitucionais.

## 4.2. INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

É a não elaboração de atos legislativos ou normativos que regulamentem preceitos constitucionais, de forma a impossibilitar o exercício destes direitos. É uma inovação da Constituição portuguesa de 1976, que foi adaptada pelo constituinte de 1988 à atual Lei Maior. Sempre que um preceito constitucional não puder ser cumprido em razão de inércia legislativa ou administrativa dos poderes constituídos, estaremos diante de uma inconstitucionalidade por omissão. Exemplo: participação dos trabalhadores na gestão da empresa, “conforme definido em lei” (CF, art. 7<sup>o</sup>, XI). Enquanto esse direito não for passível de cumprimento por falta de legislação regulamentadora, existirá uma inconstitucionalidade por omissão. Duas novas ações foram introduzidas pela Constituição de 1988 para solucionar a inércia legislativa ou administrativa: a *ação de inconstitucionalidade por omissão* (art. 103, § 2<sup>o</sup>) e o *mandado de injunção* (art. 5<sup>o</sup>, LXXI), com pressupostos e efeitos diferentes. Essas novas ações serão estudadas em capítulos próprios.

## 5 FORMAS DE CONTROLE

O controle da constitucionalidade pode ser exercido em dois momentos, antes e depois da aprovação do ato legislativo ou normativo. São duas as formas de controle: *preventivo* e *repressivo*.

**a) Controle preventivo.** Feito *a priori*, antes da elaboração da lei, impede que um projeto de lei inconstitucional venha a ser promulgado. Como o controle preventivo é realizado antes da aprovação da lei, incide sobre o projeto de lei. No Brasil é exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo. O Legislativo executa esse controle pelas Comissões (CF, art. 58). Toda Casa Legislativa possui uma Comissão de Constituição e Justiça, ou órgão semelhante, que tem como função primordial justamente a verificação da constitucionalidade do projeto de lei apresentado para aprovação. O Poder Executivo exerce essa forma de controle pelo veto do Presidente da República ao projeto de lei aprovado pelo Legislativo (CF, art. 66, § 1<sup>o</sup>).

Excepcionalmente o Poder Judiciário exerce o controle preventivo, em mandados de segurança impetrados por parlamentares para impedir a tramitação de emendas constitucionais contrárias às cláusulas pétreas (STF, MS 24.138, Rel. Min. Gilmar Mendes).

- b) Controle repressivo, sucessivo ou “a posteriori”.** É realizado após a elaboração da lei ou do ato normativo. Sua finalidade é retirar uma lei ou ato normativo inconstitucional da esfera jurídica. Essa forma de controle é exercida nos países que adotaram o sistema constitucional norte-americano pelo Poder Judiciário.

No Brasil, o Poder Judiciário exerce o controle repressivo da constitucionalidade mediante dois sistemas, em abstrato e em concreto, que serão examinados no item 12. Excepcionalmente, como veremos no item 11, em duas hipóteses, a Constituição admite o controle realizado após a edição da lei ou do ato normativo pelo Poder Legislativo.

## 6 ÓRGÃOS DE CONTROLE

O controle da constitucionalidade pode ser exercido por diversos órgãos, pertencentes ou não ao Poder Judiciário.

- a) Político.** O controle político da constitucionalidade é exercido por órgão não pertencente ao Poder Judiciário; também denominado *modelo de controle francês*. Exemplos: na França, ele é feito pelo Conselho Constitucional e, na extinta URSS, era exercido pelo *Presidium* do Soviete Supremo.
- b) Judicial ou judiciário.** O controle judicial da constitucionalidade é exercido pelos integrantes do Poder Judiciário. A verificação da adequação vertical, da correspondência entre atos legislativos e a Constituição, é feita pelos juízes e tribunais. Exemplos: Brasil e Estados Unidos. Esse controle pode ser feito pelos critérios *difuso* ou *concentrado*.

## 7 CRITÉRIOS DE CONTROLE

- a) *Difuso (sistema americano)*. O controle da constitucionalidade é exercido por todos os integrantes do Poder Judiciário. Qualquer juiz ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade da lei no caso em exame (Estados Unidos).
- b) *Concentrado (sistema austríaco)*. O controle só é exercido por um Tribunal Superior do país ou por uma Corte Constitucional (Alemanha).
- c) *Misto ou híbrido*. O controle de constitucionalidade é exercido pelos dois critérios, difuso e concentrado.

O Brasil adota o critério misto: o difuso no controle em concreto e o concentrado no controle em abstrato. Essas formas de controle serão examinadas no item 12.

## 8 MEIOS DE CONTROLE

- a) *Incidental, via de defesa ou via de exceção*. O objeto da ação é a satisfação de um direito individual ou coletivo, sendo alegada de forma incidental, como uma questão prejudicial, a ofensa do ato legislativo ou normativo ao texto constitucional.
- b) *Principal ou via de ação*. O objeto da ação é a própria declaração da inconstitucionalidade do ato legislativo ou normativo.

## 9 EFEITOS DA DECISÃO

- a) *“Inter partes”*. A decisão produz efeitos somente entre as partes, para as pessoas que participaram da relação processual. É uma consequência da via de defesa.
- b) *“Erga omnes”*. A decisão produz efeitos para todos. É uma consequência da via de ação.

## 10 NATUREZA DA DECISÃO

- a) *“Ex tunc”*. A decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo é retroativa, alcançando a lei e todas as suas consequências jurídicas desde a origem.
- b) *“Ex nunc”*. A decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo não é retroativa, produzindo efeitos a partir da sua publicação.

Em regra as decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade, em ação declaratória de constitucionalidade e em arguição de descumprimento de preceito fundamental possuem efeitos *ex tunc*. Contudo, a Lei n. 9.868/99, em seu art. 27, e a Lei n. 9.882/99, em seu art. 11, estipulam que “... tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”, a denominada modulação de efeitos da decisão.

## 11 CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

No Brasil o controle da constitucionalidade é exercido por todos os poderes constituídos, Executivo, Legislativo e Judiciário, pois todos têm o dever de zelar pelo respeito à Constituição.

O *controle preventivo* é exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo, que impedem que um projeto de ato legislativo inconstitucional venha a ser aprovado. O Poder Legislativo realiza o controle pela Comissão de Constituição e Justiça existente em toda Casa Legislativa, que examina o projeto de ato legislativo sob esse aspecto antes da votação em Plenário (CF, art. 58). O Poder Executivo exerce essa forma de controle pelo poder de veto jurídico do Presidente da República ao projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional (CF, art. 66, § 1º).

De forma extraordinária, o Supremo Tribunal Federal tem admitido, somente por parte de parlamentares, o exercício de um controle jurisdicional preventivo da constitucionalidade. É assegurado aos membros do Poder Legislativo o direito público subjetivo à correta formação de espécies normativas, impedindo a tramitação de emendas constitucionais e leis que contrariem dispositivos constitucionais. Por exemplo, é possível a concessão de um mandado de segurança contra ato do Presidente de uma Casa Legislativa que

admita a tramitação de uma proposta de emenda constitucional que pretenda a supressão de uma cláusula pétrea (*RTJ*, 99:1.031 e *Informativo STF*, n. 239). Em relação às demais pessoas, em respeito ao princípio constitucional da separação de poderes, não se admite o ingresso em juízo para se questionar a constitucionalidade de projeto de ato legislativo, havendo a necessidade de se aguardar eventual aprovação e promulgação.

O *controle repressivo* é exercido pelo Poder Judiciário. Caso o projeto de lei que contenha alguma inconstitucionalidade venha a ser aprovado pelo Legislativo e sancionado pelo Executivo, a lei poderá ter seu vício declarado pelo Poder Judiciário. *O controle repressivo é exercido por duas vias, tanto de forma abstrata, pela via principal ou de ação, como também de forma concreta, pela via de exceção ou incidental.*

A Constituição Federal, de forma excepcional, em duas hipóteses, admite que o controle repressivo da constitucionalidade seja exercido pelo Poder Legislativo, com a finalidade de retirar do ordenamento jurídico normas já editadas, com plena vigência e eficácia: 1ª) decreto legislativo do Congresso Nacional visando sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (CF, art. 84, IV, segunda parte) ou dos limites da delegação legislativa (CF, art. 68, § 2ª), conforme o disposto no art. 49, V; 2ª) medidas provisórias rejeitadas pelo Congresso Nacional por apresentarem vício de constitucionalidade, por não atenderem aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência (CF, art. 62, § 5ª).

## **12 DOIS SISTEMAS DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE: EM ABSTRATO E EM CONCRETO**

Existem dois sistemas de verificação da constitucionalidade de um ato legislativo ou normativo federal ou estadual em relação à Constituição Federal: em abstrato ou em concreto. No primeiro, o objeto da ação é a própria constitucionalidade da norma impugnada. No segundo, o demanda busca a satisfação de um direito individual ou coletivo, sendo a questão da constitucionalidade arguida de forma incidental. No Brasil, esses dois sistemas convivem de forma harmoniosa, com as particularidades a seguir destacadas.

*Controle em abstrato, direto, via principal ou de ação ou concentrado da constitucionalidade.* Conforme entendimento adotado

pela nossa Suprema Corte, o controle abstrato da constitucionalidade é processo de natureza objetiva, em que é questionada a própria constitucionalidade ou não de uma lei ou ato normativo, não se admitindo a discussão de situações de interesses meramente individuais. Essa forma de controle apresenta as características a seguir enunciadas.

- a) O objeto da ação é a própria declaração da inconstitucionalidade ou constitucionalidade do ato legislativo ou normativo (via principal ou de ação).
- b) A ação deve ser proposta diretamente perante o Supremo Tribunal Federal (controle concentrado).
- c) A decisão tem efeito *erga omnes* (vale para todos, produzindo coisa julgada mesmo para as pessoas e órgãos que não participaram da ação). Por se tratar de um processo de natureza objetiva, entidades privadas não podem participar no polo passivo do processo de ação direta de inconstitucionalidade, mesmo que sejam atingidas pelos efeitos da decisão (STF, ADIn 1.254, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 19 set. 1997, p. 45530). Essa vedação, da intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade, contida expressamente na Lei n. 9.868/99, em seu art. 7<sup>o</sup>, *caput*, foi abrandada pela introdução em nosso direito positivo da figura do *amicus curiae*, cuja função será examinada no item 17 deste capítulo.
- d) A ação só pode ser proposta pelos órgãos e pessoas mencionadas no art. 103 da Constituição Federal (titularidade). Esse rol foi ampliado pela Carta de 1988, pois antes só era reconhecida a legitimidade ao Procurador-Geral da República para a propositura dessa forma de controle de constitucionalidade.
- e) Declarada a inconstitucionalidade, a lei torna-se imediatamente inaplicável, salvo alguma modulação de efeito temporal determinada excepcionalmente pelo Supremo Tribunal Federal.

*Controle em concreto, indireto, via de defesa, via de exceção, difuso ou aberto da constitucionalidade.*

- a) O objeto da ação é a satisfação de um direito individual ou coletivo. A inconstitucionalidade do ato legislativo ou normativo é arguida incidentalmente (*incidentur tantum*) por qualquer uma das partes, autor ou réu (via incidental ou de defesa). Pelo autor, pode ser arguida em sede de mandado de segurança, *habeas corpus* ou qualquer outra ação. Pelo réu, em sua defesa judicial (via incidental ou de defesa).
- b) A questão pode ser arguida perante qualquer juiz ou tribunal (controle difuso). Dessa forma, pela via difusa, há possibilidade de decisões conflitantes, conforme o entendimento de cada órgão judicial.

- c) A decisão produz efeitos *inter partes*. Só vincula e produz coisa julgada para as partes da relação processual.
- d) A questão só pode ser arguida pelo titular do direito individual ou coletivo.
- e) Declarada a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário eventualmente interposto (CF, art. 102, III, *a*), há necessidade da comunicação ao Senado Federal, para que esta Casa Legislativa providencie a suspensão da executoriedade da lei declarada inconstitucional pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil (CF, art. 52, X).

### 13 MODALIDADES DE AÇÃO DIRETA

No direito constitucional positivo brasileiro existem cinco modalidades de controle em abstrato ou direto da constitucionalidade: **a)** ação direta de inconstitucionalidade; **b)** ação declaratória de constitucionalidade; **c)** ação de inconstitucionalidade por omissão; **d)** representação interventiva; **e)** arguição de descumprimento de preceito fundamental.

#### 13.1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIN) (CF, ART. 102, I, "A", PRIMEIRA PARTE)

A ação direta de inconstitucionalidade visa a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual perante a Constituição Federal. Trata-se de ação de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Seu procedimento está estabelecido na Lei n. 9.868/99. Tratando-se de arguição de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal perante a Constituição Estadual, a competência originária será dos Tribunais de Justiça de cada Estado (CF, art. 125, § 2º).

#### 13.2. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE (ADC) (CF, ART. 102, I, "A", SEGUNDA PARTE)

Trata-se de nova forma de controle de constitucionalidade em abstrato, introduzida pela Emenda Constitucional n. 3, de 1993. Essa

ação visa a declaração da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal. Observa o Min. Gilmar Mendes que a finalidade da ADC é a preservação da ordem jurídica constitucional, com vista a afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal. A principal função é transformar a presunção de constitucionalidade, que milita em favor dos atos normativos, em presunção absoluta. Serve para afastar o controle difuso e a controvérsia sobre a aplicação de determinada norma no âmbito do Executivo e do Judiciário. A razão histórica dessa modalidade de ação foi dar ao governo a oportunidade de obter uma rápida decisão judicial definitiva do Supremo Tribunal Federal que produzisse efeitos *erga omnes*, evitando decisões contrárias em instâncias inferiores e o não cumprimento da medida legislativa adotada. Para a propositura dessa ação é indispensável a demonstração da existência de séria divergência jurisprudencial que justifique o uso dessa forma de controle direto da constitucionalidade. Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, há “necessidade de que esse dissídio se exteriorize em proporções relevantes, pela ocorrência de decisões antagônicas, que, em ambos os sentidos e em volume expressivo, consagrem teses conflitantes” (STF, ADC 8-DF, Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo STF*, n. 160). O Supremo não pode ser transformado em um simples órgão de consulta sobre a constitucionalidade de uma lei antes da comprovação de um sério dissídio judicial. O procedimento da ação declaratória de constitucionalidade está estabelecido na Lei n. 9.868/99. Não cabe essa modalidade de ação para a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, em razão de falta de previsão constitucional.

### 13.3. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (CF, ART. 103, § 2º)

Nova forma de controle de constitucionalidade, introduzida pela Constituição de 1988. O objeto da ação é suprir a omissão dos poderes constituídos, que deixaram de elaborar a norma regulamentadora que possibilita o exercício de um direito previsto na Constituição. Estabelece o art. 103, § 2º, que, “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Tratando-se de omissão administrativa, o órgão competente será cientificado para providenciar a norma regulamentadora faltante no prazo de trinta dias. No caso de omissão legislativa, simplesmente o Congresso

Nacional é comunicado da mora, sem a estipulação de qualquer prazo para a elaboração da indispensável norma infraconstitucional para o exercício do direito previsto na Constituição não autoaplicável. A omissão pode ser *total*, quando há falta da norma regulamentadora que possibilite o exercício do direito, ou *parcial*, se a norma não permitir o integral cumprimento do direito previsto na Constituição Federal. Exemplo de omissão total: o direito à participação dos trabalhadores na gestão da empresa, “conforme definido em lei”, estabelecido no art. 7º, XI, da Constituição, até hoje não pode ser exercido por falta de legislação regulamentadora. Exemplo de omissão parcial: o salário mínimo, pelo seu valor, não atende às exigências estabelecidas na Constituição, em seu art. 7º, IV: “salário mínimo, fixado em lei... capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social...”.

A decisão proferida em sede de ação de inconstitucionalidade por omissão só possui caráter mandamental quando se tratar de omissão meramente administrativa, hipótese em que o órgão responsável deverá providenciar a edição da medida faltante no prazo máximo de trinta dias, sob pena de incidir na prática do crime de desobediência. Tratando-se de inércia total ou de atuação normativa deficiente de qualquer um dos poderes constituídos, Executivo, Legislativo ou Judiciário, nossa Suprema Corte não pode se substituir ao órgão estatal moroso, providenciando, por si só, a edição do provimento normativo faltante. Sua decisão tem caráter de mera admoestação, de comunicação do não cumprimento do preceito constitucional.

Nota-se uma recente evolução na jurisprudência da Suprema Corte, considerando a sua atual composição. No julgamento da ADIn 3.682, em 9-5-2007, o Supremo Tribunal Federal, acolhendo voto do Min. Gilmar Mendes, além de declarar a omissão legislativa no cumprimento do disposto no art. 18, § 4º, da Constituição Federal, estabeleceu o prazo de dezoito meses para que seja elaborada a referida lei. De acordo com a decisão, “não se trata de impor prazo para atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas de fixação de parâmetro temporal razoável”.

A ação de inconstitucionalidade por omissão veio a ser disciplinada pela Lei n. 12.063/2009. Possuem legitimidade ativa para propô-la as mesmas pessoas e órgãos que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. Proposta a ação, não se admitirá desistência. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para adoção das medidas necessárias para a superação da questão. Em caso de a omissão ser de responsabilidade de órgão administrativo, as providências necessárias deverão ser adotadas no prazo de trinta dias. A lei faculta a

possibilidade de o Supremo Tribunal Federal estipular, excepcionalmente, “prazo razoável”, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido. Em casos de excepcional urgência e relevância da matéria, a Suprema Corte, por maioria absoluta de seus membros, após ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão constitucional, com prazo de cinco dias para se manifestar, poderá conceder medida cautelar.

#### 13.4. REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA (CF, ART. 129, IV)

Além da declaração da inconstitucionalidade, essa ação visa o restabelecimento da ordem constitucional no Estado ou no Município. Existem duas modalidades de ação interventiva: *federal* e *estadual*. A primeira busca promover a intervenção da União nos Estados (arts. 34, 36, III, e 129, IV), enquanto a estadual, a intervenção dos Estados nos Municípios. A intervenção federal é de competência originária do Supremo Tribunal Federal e a estadual, dos Tribunais de Justiça.

#### 13.5. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (CF, ART. 102, § 1º, ADPF)

A Constituição, em seu art. 102, § 1º, estabeleceu uma nova forma de controle concentrado da constitucionalidade. Compete ao Supremo Tribunal Federal apreciar e julgar arguição de descumprimento de preceito fundamental. Essa ação constitucional, prevista em norma de eficácia limitada, veio a ser regulamentada somente pela Lei n. 9.882/99. Dada a previsão da incidência do princípio da subsidiariedade, essa ação constitucional não será admitida “quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade” (Lei n. 9.882/99, art. 4º, § 1º). Poderá ser proposta quando não for cabível ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, mandado de segurança, ação popular, agravo regimental, recurso extraordinário, reclamação ou qualquer outra medida judicial apta a sanar, de maneira eficaz, a situação de lesividade, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal (*Informativo STF*, n. 243). Foi concedida legitimidade ativa para as mesmas pessoas e órgãos previstos no rol estabelecido no art. 103 da Constituição Federal. Aos demais interessados é facultado solicitar, mediante representação, ao Procurador-Geral da República, a propositura dessa arguição. A ação pode ser proposta para: **a)** evitar ou reparar lesão a preceito

fundamental decorrente de ato ou omissão do Poder Público; e **b)** quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Esse segundo objeto estende o alcance do controle da constitucionalidade perante a Constituição Federal para as leis municipais e para as elaboradas antes da sua vigência, ampliando o campo de alcance do controle concentrado do Supremo Tribunal Federal. A decisão proferida possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação ao Poder Público. Foi atribuída à Suprema Corte, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, a possibilidade de estabelecer, por maioria de 2/3, que a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de qualquer outro momento que venha a ser fixado. Observa Gilmar Mendes que a ADPF pode dar ensejo à impugnação de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal (caráter principal), como pode partir de situações concretas que levem ao questionamento da lei ou ato normativo (caráter incidental).

## **14 CONCEITO DE LEI E ATO NORMATIVO PARA EFEITO DE CONTROLE EM ABSTRATO DA CONSTITUCIONALIDADE**

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 102, I, *a*, que poderá ser declarada a inconstitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo federal ou estadual. Entende-se que o vocábulo *lei* foi empregado em sentido amplo, admitindo-se a verificação da adequação constitucional em relação a qualquer modalidade de ato legislativo prevista no art. 59: emendas à Constituição, leis ordinárias, leis complementares, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Qualquer espécie de ato legislativo pode ser objeto do controle direto da constitucionalidade, desde que seja de caráter geral e abstrato. Atos legislativos de efeitos concretos, com destinatários certos, não são suscetíveis dessa forma de controle. O conceito de *ato normativo* abrange todos os atos expedidos pelos poderes constituídos, contendo regras gerais e abstratas que não estejam inseridas no conceito de *lei* empregado pela Constituição. Alcança, entre outras medidas, decretos do Poder Executivo, instruções normativas da Secretaria da Receita Federal, normas regimentais de tribunais federais e estaduais, decisões normativas do Conselho Superior da Magistratura ou do Conselho Superior do

## **15 CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR NO CONTROLE EM ABSTRATO DA CONSTITUCIONALIDADE**

A Constituição Federal admite expressamente a concessão de *cautelar* nas ações diretas de inconstitucionalidade (art. 102, I, *p*). O Supremo Tribunal Federal já decidiu que é possível também, mesmo sem previsão constitucional expressa, dentro do poder geral de cautela do Poder Judiciário, a concessão de medida cautelar em ações declaratórias de constitucionalidade. A Lei n. 9.868/99, que dispõe sobre essas modalidades de ação, admite a concessão de medida cautelar pela maioria absoluta dos membros do tribunal, após audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo, salvo no período de recesso ou de excepcional urgência.

## **16 PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO**

Pelo princípio da reserva de Plenário, os tribunais somente poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo Órgão Especial (CF, art. 97). Trata-se de uma cautela introduzida na Constituição brasileira de 1934 e reiterada em todas as seguintes. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, quer no controle em abstrato, quer no controle em concreto da constitucionalidade, dada a sua relevância, não pode variar de acordo com a composição da Turma julgadora, nem estar sujeita a maiorias ocasionais. Tendo sido arguida a inconstitucionalidade de uma lei perante órgão fracionário do tribunal (Câmaras, Grupos, Turmas ou Seções), a questão constitucional deverá ser examinada pelo Plenário do tribunal ou pelo respectivo Órgão Especial. Competirá ao órgão fracionário do tribunal, em acolhendo a alegação, submeter a controvérsia jurídica ao Tribunal Pleno (STF, *RTJ*, 150:223-4). Contudo, acompanhando a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, foi acrescentado um parágrafo único ao art. 481 do Código de Processo Civil, que recebeu

a seguinte redação: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 10 com o seguinte enunciado: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

## **17 FUNÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO E DO AMICUS CURIAE NO CONTROLE EM ABSTRATO DA CONSTITUCIONALIDADE**

- a) O *Procurador-Geral da República* é sempre ouvido nos processos de controle de constitucionalidade. Sua função é de *custos legis*, de defesa da ordem jurídica, mesmo quando é o autor da ação, podendo opinar pela sua procedência ou não (CF, art. 103, § 1º).
- b) O *Advogado-Geral da União* exerce a função de defensor da lei (*defensor legis*) ou do ato normativo federal ou estadual impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, velando pela presunção de constitucionalidade das normas infraconstitucionais elaboradas pelo Poder Público (CF, art. 103, § 3º). Não poderá sustentar posição contrária ao ato impugnado (STF, ADIn 1.254-1, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, 10 set. 1997). Por atuar como curador da norma impugnada, na defesa do ato ou texto impugnado, não lhe cabe a simples emissão de parecer (ADI 2.906 e 3.674/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, *Informativo STF*, n. 633). Deverá ser intimado para, no prazo de quinze dias, apresentar a defesa do ato impugnado (Lei n. 9.868/99, art. 8º).
- c) Um novo personagem processual foi introduzido no controle de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico. Trata-se do denominado *amicus curiae*, previsto na Lei n. 9.868/99, atuando nos dois sistemas de controle de constitucionalidade, em abstrato e em concreto. Na ação direta de inconstitucionalidade, por se tratar de um processo de natureza objetiva, em que não são examinados direitos individuais, é vedada expressamente a intervenção de terceiros. Esse rigor é atenuado pelo disposto no

art. 7º, § 2º, da mencionada legislação, ao admitir a intervenção de outros órgãos ou entidades, por despacho do relator, atendendo os pressupostos de relevância da matéria e da representatividade adequada dos postulantes. Como observou o Ministro Celso de Mello, trata-se de um fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, e tem por finalidade pluralizar o debate constitucional, ao possibilitar a “participação formal de órgãos ou entidades que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem valores essenciais de grupos ou classes sociais” (ADIn-MC-2.130/SC). Dispositivo semelhante foi incluído no controle de constitucionalidade em concreto, durante a tramitação do incidente de declaração de inconstitucionalidade (Código de Processo Civil, art. 482, § 3º).

## 18 CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS MUNICIPAIS

A atual Constituição, em seu art. 102, I, *a*, admite o controle em abstrato ou direto somente de leis ou atos normativos federais ou estaduais. Em razão da ausência de previsão constitucional expressa, o Supremo Tribunal Federal não conhece de ações diretas de inconstitucionalidade de leis municipais perante a Constituição Federal, em razão da impossibilidade jurídica do pedido (STF, ADIn 1.803-0-SP, Rel. Min. Moreira Alves, *DJU*, 24 abr. 1998, p. 4). Tratando-se de lei municipal contrária à Constituição Federal, é possível apenas o controle difuso da constitucionalidade, podendo a questão ser examinada pelo Supremo somente pela via incidental, no julgamento de casos concretos, produzindo efeitos *inter partes*.

A lei municipal que contrariar a Constituição Estadual poderá ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça (CF, art. 125, § 2º). Reproduzindo a Constituição Estadual norma da Carta Federal de observância obrigatória nos Estados, é possível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, por afronta à Constituição Estadual, perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Tratando da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a Lei n. 9.882/99 expressamente admite o exame de controvérsia constitucional fundada em lei municipal, perante o

Supremo Tribunal Federal, ampliando o campo de alcance de controle concentrado da Suprema Corte.

## 19 COMUNICAÇÃO AO SENADO FEDERAL DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A Constituição Federal, em seu art. 52, X, dispõe que compete privativamente ao Senado “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Duas controvérsias surgiram sobre o alcance desse dispositivo, ambas já solucionadas pela jurisprudência constitucional brasileira. 1<sup>4</sup>) O Supremo Tribunal Federal estabeleceu que somente nos processos de controle em concreto da constitucionalidade, em que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei é proferida de forma incidental (*incidentur tantum*), com efeito *inter partes*, há necessidade de comunicação da decisão do Senado, para que este órgão providencie a suspensão da executividade da lei. Transitada em julgado, a decisão no caso concreto produz efeitos *ex tunc* e *inter partes*, ou seja, retroativos e alcançando apenas as partes da relação processual. Assim que publicada a resolução do Senado Federal, é suspensa a executividade da lei, com a extensão dos efeitos *ex nunc* e *erga omnes*, ou seja, a decisão passa a valer para todos, sem possuir efeitos retroativos. A resolução do Senado não invalida, nem revoga a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, apenas lhe retira a eficácia jurídica, produzindo efeitos em relação a todos a partir daquela data. Nas decisões proferidas no controle direto ou em abstrato da constitucionalidade já não há necessidade dessa comunicação, pois o v. aresto assim que publicado produz efeitos *erga omnes*, dispensando a comunicação ao Senado Federal para que providencie a suspensão da executividade da lei. 2<sup>4</sup>) O Senado Federal não é obrigado a suspender a executividade da lei assim que recebe a comunicação da decisão definitiva proferida pela via incidental. Os Poderes Judiciário e Legislativo são independentes. A decisão do Supremo Tribunal Federal não vincula o Senado, que age com absoluta discricionariedade, podendo optar pela suspensão imediata ou aguardar por outras decisões proferidas no mesmo sentido. Michel Temer entende que o Senado poderá, inclusive, retirar parcialmente a eficácia de uma lei que o Supremo Tribunal Federal tenha declarado, em seu todo, inconstitucional. O Senado age

com absoluta discricionariedade, conforme lhe assegura o art. 52, X, ao possibilitar a suspensão parcial ou total da lei.

## 20 TITULARIDADE

Antes da Constituição de 1988 somente o Procurador-Geral da República possuía legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Como exercia o cargo por deliberação do Presidente da República, sendo demissível *ad nutum*, não agia com absoluta independência, deixando de propor diversas ações reclamadas pela sociedade civil. Como a atual Constituição foi concebida em um momento de aspiração democrática da sociedade brasileira, ampliou-se o rol das pessoas legitimadas para a propositura de tal ação, bem como se conferiu mandato ao Procurador-Geral da República. Hoje, de acordo com o art. 103 da Constituição Federal, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade: o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas e da Câmara Legislativa, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Esse elenco é taxativo, tendo sido interpretado de forma extremamente restritiva pelo Supremo Tribunal Federal. Dentro dessa concepção restritiva, o Supremo entende que não possuem legitimidade ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade diversas entidades, tais como Mesas de Câmaras Municipais, sindicatos, centrais de trabalhadores, federações e a União Nacional de Estudantes.

A Emenda Constitucional n. 45 ampliou a titularidade para a propositura da ação declaratória da constitucionalidade, estabelecendo a mesma legitimidade prevista para a ação direta de inconstitucionalidade.

Por outro lado, estendeu a legitimidade ativa para a propositura da ação direta para a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal e para o Governador da mesma entidade federativa. O Distrito Federal acumula as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios (CF, art. 32, § 1º). A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal já aceitava o controle em abstrato de leis distritais que ferissem a Constituição Federal, desde que editadas em matéria de competência legislativa estadual.

Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental as mesmas pessoas e órgãos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (Lei n. 9.882/99, art. 2º, I).

## 21 PERTINÊNCIA TEMÁTICA

Pertinência temática é a relação existente entre a norma impugnada e a entidade que ingressa com a ação direta de inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal tem exigido de algumas das pessoas e dos órgãos relacionados no art. 103 da Constituição Federal a demonstração de um especial interesse em obter decisão de declaração da inconstitucionalidade da norma impugnada. Em relação a esses autores a demonstração da *pertinência temática*, como reiteradamente vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, é pressuposto da legitimidade ativa para a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 1.151, *RTJ*, 158:790, ADIn 1.519, *DJ*, 13 dez. 1996, e ADIn 2.027-7, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ*, 13 set. 1999, p. 2). São considerados *autores interessados* ou *especiais*, que precisam demonstrar a denominada *pertinência temática*, as Mesas das Assembleias Legislativas, os Governadores de Estado e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. São tidos como *autores neutros*, considerados com legitimidade ativa universal, pois não precisam demonstrar especial interesse na declaração da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional.

## 22 NORMAS ELABORADAS ANTES DA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO

Em virtude da recepção somente de normas infraconstitucionais compatíveis com a atual Constituição, não há possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos

normativos elaborados antes de sua entrada em vigor. De acordo com a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, ou as normas infraconstitucionais elaboradas na vigência da Carta anterior são compatíveis com a nova ordem constitucional e, portanto, recepcionadas pela Constituição em vigor, ou são incompatíveis e foram revogadas com sua promulgação. O exame judicial da vigência ou não dessas normas infraconstitucionais poderá ser feito somente pela via difusa, no julgamento do caso concreto.

Pela mesma razão, tendo sido aprovada uma nova emenda à Constituição, eventual incompatibilidade entre uma lei e a norma constitucional superveniente não pode ser objeto de controle direto da constitucionalidade. A questão da revogação ou não da lei pela emenda constitucional superveniente poderá ser examinada somente pela via difusa (STF, ADIn 718-1, *DJU*, 18 dez. 1998, p. 49).

Contudo, tratando-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, a Lei n. 9.882/99, em importante inovação, veio expressamente a admitir a propositura de ação por fundamento em controvérsia constitucional sobre lei anterior à Constituição.

## 23 NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS

Há autores que sustentam a possibilidade da existência de normas constitucionais inconstitucionais, com fundamento na doutrina do autor alemão Otto Bachoff. As normas constitucionais que fossem incompatíveis com os princípios constitucionais fundamentais que formariam uma Constituição jurídica universal, mesmo não incluídas na Lei Máxima do Estado, poderiam ser declaradas inconstitucionais.

Considerando, contudo, a natureza absoluta do poder constituinte originário, somente se deve admitir a possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais quando emanadas do poder constituinte derivado. As elaboradas pelo poder constituinte originário são todas da mesma hierarquia, não havendo a possibilidade de revogação de umas pelas outras. Eventuais conflitos de normas são todos aparentes, devendo ser resolvidos pelos princípios gerais de hermenêutica. Apenas normas elaboradas pelo poder constituinte derivado em desconformidade com as denominadas cláusulas pétreas da Lei Fundamental podem ser inconstitucionais. Como salientado por Alexandre de Moraes, “não haverá possibilidade de declaração de normas constitucionais *originárias* como

inconstitucionais”. Somente em relação a normas constitucionais elaboradas pelo poder constituinte derivado há possibilidade de ser reconhecida eventual inconstitucionalidade. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 939-DF, ao impedir a cobrança do IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira), instituído pela Emenda n. 3, de 1993, no mesmo exercício de sua criação, em respeito ao princípio constitucional da anterioridade, um dos direitos individuais considerados como imutáveis pela atual Constituição brasileira (arts. 60, § 4º, IV, e 150, III, *b*).

## 24 ESPÉCIES DE DECISÕES PROFERIDAS NO CONTROLE EM ABSTRATO DA CONSTITUCIONALIDADE

Ao julgar o mérito de uma ação direta de inconstitucionalidade ou de uma ação declaratória de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal deverá decidir pela constitucionalidade ou não do ato legislativo ou normativo federal ou estadual. Qualquer que seja a decisão, pela procedência ou não da ação, produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Uma lei em desacordo com a Constituição, quer em sentido formal, quer material, considerando o princípio da supremacia da norma constitucional, é nula, sem qualquer efeito jurídico válido. Dessa forma, a decisão é retroativa, produzindo, em regra, efeitos *ex tunc*.

Diferentes *declarações de nulidade de lei*, como aponta Gilmar Ferreira Mendes, podem ser proclamadas pelo Supremo Tribunal Federal: **a)** nulidade total; **b)** nulidade parcial; e **c)** declaração de nulidade sem redução de texto.

### 24.1. DECLARAÇÃO DE NULIDADE TOTAL

A lei, ou ato normativo, é declarada totalmente inconstitucional, o que ocorre frequentemente em leis aprovadas com vícios formais, como de iniciativa, de procedimento legislativo ou de repartição de competência.

## 24.2. DECLARAÇÃO DE NULIDADE PARCIAL

Considerando a possibilidade de divisibilidade da lei, é declarada a nulidade somente dos dispositivos inconstitucionais, aproveitando-se os demais.

## 24.3. DECLARAÇÃO PARCIAL DE NULIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO (LEI N. 9.868/99, ART. 28, PARÁGRAFO ÚNICO)

O Supremo Tribunal Federal limita-se a declarar a inconstitucionalidade apenas de determinadas situações de aplicação da lei (p. ex., imposição de tributo no mesmo exercício financeiro e de correção monetária a situações já consolidadas), reconhecendo a possibilidade de aplicação da lei a outras hipóteses (imposição de tributo no exercício financeiro seguinte ou de novos dispositivos legais sem violação de direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos ou decisões já transitadas em julgado).

## 24.4. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO (LEI N. 9.868/99, ART. 28, PARÁGRAFO ÚNICO)

Em outras decisões, o Supremo Tribunal Federal utiliza-se da *interpretação conforme a Constituição*. Existindo duas ou mais interpretações possíveis de uma lei, declara-se a validade do dispositivo legal, indicando-se qual é compatível com a Constituição Federal e deve ser adotada. Os limites da interpretação conforme a Lei Maior encontram-se na vontade do legislador. A pretexto de se buscar o sentido da norma constitucional, não se pode afrontar a manifesta intenção do legislador, sob pena de violação do princípio da separação de poderes.

## 24.5. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO

Em regra, as decisões proferidas no controle de constitucionalidade possuem efeitos retroativos, declarando a nulidade da norma impugnada a partir de sua vigência. Contudo, a Lei n. 9.868/99, em seu art. 27, e a Lei n. 9.882/99, em seu art. 11, influenciadas pela doutrina alemã e por decisões das cortes constitucionais europeias, vieram a atenuar o rigor da doutrina tradicional, aceitando que, em ações diretas de inconstitucionalidade,

em ações declaratórias de constitucionalidade e em arguições de descumprimento de preceito fundamental, tendo “em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Essa técnica de decisão veio a receber a denominação de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Própria do sistema em abstrato, tem sido admitida, em caráter excepcional, até mesmo no controle incidental da constitucionalidade de leis e atos normativos. É matéria reservada à competência do Pleno do STF, incidindo, pois, o princípio da reserva de plenário. Pode ser adotada somente com a existência de maioria qualificada de dois terços de seus membros e em hipóteses em que a concessão de efeitos retroativos ou até mesmo imediatos possa trazer sensíveis prejuízos para a segurança jurídica ou a ordem social (AI-AgR 638.361-RJ, Rel. Min. Celso de Mello). A Suprema Corte, em caso concreto, declarou a procedência de ação de inconstitucionalidade com efeitos prospectivos, postergando os efeitos da decisão até mesmo em 24 meses (STF, ADIn 2.240, Rel. Min. Eros Grau).

## 25 EFEITOS DA DECISÃO

Decisões em ação direta de inconstitucionalidade, em ação declaratória de constitucionalidade e em arguições de descumprimento de preceito fundamental somente poderão ser tomadas por maioria absoluta de votos, em observância ao princípio da reserva de Plenário inserido no art. 97 da Constituição Federal. Em um colegiado de onze membros vitalícios, exige-se o voto de pelo menos seis Ministros, em um sentido ou no outro. O *quorum* para instalação da sessão de julgamento será de pelo menos oito. Não alcançada a maioria necessária para proferir a decisão, o julgamento será suspenso, aguardando-se o voto dos Ministros ausentes, até que se obtenha a maioria absoluta.

Decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade, em ações declaratórias de constitucionalidade e em arguições de descumprimento de preceito fundamental são irrecorríveis, por emanarem da mais alta Corte Judiciária do País, ressalvada somente a possibilidade de interposição de embargos declaratórios. Não podem ser modificadas sequer em sede de ação rescisória. Em regra

essas decisões produzem efeitos *ex tunc*. Sendo a lei inconstitucional nula, ela, em tese, não deve produzir nenhum efeito jurídico. Mas o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por 2/3 de seus membros, pode estabelecer que a decisão produza efeitos a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Em um colegiado de onze membros, 2/3 dos votos, feito o arredondamento para mais, significam o voto de oito Ministros. Essa mesma possibilidade de concessão de efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* é admitida na hipótese de concessão de medida cautelar. Os diversos aspectos da decisão proferida no controle em abstrato da constitucionalidade estão previstos na Lei n. 9.868/99.

*Resultado dúplice.* As decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade possuem o denominado efeito dúplice. Como consta do art. 24 da Lei n. 9.868/99: “proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”. A decisão do Supremo Tribunal Federal proferida nessas modalidades de ação, quer julgadas procedentes ou improcedentes, sempre produzirá os efeitos acima mencionados.

## **26 INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA OU LEI AINDA CONSTITUCIONAL**

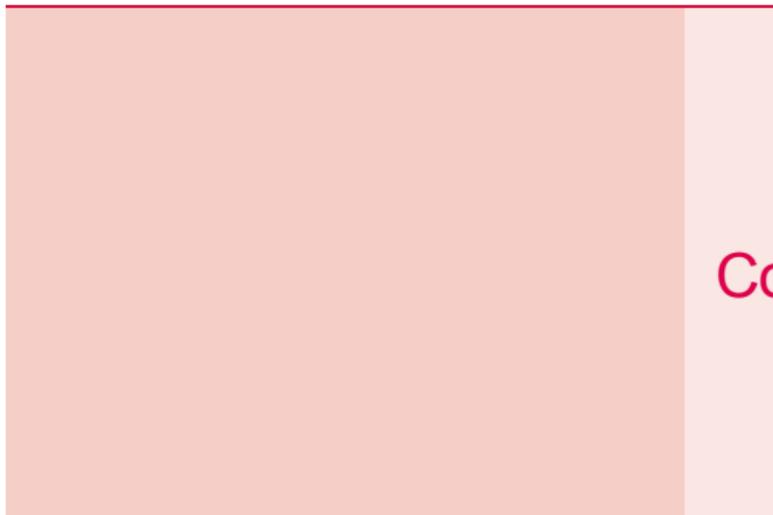
O Supremo Tribunal Federal, inspirado na jurisprudência alemã, tem adotado, em certos casos, uma nova técnica de decisão, que consiste em um processo gradual de declaração da inconstitucionalidade de uma lei, aguardando uma superveniente mudança de fatos. Em recurso extraordinário no qual se discutia a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil *ex delicto* (Código de Processo Penal, art. 68), decidiu-se pela recepção do dispositivo pela nova ordem constitucional enquanto as Defensorias Públicas não estiverem devidamente estruturadas em cada Estado (RE 135.328-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio). No julgamento do HC 70.514/RS, a Suprema Corte entendeu não reconhecer a inconstitucionalidade de dispositivo de lei que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, até que sua organização, nos Estados, alcance o nível do respectivo Ministério

Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública (Rel. Min. Sydney Sanches).

## 27 DESCUMPRIMENTO DE NORMAS INCONSTITUCIONAIS

O descumprimento de uma norma inconstitucional não ofende a ordem jurídica. De acordo com o entendimento doutrinário dominante, uma lei inconstitucional é absolutamente nula, não produzindo nenhum efeito jurídico, não sendo imperativa. Dessa forma, o Poder Executivo, assim como os demais poderes, não são obrigados a cumprir lei que entendem como manifestamente ofensiva à Constituição. Contudo, ante a gravidade da medida, essa providência deverá ser determinada pelo Chefe do Poder, que deverá também providenciar a medida adequada para a declaração da inconstitucionalidade da norma que ofenda a Lei Maior.

### QUADRO SINÓTICO – CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE



# Controle da constitucionalidade

Fu

Pr

Or



a)  
inc  
pc

**Inconstitucionalidade**

b)  
inc  
po



**Formas de controle** a) p



**Formas de controle**

b) re

**Órgãos de controle**

a) p

b) ju

## **Critérios de controle**

a) d

b) c

c) m

a) in

## Meios de controle

de d  
de e

b) p  
de a

“*Inte*

**Efeitos da decisão**

*“Erg*

**Natureza da  
decisão**

*“Ex*

**Natureza da  
decisão**

*“Ex*

**Controle de  
constitucionalidade  
no Brasil**

Con  
cons

*Con*

EXCI

exerc

Pod

pela

Con

Just

em

Legi

art.

Exec

pode

juríd

Pod

lei

Legi

66,

Pod

no

## Controle de constitucionalidade no Brasil

pois  
exce  
tem  
aos  
Pod  
drei  
subj  
form  
espe  
norm  
*Con*  
exer  
Judic  
princ  
defe  
Con:  
form

form  
adm  
hipó  
cont  
seja  
Pod

a)

legis  
Con  
visa  
norm  
Exec  
exor  
regu  
art.  
part  
de

ua  
legis  
68,  
disp  
da  
med  
rejei  
Conq  
Naci  
aten  
pres  
relev  
urgê  
65, §

a)  
*abst*

## Dois sistemas de controle de constitucionalidade

...  
princ  
ou  
cons  
– é  
natu  
em  
ques  
 próp  
cons  
ou  
ou  
não  
disc  
situa  
merc  
indiv

## Constitucionais adotados no Brasil

mar  
Car  
o ob  
a  
decl  
inco  
do e  
norm  
princ  
açã  
a e  
prop  
diret  
o  
conc  
a c  
efeit

a aç

prop

órgã

men

103

Fede

(titul

decl

inco

a l

torna

imec

inap

b)

Dois sistemas de

con  
via c  
exce  
aber  
o ob  
satis  
drei  
cole  
inco  
do a  
norm  
incid  
qual  
part  
(via  
defe

## Dois sistemas de controle de constitucionalidade adotados no Brasil

a qu  
argu  
qual  
tribu  
difus  
difus  
poss  
deci  
conf  
a  
efeit  
a q  
ser  
titula  
indiv  
decl



inco  
pelo  
Tribu  
sede  
extra  
art.  
qual  
cont  
há  
com  
Sen:  
para  
a  
exec  
lei  
inco

art.

---

a) ,

*Inco*

(AD,

*I, a,*

– vi

da

inco

de

norm

esta

Con

Ação

com

origi

---

**Modalidades de  
ação direta**

Tratado  
inco  
de  
norm  
ou r  
a  
Esta  
com  
origi  
Tribu  
de c  
art.

**b) A  
de  
Con  
(AD**

*I, a,*  
– vi:  
da  
cons  
de  
norm  
Intrc  
Eme  
Con:  
Tem  
pres  
exist  
cont  
relev  
cons  
de c

ou  
fede  
c) ,  
*Inco*  
*por*  
*art.*

supr  
Pod  
cons  
deix  
elab  
regu

poss  
exer  
direi

un cr

Con:

d)

*inter*

*arts.*

*129,*

decl

inco

esta

resta

orde

no

Mun

*inter*

–

Uniã

de

## Modalidades de ação direta

do  
STF  
*esta*  
inter  
Esta  
Mun  
com  
Tribu  
de c  
e)  
*desc*  
*prec*  
*func*  
*art.*  
açã  
a) e  
lesã



ressa  
fund  
decc  
omis  
Públ  
for  
fund  
cont  
cons  
lei c  
fede  
mun  
os  
Con:

Os  
som

**Princípio da  
reserva de plenário  
(CF, art. 97)**

decl  
inco  
de  
norm  
Públ  
maic  
seus  
dos  
resp  
Esp  
relev  
deci  
esta  
maic

a) A

leis  
norm  
ou e  
a  
Fede  
**a**); **b**  
lei  
cont  
Con:  
Fede  
aper  
difus  
cons  
**c**) le  
cont  
Con:

## **Controle da constitucionalidade de leis municipais**

dual  
obje  
para  
de ,  
125,  
repr  
Con:  
Esta  
Cart  
poss  
prop  
da  
para  
Con:  
Esta  
de J

recu  
extra  
STF  
9.88  
regu  
ADF  
exar  
cont  
cons  
fund  
mun  
Supl

---

a)  
*nulic*  
ou :

**Espécies de  
decisões  
proferidas no  
controle em  
abstrato da  
constitucionalidade**

decl  
inco  
b)  
*nulic*  
cons  
divis  
decl  
inco  
som  
disp  
inco  
aprc  
dem

---

c)  
*parc*

**Espécies de  
decisões  
proferidas no  
controle em  
abstrato da  
constitucionalidade**

*sem  
texto*

a

inco

aper

dete

situa

aplic

reco

poss

aplic

outra

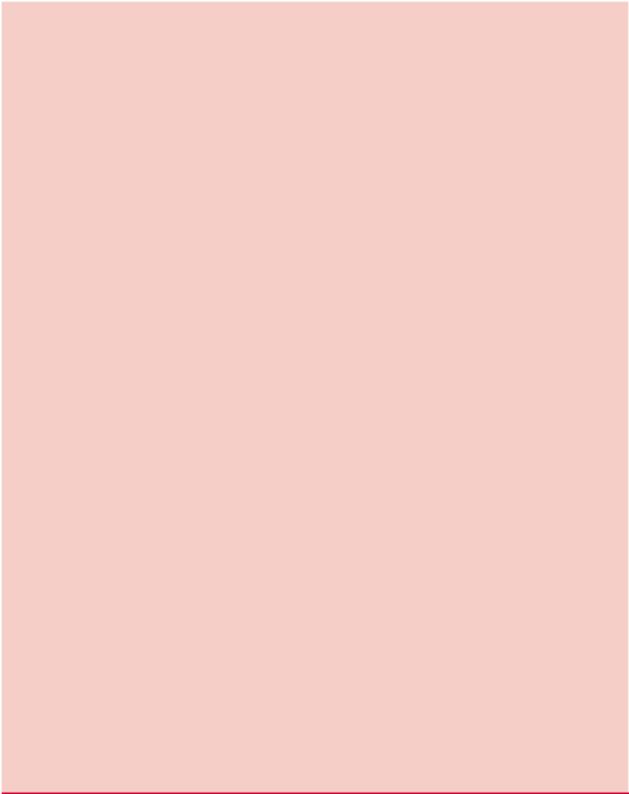
d)

*cont*

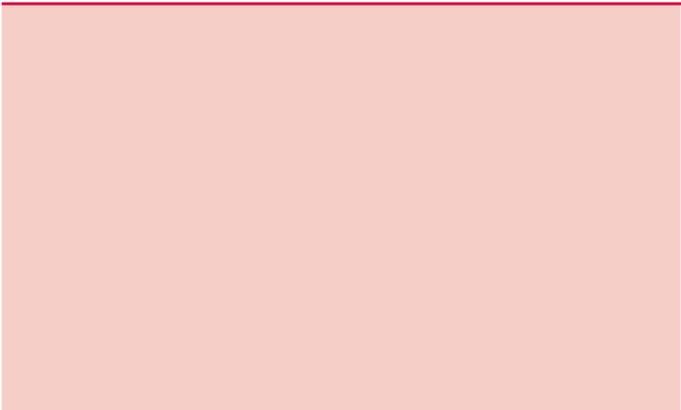
*Con*

exist

reco



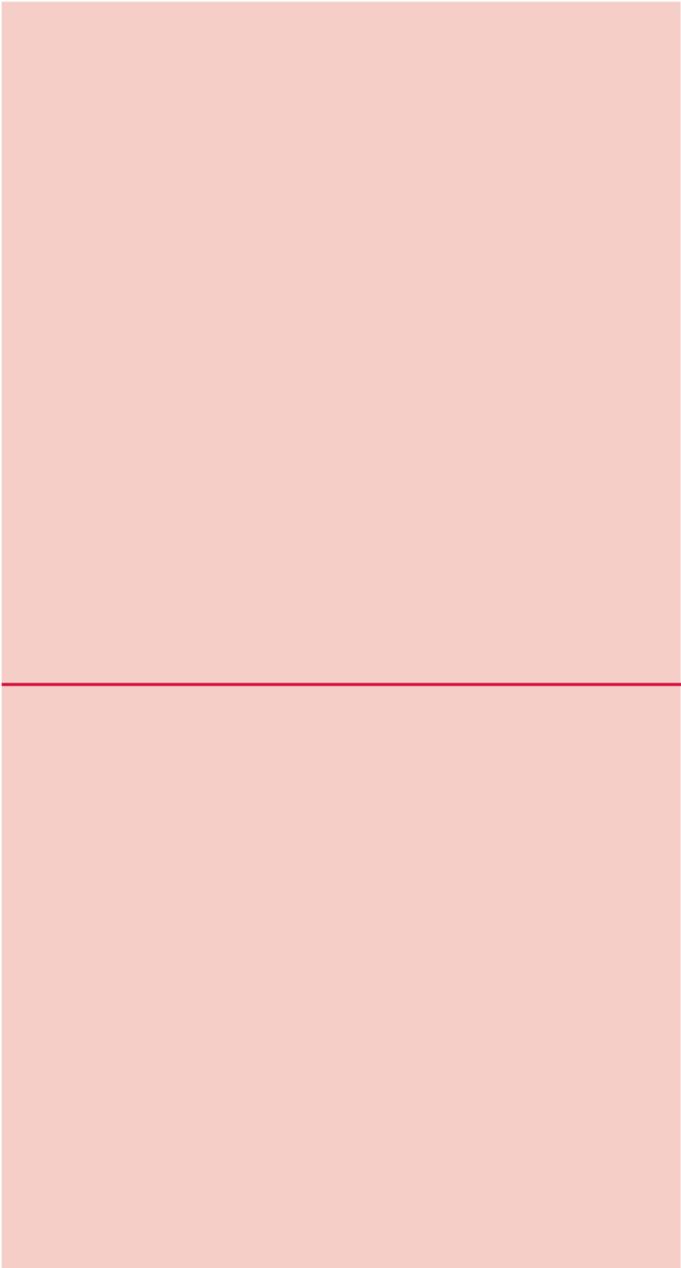
mais  
poss  
decl  
valid  
disp  
indic  
com  
Con  
e  
adot



Er  
de  
no  
co  
pc

## Modulação temporal dos efeitos da decisão

re  
de  
nu  
im  
su  
Co  
9.8  
ar  
qu  
ra:  
jur  
ex  
int  
ST  
dc  
me



os  
de  
de  
ter  
pa  
jul  
mo  
a :

---

De  
en  
inc  
en  
de  
co  
pc

## Resultado dúplice

de  
dú  
dis  
Le  
de  
pr  
mo  
aç  
pr  
im  
se  
ef

Ac  
Su  
Fe

**Inconstitucionalidade  
progressiva ou lei  
ainda constitucional**

de  
qu  
pr  
de  
inc  
de  
ag  
su  
mi

## 1 PREÂMBULO (OU PARTES INTRODUTÓRIAS)

É o texto que precede os dispositivos constitucionais. O preâmbulo faz parte da Constituição. Consagram-se nesse texto introdutório da Carta Magna algumas questões fundamentais: **a)** quem fez a Constituição; **b)** com qual autoridade; e **c)** quais os princípios fundamentais que influenciaram na sua elaboração. O preâmbulo possui um inegável valor de interpretação das normas constitucionais, por ter emanado do próprio poder constituinte originário, o mesmo que elaborou a Constituição.

*Efeitos.* Os efeitos do preâmbulo são amplamente discutidos na doutrina. Para alguns autores, como Pinto Ferreira, o preâmbulo possui efeito vinculante, normativo, pois seus princípios fazem parte do próprio texto constitucional. Dessa forma, se uma lei violar os princípios contidos nesse texto de introdução à Constituição, ainda que não ofenda explicitamente nenhum dispositivo, será inconstitucional. Para outros autores, como José Celso de Mello Filho, serve somente como elemento de interpretação do texto constitucional, não possuindo força vinculante, pois desprovido de qualquer regra de direito positivo. Serviria apenas como elemento de interpretação das normas constitucionais. Para uma terceira corrente, preconizada por Jorge Miranda, o preâmbulo é parte da Constituição, mas seu conteúdo não teria a mesma eficácia jurídica de uma norma constitucional. Na Constituição brasileira, considerando o seu caráter analítico, essa questão teórica é desprovida de qualquer importância prática, pois todos os princípios contidos no preâmbulo foram reproduzidos em seu texto.

*Histórico.* Todas as Constituições brasileiras possuíram preâmbulo. Uma particularidade a ser observada é que somente duas não fizeram a invocação do nome e da proteção de Deus (o elemento teocrático): as Constituições de 1891 e 1937. Ambas em razão da influência positivista na proclamação da República e na formação pessoal de Getúlio Vargas.

*Constituição de 1988.* Na atual Constituição, o preâmbulo esclarece que ela foi elaborada por *representantes do povo brasileiro*, eleitos para compor uma *Assembleia Nacional Constituinte*, com a finalidade de instituir um *Estado Democrático de Direito*, destinado a

tornar efetivos, como *valores supremos* (mais importantes) de uma *sociedade fraterna* (de irmãos, com a colaboração de todos na consecução de objetivos comuns), *pluralista* (com livre formação de correntes políticas e ideológicas) e *sem preconceitos* (ideias discriminatórias, recebidas sem qualquer juízo crítico), os seguintes ideais: “exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”.

## 2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

### 2.1. INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira inicia com o Título I dedicado aos “princípios fundamentais”. Esse destaque realça a importância dada às normas jurídicas informadoras da organização do Estado brasileiro. A valorização dos princípios tem sido uma das tendências do direito constitucional contemporâneo.

### 2.2. CONCEITO

Princípios fundamentais são as normas jurídicas informadoras do ordenamento constitucional brasileiro. Sobre essas diretrizes básicas foi elaborada a Constituição brasileira. Contêm os mais importantes valores que influenciaram a elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil. Os princípios são dotados de normatividade, ou seja, possuem efeito vinculante, constituem normas jurídicas efetivas. Existe uma tendência moderna no direito constitucional denominada pós-positivismo, em que há valorização jurídica e política dos princípios constitucionais.

### 2.3. FINALIDADES DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Conforme ensina Paulo Bonavides, os princípios constitucionais possuem três funções extremamente relevantes na ordem jurídica: **a)** fundamentadora; **b)** interpretativa; e **c)** supletiva.

Pela função fundamentadora, estabelecem as diretrizes de todo um sistema de normas constitucionais. Possuem eficácia

derrogatória e diretiva. Com a função interpretativa, permitem o alcance da verdadeira finalidade da lei no momento de sua aplicação. Pela função supletiva, realizam a tradicional tarefa de integração do ordenamento jurídico. Esta última função é a prevista no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

## 2.4. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Considerando que os princípios constitucionais foram expressamente inseridos no texto constitucional, a norma infraconstitucional que viole qualquer um deles, previstos expressamente ou de forma implícita, é inconstitucional e, portanto, deve ser retirada do mundo jurídico. A violação de um princípio é, muitas vezes, mais grave que a de uma regra jurídica específica, pois ofende uma norma informadora de todo um sistema jurídico. É conhecida a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello a respeito: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade... representa insurgência contra todo o sistema, subversão de valores fundamentais...”.

## 2.5. NORMAS JURÍDICAS: PRINCÍPIOS E REGRAS

As normas jurídicas são classificadas pela doutrina moderna em duas espécies: princípios e regras. O importante é ressaltar que tanto as regras como os princípios são dotados de valor normativo, jurídico, imperatividade. Dentre os muitos critérios apresentados para distinguir essas duas espécies de normas jurídicas, salientaremos alguns.

*Princípio* é tradicionalmente definido como mandamento nuclear, verdadeiro alicerce ou disposição fundamental de um sistema normativo (Celso Antônio Bandeira de Mello). As regras seriam a concretização destes princípios. Observe-se que há princípios que, embora não enunciados em nenhum dispositivo legal, são extraídos do ordenamento jurídico e servem para fundamentar decisões judiciais.

*Princípios e regras.* Entre os autores que distinguem princípios e regras há dois que merecem um especial destaque, em uma

brevíssima síntese:

*Ronald Dworkin (Levando os direitos a sério)* sustenta que, ao lado das regras jurídicas, existem também os princípios. As regras são aplicáveis pelo critério de subsunção, possuem a dimensão da validade, de *tudo ou nada*. Em caso de conflito de regras, pelos critérios tradicionais de resolução (hierarquia, cronológico e especialidade), aplica-se uma ou outra regra. Ou os pressupostos fáticos de aplicação da regra estão presentes e ela é válida ou não estão presentes e ela não é aplicável. Os princípios, por sua vez, são aplicáveis pela dimensão do peso; em caso de colisão entre princípios, terá prevalência aquele que, no caso concreto, tiver maior peso. Isso não significa que o princípio preterido deixará de valer, pois, em outra situação, poderá prevalecer.

*Robert Alexy (Teoria dos direitos fundamentais)* ensina que os princípios são mandamentos de otimização, normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. As regras, ao contrário, estabelecem mandamentos ou comandos definitivos; se uma regra é válida, outra não é aplicável. As colisões de princípios devem ser resolvidas pelo sopesamento, balanceamento ou ponderação entre os valores envolvidos na solução do caso concreto.

Canotilho observa, ainda, que os princípios são normas com um grau de abstração elevada; ao contrário, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida. Os princípios, por serem vagos e indeterminados, precisam de normas concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta. Os princípios são normas de caráter estruturante, servem como fundamento de regras. Exemplos de princípios: arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, *caput*, incisos I e II, 37, *caput*, 170 e 206. Já as regras possuem um menor grau de generalidade e abstração e alta densidade normativa, pois dispensam a aplicação de outras regras. A aplicação de uma regra dispensa a aplicação de outra. Exemplos de regras contidas no texto constitucional: arts. 57 e 242, § 2º.

## 2.6. COLISÕES DE PRINCÍPIOS E CONFLITOS DE REGRAS

As colisões de princípios são resolvidas pelo critério de peso, preponderando o de maior valor no caso concreto, pois ambas as normas jurídicas são consideradas igualmente válidas. Por exemplo: o eterno dilema entre a liberdade de informação jornalística e a tutela da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (CF, art. 220, § 1º). Há necessidade de compatibilizar ao máximo os princípios, podendo prevalecer, no caso concreto, a

aplicação de um ou outro direito. Já os conflitos de regras são resolvidos na dimensão da validade, em que a aplicação de uma regra importa a não aplicação da outra. Conflitos de regra são resolvidos pelos critérios tradicionais de interpretação: considera-se a norma dotada de superioridade hierárquica (hierárquico), a lei posterior revoga a anterior (cronológico), a lei específica prevalece sobre a regra geral (da especialidade).

## 2.7. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

A Constituição abre seu título com uma série de princípios informadores do Estado brasileiro: republicano, federativo e democrático (art. 1º, *caput*); soberania nacional, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político (incisos do art. 1º); separação de poderes (art. 2º); liberdade, justiça e solidariedade, desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; igualdade (art. 3º). O último inciso do art. 3º, inciso IV, ao fixar entre os objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, estabelece como princípio constitucional, na definição de Luiz Alberto David Araujo, a busca da felicidade. Outros princípios fundamentais estão espalhados por todo o texto constitucional, de forma explícita ou implícita. Muitos de forma até repetitiva, para que não sejam desconsiderados.

## 3 DENOMINAÇÃO ATUAL DO ESTADO BRASILEIRO

O nome atual do Estado brasileiro é “República Federativa do Brasil”. Na época do Império, era chamado “Império do Brasil”. Com a proclamação da República, em razão da forte influência da Constituição norte-americana, passamos à denominação “Estados Unidos do Brasil”, designação que foi mantida nas Constituições de 1934, 1937 e 1946 como “Estados Unidos do Brasil”, já incorporada a reforma ortográfica da língua portuguesa. A Carta Constitucional de 1967 simplificou o nome do Estado brasileiro simplesmente para “Brasil”. A Constituição de 1969 adotou a fórmula de “República Federativa do Brasil”, que foi mantida pela atual.

*República Federativa do Brasil.* Na atual denominação constam a forma federativa de organização do Estado brasileiro e

republicana de organização do governo. A forma federativa de Estado é cláusula pétrea (art. 60, § 4º, I). Já a forma republicana de governo foi retirada pela Constituição de 1988 desse rol, possibilitando a realização de um plebiscito em que o povo brasileiro, por ampla maioria, manifestou-se por sua conservação como forma de organização. Os conceitos de Federação e República serão examinados quando do estudo do Título III da Constituição brasileira, denominado “Da Organização do Estado”.

## 4 REPÚBLICA

República, do latim *res publica* (coisa pública), é a forma de governo que se caracteriza pela eleição periódica dos membros do Poder Executivo e Legislativo e um regime de responsabilidade das pessoas que ocupam cargos públicos. Apresenta três características básicas: a eletividade, a periodicidade dos membros do Poder Legislativo e Executivo e a responsabilidade das pessoas que ocupam cargos públicos. Prevalece no Brasil desde 1889, com a edição do Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889. Como consequência do regime republicano são previstas no texto constitucional eleições periódicas para a escolha de representantes da vontade popular para a ocupação de cargos nos Poderes Executivo e Legislativo, a possibilidade de *impeachment* do Presidente da República e a necessidade das pessoas que ocupam cargos públicos de prestarem contas de seus atos. Uma das hipóteses de intervenção federal é assegurar a observância da forma republicana de governo nos Estados-Membros (art. 34, VII, *a*).

## 5 FEDERAÇÃO

Federação é a aliança de Estados para a formação de um Estado único, em que as unidades federadas preservam sua autonomia política, enquanto a soberania é transferida para o Estado Federal. O federalismo possibilita a coexistência de diferentes coletividades políticas dentro de um Estado único, havendo diversas esferas de atribuições fixadas na própria Constituição entre a União e

os Estados Federados. O conceito de Federação será examinado ao tratarmos do Título III da Constituição Federal, denominado “Da Organização do Estado”.

## 6 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Estado Democrático de Direito é um aperfeiçoamento do tradicional conceito de Estado de Direito. Historicamente não mais bastava para a identificação do regime democrático. O Estado de Direito é o Estado regido por leis, em contraposição à concepção absolutista de Estado, que é regido pela força, pela vontade do monarca. De acordo com José Afonso da Silva, o Estado de Direito, um conceito próprio do liberalismo, apresenta três características básicas: **a)** império das leis; **b)** divisão de poderes; e **c)** enunciado e garantia de direitos individuais.

Essas características infelizmente não serviram para diferenciar regimes democráticos de não democráticos. Regimes ditatoriais apresentaram-se como Estados de Direito, com leis impostas de forma autoritária, separação somente formal de poderes e um enunciado de direitos individuais apenas nominal. Não é por acaso que diversos países, após períodos de autoritarismo, adotaram outras formas para a identificação de seus regimes políticos e valorizaram os direitos humanos em sua lei fundamental. A Alemanha, após a derrocada do nazismo, passou a denominar-se “Estado federal, democrático e social”, enunciando logo no art. 1º que *“A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”*. A Espanha, depois da transição do regime franquista para o democrático, adotou o conceito de “Estado Social e Democrático de Direito”. Portugal, após a Revolução dos Cravos, com a redemocratização do país, intitula-se como um “Estado de Direito Democrático”, estabelecendo em seu art. 1º que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Em processo de transição do regime militar para a democracia, a Constituição brasileira de 1998 define, logo em seu art. 1º, a República Federativa do Brasil como um “Estado Democrático de Direito” e consagra a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos. Podemos conceituar o *Estado Democrático de Direito* como o Estado regido por leis, em que o governo está nas mãos de representantes

legitimamente eleitos pelo povo e há ampla valorização dos direitos humanos.

## 7 FUNDAMENTOS DO ESTADO BRASILEIRO

A Constituição, logo em seu art. 1<sup>º</sup>, aponta cinco fundamentos da organização do Estado brasileiro. Eles devem ser interpretados como os principais valores na organização da ordem social e jurídica brasileira.

*Soberania.* Constitui um dos atributos do próprio Estado, pois não existe Estado sem soberania. Significa a supremacia do Estado brasileiro na ordem política interna e a independência na ordem política externa.

*Cidadania.* O termo “cidadania” foi empregado em sentido amplo, abrangendo não só a titularidade de direitos políticos, mas também civis. Alcança tanto o exercício do direito de votar e ser votado como o efetivo exercício dos diversos direitos previstos na Constituição, tais como educação, saúde e trabalho. Cidadania, no conceito expresso por Hannah Arendt, o direito a ter direitos.

*Dignidade da pessoa humana.* O valor dignidade da pessoa humana deve ser entendido como o absoluto respeito aos direitos fundamentais de todo ser humano, assegurando-se condições dignas de existência para todos.

O ser humano é considerado pelo Estado brasileiro como um fim em si mesmo, jamais como meio para atingir outros objetivos.

*Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.* O trabalho e a livre iniciativa foram identificados como fundamentos da ordem econômica estabelecida no Brasil, ambos considerados indispensáveis para o adequado desenvolvimento do Estado brasileiro. Esses dois fatores revelam o modo de produção capitalista vigente. A Constituição pretende estabelecer um regime de harmonia entre capital e trabalho.

*Pluralismo político.* O pluralismo político significa a livre formação de correntes políticas no País, permitindo a representação das diversas camadas da opinião pública em diferentes segmentos. Esse dispositivo constitucional veda a adoção de leis infraconstitucionais que estabeleçam um regime de partido único ou um sistema de bipartidarismo forçado ou que impeçam uma corrente política de se manifestar no País.

## 8 SEPARAÇÃO DE PODERES

O sistema de separação de poderes é a divisão funcional do poder político do Estado, com a atribuição de cada função governamental básica a um órgão independente e especializado. Três são as funções governamentais básicas: legislativa, executiva e judiciária. A denominação de cada órgão varia segundo a destinação que lhe é dada. O sistema de separação de poderes será examinado ao tratarmos do Título IV da Constituição Federal, denominado “Da Organização dos Poderes”.

## 9 OBJETIVOS FUNDAMENTAIS

A nossa Constituição, quanto ao modelo, classifica-se como dirigente, pois estabelece metas que devem ser buscadas pelo Estado brasileiro, diretrizes que devem informar os programas de atuação governamental em todas as esferas do poder político. A atual Carta brasileira foi a primeira a fixar objetivos para o Estado, em uma clara inspiração da Constituição portuguesa elaborada após a restauração democrática. Trata-se de uma Constituição voltada não só para o presente, mas também para o futuro. Observa-se que os objetivos previstos em seu art. 3º não se confundem com os fundamentos estabelecidos no art. 1º. Os fundamentos são princípios inerentes ao próprio Estado brasileiro, fazem parte de sua construção. Já os objetivos fundamentais são as finalidades a serem alcançadas. Essas metas, muito embora possam apresentar-se, de certa forma, como utópicas, servem de claro rumo para os governos nacionais na formulação e implementação de suas políticas. Esses dispositivos constitucionais possuem inegável carga jurídica, sendo inconstitucional qualquer medida que venha a contrariá-los.

Foram estabelecidos quatro objetivos fundamentais para a República Federativa do Brasil.

- a) *Construir uma sociedade livre, justa e solidária.* O Estado brasileiro deve buscar a construção de uma sociedade informada pelos princípios de liberdade, justiça e solidariedade.
- b) *Garantir o desenvolvimento nacional.* Desenvolvimento nacional em todos os sentidos, não somente econômico, mas também social. Deve ser entendido como a busca do aumento da

produção interna, bem como da melhoria dos índices de desenvolvimento social (saúde, educação, moradia etc.). Um aumento do PIB (Produto Interno Bruto) desacompanhado de melhor distribuição de renda, sem sombra de dúvida, não caracteriza desenvolvimento nacional.

- c) *Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.* A pobreza é uma característica dos países do terceiro mundo, do capitalismo periférico. Uma decorrência desse princípio é a vedação constitucional de salários mínimos regionais (art. 7º, IV), medida que contribuiria para a preservação da desigualdade entre os Estados mais desenvolvidos do Sul e Sudeste do País e os do Norte e Nordeste.
- d) *Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.* Essa preocupação com a igualdade e a eliminação de qualquer forma de discriminação informa diversos dispositivos constitucionais, como na consagração do princípio da igualdade e no manifesto combate ao racismo. A Lei n. 7.716/79 pune os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Diversas outras formas de intolerância devem ser combatidas, como as decorrentes de gênero ou de orientação sexual.

O desrespeito a um dos objetivos importa em desobediência de um dos princípios fundamentais da ordem constitucional, justificando séria repulsa pelos poderes constituídos.

## QUADRO SINÓTICO – PREÂMBULO E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

*Preâmbulo* é o texto que os dispositivos constitucionais Consagram-se neste introdutório: a) quem

Constituição; b) com autoridade; e c) quais os princípios fundamentais que influenciaram sua elaboração.

### *Princípios fundamentais*

normas jurídicas informam o ordenamento constitucional brasileiro. Contêm os valores importantes que influenciaram a elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil. Os princípios possuem efeito vinculante e constituem normas efetivas.

## Finalidades dos princípios fundamentais

a)

*fundame*

– esta

as direti

todo um

de

constituc

b) *interj*

– perm

alcance

verdadei

finalidade

no mom

sua aplic

c) *supl*

## Classificação das normas jurídicas

realizam  
tradição  
de integr  
ordenam  
jurídico.

*Princípios  
regras* –  
espécies  
normas j  
princípios  
regras,  
dotados  
normative  
jurídico  
imperativ

Para a  
moderna  
*Princípios*  
mandam  
de otir  
normas  
estabele  
algo de  
realizado  
maior  
possível  
das  
possibilic  
fáticas  
jurídicas  
aplicáveis

## Princípios e regras

...  
dimensão  
peso, e  
de  
*Regras*  
mandam  
comand  
definitivo  
aplicáveis  
critério  
subsunção  
possuem  
dimensão  
validade,  
ou nada  
pressup  
fáticos

.....  
aplicação  
norma  
presente  
é válida  
estão pl  
e ela  
aplicável

---

*Colisão*  
*princípio*  
resolvida  
critério c  
preponde  
de maic  
no  
concreto

## Colisão de princípios e conflitos de regras

ambas normas consideradas igualmente válidas.

### *Conflitos de regras*

resolvido critérios tradicionais interpretação hierárquica considerada norma de superior hierárquica

cronológic  
posterior  
a anterior  
da espec  
– lei es  
prevalece  
a regra g

---

Princípio  
informad  
Estado  
brasileirc  
*a) repu*  
*b) feder*  
*democrá*  
*soberani*

**Princípios  
constitucionais  
fundamentais**

*nacional  
cidadania  
dignidad  
pessoa l  
g)  
sociais  
trabalho  
livre ir  
h) plu  
político;  
separaçã  
poderes;  
liberdade  
justiça;  
solidarie  
m)*

desenvolvimento  
nacional  
erradicação  
pobreza  
marginal  
e redução  
desigualdades  
sociais  
regionais  
igualdade  
promoção  
bem de t

Do latim  
*publica*  
pública)

## República

torna  
governo  
caracteri  
eleição p  
dos men  
Poder E  
e Legis  
um reg  
responsa  
das pess  
ocupam  
públicos.  
Apresent  
caracteri  
básicas:  
eletividad

periodicidade  
dos meses  
Poder  
Legislativo  
Executivo  
responsabilidade  
das pessoas  
ocupam  
públicos.

---

É a aliança  
Estados e  
formação  
Estado  
em que  
unidades

## Federação

...  
federadas  
preservam  
autonomia  
política,  
enquanto  
soberania  
transferida  
o ... |  
federal.  
federalism  
possibilita  
coexistênc  
diferentes  
coletividad  
políticas  
de um |

único, há diversas e de atrib fixadas própria Constituição entre a U os E federados.

O Estad Direito apresenta característ básica império da

**Estado  
Democrático  
de Direito**

b) divisão  
poderes;  
enunciado  
direitos  
garantias  
individuais.

*Estado  
Democrático  
Direito*

Estado  
por leis, e  
o governo  
nas mãos  
representação  
legítima  
eleitos pelo

e há  
valorização  
direitos  
humanos.

A Consti  
em seu a  
aponta  
fundament  
organizaçã  
Estado  
brasileiro:  
*a) sobera*  
atributo  
próprio E  
a suprema

## Fundamentos do Estado brasileiro

ordem inte  
independê  
na  
externa;

b) *cidade*  
titularidade  
direitos po  
e civis. O  
a ter direit

c) *dignida*  
*pessoa h*  
– o ak  
respeito  
direitos  
fundament  
todo

humano,  
asseguram  
condições  
dignas  
existência  
todos;

d) *v*  
*sociais*  
*trabalho*  
*livre-inicia*  
o trabalho  
livre-iniciat  
foram  
identificado  
como

## Fundamentos do Estado brasileiro

fundament  
ordem  
econômica  
revelando  
adoção do  
de pro  
capitalista;  
*e) plur  
político* –  
formação  
correntes  
políticas  
País.

---

Divisão fu  
do poder p  
do Estado

## Separação de poderes

no Estado  
atribuição  
cada  
governante  
básica e  
órgão  
independente  
especializa  
Três são  
funções  
governante  
básicas:  
legislativa,  
executiva  
judiciária.

Constituição  
quanto  
modelo,  
classifica-se  
como direcional,  
pois estas  
metas  
devem  
ser buscadas  
pelo  
Estado  
brasileiro.  
Os  
objetivos  
previstos na  
Constituição  
são:

3º

## Objetivos fundamentais

333.

- a) *construir sociedade justa e solidária;*
- b) *garantir o desenvolvimento nacional;*
- c) *erradicar a pobreza marginalizada e reduzir a desigualdade sociais regionais;*
- d) *promover o bem de viver sem preconceitos.*

com pros  
de origem  
sexo, cor,  
e que  
outras  
de  
discrimina

---

## 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Título II da Constituição brasileira de 1988 é dedicado aos direitos e garantias fundamentais. É dividido em cinco capítulos: I — “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”; II — “Dos Direitos Sociais”; III — “Da Nacionalidade”; IV — “Dos Direitos Políticos”; e V — “Dos Partidos Políticos”.

Observa-se que, dentro da sistemática adotada pela Constituição brasileira, o termo “direitos fundamentais” é gênero, abrangendo as seguintes espécies: direitos individuais, coletivos, sociais, nacionais e políticos. As Constituições escritas estão vinculadas às declarações de direitos fundamentais. A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada após a Revolução Francesa, em 1789, estabelecia que o Estado que não possuísse separação de poderes e um enunciado de direitos individuais não teria uma Constituição.

A Constituição de 1988 inovou em diversos aspectos em relação às anteriores: **a)** foi a primeira a fixar os direitos fundamentais antes da organização do próprio Estado, realçando a importância deles na nova ordem democrática estabelecida no País após longos anos de autoritarismo; **b)** tutelou novas formas de interesses, os denominados coletivos e difusos; **c)** impôs deveres ao lado de direitos individuais e coletivos.

## 2 CONCEITO

Direitos fundamentais são os considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta ao Estado reconhecer direitos formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia a dia dos cidadãos e de seus agentes.

## 2.1. CARACTERÍSTICAS

Os direitos fundamentais apresentam as seguintes características:

- a) **Historicidade.** Para os autores que não aceitam uma concepção jusnaturalista, de direitos inerentes à condição humana, decorrentes de uma ordem superior, os direitos fundamentais são produtos da evolução histórica. Surgem das contradições existentes no seio de uma determinada sociedade.
- b) **Inalienabilidade.** Esses direitos são intransferíveis e inegociáveis.
- c) **Imprescritibilidade.** Não deixam de ser exigíveis em razão da falta de uso.
- d) **Irrenunciabilidade.** Nenhum ser humano pode abrir mão de possuir direitos fundamentais. Pode até não usá-los adequadamente, mas não pode renunciar à possibilidade de exercê-los.
- e) **Universalidade.** Todos os seres humanos têm direitos fundamentais que devem ser devidamente respeitados. Não há como excluir uma parcela da população do absoluto respeito à condição de ser humano.
- f) **Limitabilidade.** Os direitos fundamentais não são absolutos. Podem ser limitados, sempre que houver uma hipótese de colisão de direitos fundamentais.

## 3 GERAÇÕES OU DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina aponta a existência de três gerações de direitos fundamentais. Utiliza-se o termo “gerações” porque, em momentos históricos distintos, surgiu a tutela de novos direitos. Observa-se que não existe contradição alguma entre eles. Todos são tratados como igualmente fundamentais. Interessa ao indivíduo e à sociedade a proteção de todos os interesses considerados indispensáveis à pessoa humana. As três gerações ou dimensões de direitos fundamentais são as seguintes: **a)** direitos individuais; **b)** direitos sociais; **c)** direitos de fraternidade.

Como é do conhecimento de todos, o ideário político dos revolucionários franceses de 1789 era resumido em uma grande palavra de ordem: “liberdade, igualdade e fraternidade”. Cada geração de direitos representa a conquista pela humanidade de um

desses grandes postulados. A primeira geração, dos direitos individuais e políticos, corresponde ao ideal da liberdade; a segunda geração, dos direitos sociais, econômicos e culturais, atende ao princípio da igualdade; e a terceira geração, dos direitos de grupos de pessoas coletivamente consideradas, corresponde ao postulado da fraternidade.

A *primeira geração* corresponde aos direitos de liberdade, abrangendo direitos individuais e políticos, dentro do modelo clássico de Constituição. São limites impostos à atuação do Estado, resguardando direitos considerados indispensáveis a cada pessoa humana. Significam uma prestação negativa, um *não fazer* do Estado, em prol do cidadão. O nacional deixou de ser considerado como mero súdito, passando à condição de cidadão, detentor de direitos tutelados pelo Estado, inclusive contra os próprios agentes deste. Esses direitos surgiram em decorrência das grandes revoluções burguesas do final do século XVIII, a Revolução Americana, em 1776, e a Revolução Francesa, em 1789. Exemplos de direitos individuais: liberdade de locomoção e inviolabilidade de domicílio e de correspondência.

A *segunda geração* corresponde aos direitos de igualdade, abrangendo os direitos sociais e econômicos. São direitos de conteúdo econômico e social que visam melhorar as condições de vida e de trabalho da população. Significam uma prestação positiva, um *fazer* do Estado em prol dos menos favorecidos pela ordem social e econômica. Esses direitos nasceram em razão de lutas de uma nova classe social, os trabalhadores. Surgiram em um segundo momento do capitalismo, com o aprofundamento das relações entre capital e trabalho. As primeiras Constituições a estabelecer a proteção de direitos sociais foram a mexicana de 1917 e a alemã de Weimar, em 1919. Exemplos de direitos sociais: salário mínimo, aposentadoria, previdência social, décimo terceiro salário e férias remuneradas.

A *terceira geração* corresponde aos direitos de fraternidade ou de solidariedade. Ao lado dos tradicionais interesses individuais e sociais, o Estado passou a proteger outras modalidades de direito. São novos direitos, decorrentes de uma sociedade de massas, surgida em razão dos processos de industrialização e urbanização, em que os conflitos sociais não mais eram adequadamente resolvidos dentro da antiga tutela jurídica voltada somente para a proteção de direitos individuais. Paulo Bonavides entende que esses direitos têm por destinatário o próprio gênero humano e aponta cinco exemplos de direitos de fraternidade: ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Diversos outros direitos de terceira geração podem ser acrescidos a essa relação, como a proteção ao consumidor, à infância e à juventude, ao idoso, ao deficiente físico, à saúde e à

educação pública. A atual Constituição brasileira, ao tratar da proteção de interesses difusos e coletivos, foi a primeira a inserir em seu texto a tutela desses novos direitos.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, inciso I, define os *interesses ou direitos difusos* como os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”; e, no inciso II, os *interesses ou direitos coletivos* como os “transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Ao comentar o Código de Defesa do Consumidor, Kazuo Watanabe observa que “os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles”.

Sustentam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior ser “equivocada a inserção dos direitos difusos e coletivos em uma dessas categorias”, pois “A adjetivação de um direito como difuso ou coletivo só pode existir dentro de uma classificação que tome como pressuposto não a evolução, mas sim a titularidade do direito, ou seja, individual, coletivo ou difuso”.

Paulo Bonavides acrescenta ainda uma *quarta geração* de direitos fundamentais. Observa que, ao lado do processo de globalização econômica, com o conseqüente afrouxamento da soberania do Estado Nacional, decorrente da ideologia neoliberal em voga nos tempos atuais em todo o mundo, existe uma tendência de globalização dos direitos fundamentais, a única que realmente interessaria aos povos da periferia. O renomado autor aponta os seguintes direitos de quarta geração: direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

### 3.1. TEORIA DOS QUATRO *STATUS* DE JELLINEK

Jellinek, autor do final do século XIX, estabelece que o indivíduo, pelo fato de ser membro de um Estado, pode se colocar em quatro *status*, em condições jurídicas distintas: **a)** passivo (*status subjectionis*) – o indivíduo mantém um vínculo de subordinação com o Estado, por meio de mandamentos e obrigações; **b)** negativo – o indivíduo, por ser dotado de personalidade, desfruta de uma esfera de liberdade individual, que exclui o poder de império do Estado; **c)** positivo (*status civitatis*) – o indivíduo pode exigir do Poder Público que atue em seu favor; o Estado concede ao indivíduo prestações

jurídicas positivas; e **d**) ativo – a denominada cidadania ativa; o indivíduo fica autorizado a exercer direitos políticos.

## 3.2. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS QUANTO AO CONTEÚDO

Vieira de Andrade distingue, quanto ao conteúdo, três espécies de direitos fundamentais: **a) direitos de defesa ou direitos de liberdades** – que implicam o dever de abstenção do Estado, de não interferência no que toca às liberdades individuais; **b) direitos de prestação** – que impõem ao Estado um dever de agir, quer para a proteção dos bens jurídicos protegidos, quer para promover condições materiais e jurídicas para o gozo desses bens; e **c) direitos de participação** – direitos de participação na vida política, na formação da vontade política da comunidade.

## 4 HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conceito de direitos individuais vincula-se à imposição de limites ao poder do governante, bem como de seus agentes, para resguardar direitos dos seres humanos isoladamente considerados. As primeiras limitações ao poder do Estado surgiram no final da Idade Média. O antecedente mais importante apontado pelos autores é a Magna Carta, na Inglaterra, em 1215, reconhecendo direitos dos barões, com restrições ao poder absoluto do monarca. Em seguida, surgiram diversas outras declarações limitando o poder do Estado. Contudo, só no século XVIII, com as Revoluções Francesa e Americana, foram editados os primeiros enunciados de direitos individuais. A **1ª Declaração** foi a da Virgínia, em 1776, estabelecendo, entre outros princípios fundamentais, igualdade de direitos, divisão de poderes, eleição de representantes, direito de defesa, liberdade de imprensa e liberdade religiosa. Em seguida, merece destaque a **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, em 1789, após a Revolução Francesa. Possuía um caráter de universalidade, pois se considerava válida para toda a humanidade. Após a **2ª Guerra Mundial**, em 1948, foi editada, pela ONU, a **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, realçando a preocupação com o respeito aos direitos humanos em todos os países

do mundo.

## **5 DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**

Todas as Constituições brasileiras contiveram enunciados de direitos individuais. A de 1824, em seu art. 179, garantia “a inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade”. A Constituição de 1891 destinava uma seção à declaração de direitos, assegurando a “brazileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade” (art. 72). A de 1934, editada após a Constituição alemã de Weimar, continha, ao lado de um título denominado “Das Declarações de Direitos”, um outro dispoendo sobre a ordem econômica e social, incorporando ao texto constitucional diversos direitos sociais. A tutela a essa nova modalidade de direitos, os sociais, permaneceu em todas as demais Constituições. A Carta de 1937 consagrava direitos, mas o art. 186 declarava “em todo o país o estado de emergência”, com a suspensão de diversas dessas garantias. Esse estado de emergência foi revogado apenas em novembro de 1945. A Constituição de 1946 destinou o Título IV à declaração de direitos. Esse enunciado de direitos fundamentais permaneceu nas Constituições de 1967 e 1969, muito embora ambas contivessem dispositivos que excluíam da apreciação judicial os atos praticados com base em atos institucionais (respectivamente, os arts. 173 e 181). A Constituição de 1988 inova ao dispor sobre os direitos fundamentais antes de tratar da organização do próprio Estado, bem como ao incorporar junto à proteção dos direitos individuais e sociais a tutela dos direitos difusos e coletivos.

## **6 DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITOS DO HOMEM, DIREITOS HUMANOS, DIREITOS DO CIDADÃO, DIREITOS NATURAIS, DIREITOS CIVIS E DIREITOS POLÍTICOS**

Muitas expressões são utilizadas frequentemente como sinônimas de direitos fundamentais, mas possuem conteúdo próprio ou refletem diversas concepções jurídicas.

Como aponta Canotilho, os termos *direitos fundamentais* e *direitos do homem* distinguem-se quanto à origem e ao significado. *Direitos do homem* seriam os inerentes à própria condição humana, válidos para todos os povos, em todos os tempos. A Constituição não criaria esses direitos, apenas os reconheceria, pois são preexistentes à própria organização do Estado. Esse conceito reflete uma concepção jusnaturalista do direito. A expressão *direitos humanos* é a utilizada com igual significado em tratados internacionais. *Direitos fundamentais* são os considerados indispensáveis à pessoa humana, reconhecidos e incorporados ao direito positivo. De acordo com a sistemática adotada pela Constituição brasileira de 1988, a expressão *direitos fundamentais* é gênero de diversas modalidades de direitos: os denominados *individuais, coletivos, difusos, sociais, nacionais e políticos*. A expressão *Direitos do cidadão*, consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada após a Revolução Francesa de 1789, reflete a dicotomia estabelecida entre os direitos que pertencem ao homem enquanto ser humano e os que pertencem a ele enquanto participante de certa sociedade. *Direitos naturais* seriam os inerentes à condição humana e *civis*, os pertencentes ao ser humano enquanto participante de uma determinada sociedade. *Direitos políticos* são os exercidos pelos que possuem a denominada cidadania ativa, ou seja, pelos que podem participar da formação da vontade política do Estado, exercendo os direitos de votar e ser votado.

## 7 DIREITOS INDIVIDUAIS

Direitos individuais são limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos, para resguardar direitos indispensáveis à pessoa humana. Esses direitos recebem tutela constitucional na medida em que se inserem no texto da Constituição, devem ser formalmente reconhecidos e concretizados no cotidiano do cidadão. Após as grandes revoluções burguesas do final do século XVIII, o indivíduo passou a ser considerado como uma pessoa humana detentora de direitos e não mais como mero súdito. O indivíduo passou a ser considerado como um sujeito de direitos e não

como mero integrante de um corpo social.

## 7.1. NATUREZA

Existem duas concepções quanto à natureza desses direitos. De acordo com a *concepção tradicional*, jusnaturalista, são direitos naturais, inerentes à pessoa humana. O Estado não os criaria, apenas reconheceria direitos preexistentes, decorrentes da própria condição humana. Segundo uma *outra concepção*, são direitos positivos, estabelecidos pela lei, que só existem na medida em que são incorporados ao direito positivo de um determinado Estado.

## 7.2. DIREITOS E GARANTIAS

No ordenamento jurídico pode ser feita uma distinção entre normas declaratórias, que estabelecem direitos, e normas assecuratórias, as garantias, que asseguram o exercício desses direitos. Exemplo: o direito à liberdade de locomoção, presente no art. 5º, XV, é uma norma declaratória, enquanto o direito ao *habeas corpus*, fixado no art. 5º, LXVIII, constitui uma garantia. Porém, convém ressaltar que as garantias de direito fundamental não se confundem com os remédios constitucionais. As garantias constitucionais são de conteúdo mais abrangente, incluindo todas as disposições assecuratórias de direitos previstas na Constituição. Alguns dispositivos constitucionais contêm direitos e garantias no mesmo enunciado. O art. 5º, X, estabelece a inviolabilidade do direito a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurando, em seguida, o direito a indenização em caso de dano material ou moral provocado pela sua violação.

## 7.3. DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

A Constituição de 1988 foi a primeira a estabelecer direitos não só de indivíduos, mas também de grupos sociais, os denominados direitos coletivos. As pessoas passaram a ser coletivamente consideradas. Por outro lado, pela primeira vez, junto com direitos foram estabelecidos expressamente deveres fundamentais. Tanto os agentes públicos como os indivíduos têm obrigações específicas, inclusive a de respeitar os direitos das demais pessoas que vivem na ordem social.

## 7.4. DIREITOS INDIVIDUAIS EXPLÍCITOS E IMPLÍCITOS

Os direitos individuais são considerados explícitos quando expressamente previstos no texto constitucional, por exemplo, todos os assegurados no art. 5º e seus incisos. Há direitos individuais explícitos em outros dispositivos constitucionais, como os contidos nos princípios tributários da legalidade e da anualidade (CF, art. 150). A Constituição admite a existência também de direitos individuais implícitos, cujo reconhecimento decorre de interpretação do texto constitucional. Essa abrangência evidencia-se pela leitura do art. 5º, § 2º, que reconhece a existência de outros direitos individuais “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

## 7.5. DIREITOS INDIVIDUAIS BÁSICOS

São assim considerados os expressamente previstos no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. São cinco: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Há quem sustente que todos os demais direitos individuais são decorrências desses direitos individuais básicos.

## 7.6. ROL NÃO TAXATIVO

A relação extensa de direitos individuais estabelecida no art. 5º da Constituição Federal (78 incisos) não é taxativa, exaustiva. Eles existem em outras normas previstas na própria Constituição (p. ex., art. 150, contendo garantias de ordem tributária). A própria Constituição deixa claro o caráter meramente enunciativo desse enunciado, ao salientar que são tutelados outros direitos decorrentes dos princípios por ela adotados (p. ex., direito de reunião sem restrições em locais fechados, uma vez que o texto constitucional só prevê o direito de reunião em locais abertos, obedecidos certos requisitos — art. 5º, XVI), bem como dos tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte (p. ex., Pacto de San José da Costa Rica).

## 7.7. APLICABILIDADE IMEDIATA

Os direitos individuais, conforme dispõe o art. 5º, § 1º, da

Constituição Federal, possuem aplicabilidade imediata, o que significa dizer que são autoaplicáveis, ou seja, não dependem da edição de norma regulamentadora para que possam ser exercidos. Somente quando a Constituição expressamente exigir uma regulamentação e o direito individual não puder ser efetivado sem a existência de uma legislação infraconstitucional, é que a norma pode ser interpretada como não autoexecutável.

## 7.8. TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS INDIVIDUAIS. POSIÇÃO HIERÁRQUICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

A Emenda Constitucional n. 45, ao acrescentar ao art. 5º dois novos parágrafos, estabeleceu que “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” (§ 3º). Desta forma, ante o novo dispositivo constitucional, superando antiga controvérsia doutrinária e jurisprudencial, não resta qualquer dúvida que tratados internacionais que versem sobre direitos fundamentais da pessoa humana, de qualquer natureza, quer individuais, políticos ou sociais, firmados pelo Estado brasileiro, após ratificação por três quintos dos votos dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal — a mesma maioria qualificada exigida para a alteração do texto constitucional —, estão no mesmo patamar hierárquico de normas constitucionais, prevalecendo sobre a legislação ordinária e possuindo o poder de revogação de normas constitucionais anteriores.

*Momento da eficácia do tratado internacional.* É da competência privativa do Presidente da República celebrar tratados e convenções internacionais (CF, art. 84, VIII). Esses acordos devem ser referendados pelo Congresso Nacional por decretos legislativos (CF, arts. 84, VIII, parte final, e 49, I). Após a aprovação pelo Congresso, a eficácia depende, ainda, da futura edição de decreto do Presidente da República. Trata-se de um ato complexo, que se sujeita à conjugação de vontades do Congresso Nacional, que resolve definitivamente mediante a aprovação por decreto legislativo, e do Presidente da República, que celebra o acordo como Chefe do Estado para promulgá-lo após o referendo do Parlamento (STF, CR 8.279-4, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, 14 maio 1998, p. 35-6).

## 7.9. DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

A própria leitura do art. 5º, *caput*, da atual Constituição evidencia que os destinatários dos direitos individuais e coletivos previstos no texto constitucional são os brasileiros e estrangeiros residentes no País. Brasileiros são as pessoas que formam o povo brasileiro. Os critérios de aquisição da nacionalidade estão contidos na própria Carta Magna. Estrangeiros são os não brasileiros, os que não possuem a nacionalidade do país em que se encontram. Três ordens de indagações podem ser feitas, e passaremos a responder a cada uma delas.

*Primeira pergunta.* Pessoas jurídicas brasileiras possuem direitos individuais a serem observados pelo Estado brasileiro? Sim. Ao se tutelarem os direitos das pessoas jurídicas, de forma mediata são protegidos os das pessoas físicas, sócios ou beneficiários dessas empresas. Desprotegendo-se a pessoa jurídica, de forma indireta estar-se-iam expondo os direitos das pessoas físicas. Uma pessoa jurídica pode perfeitamente ingressar com um mandado de segurança e até mesmo com um *habeas corpus* em juízo, ações constitucionais previstas no art. 5º da Constituição Federal. Observa-se, ainda, que alguns dos direitos previstos nesse dispositivo somente podem ser exercidos por pessoas jurídicas, como o mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX).

*Segunda pergunta.* Estrangeiros residentes no País têm garantidos outros direitos além dos previstos no art. 5º da atual Constituição? Sim. Pelo próprio princípio da igualdade previsto nesse dispositivo constitucional, os estrangeiros residentes no País têm assegurados os demais direitos previstos na Constituição, desde que não incompatíveis com a situação de estrangeiro. Dessa forma, se não possuem o direito de voto, é assegurado aos estrangeiros o respeito aos direitos sociais previstos nos arts. 6º e 7º da Constituição, como salário mínimo, repouso semanal, férias e aposentadoria.

*Terceira pergunta.* Estrangeiros não residentes no País podem ter algum direito fundamental assegurado pela Constituição brasileira? Sim. A Constituição brasileira estabelece como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, não podendo essa tutela, em território brasileiro, ser limitada pelo fator circunstancial da nacionalidade. Deve-se interpretar isso no sentido de que a Constituição só pode garantir direitos fundamentais aos estrangeiros submetidos à soberania do Estado brasileiro. Em regra, devem ser assegurados aos estrangeiros não residentes no país, desde que submetidos ao poder de império do Brasil, todos os direitos individuais e sociais assegurados aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. Somente os direitos políticos, por pressuporem a nacionalidade brasileira, não lhes serão estendidos. Dessa forma, um estrangeiro, mesmo que de passagem ou clandestino no País, terá direito à impetração de um mandado de segurança ou de um *habeas corpus*.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que “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/SP, Rel. Min. Celso de Mello). Da mesma forma, a Suprema Corte decidiu que estrangeiros, mesmo que não residentes no país, têm direito a substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, por entender que a interpretação dada ao art. 5º da Constituição não pode ser literal, em razão da existência de direitos assegurados a todos, como emanações necessárias do princípio da dignidade da pessoa humana (HC 94.477, Rel. Min. Gilmar Mendes, *Informativo STF*, n. 639).

## 7.10. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais significa a aplicação destes direitos também nas relações entre particulares. Os direitos fundamentais foram estabelecidos para proteger os indivíduos de abusos cometidos pelo Estado, mas, por estabelecerem os fundamentos da vida em sociedade, aplicam-se também nas relações privadas. O exercício do direito civil de uma pessoa, física ou jurídica, não raras vezes encontra limite no direito de outras, todos com previsão constitucional. Em uma situação de conflito, há necessidade de compatibilizá-los, devendo prevalecer as garantias de ordem constitucional também nas relações entre particulares. A autonomia da vida privada não é absoluta. O Supremo Tribunal Federal entendeu inconstitucional, por exemplo, a exclusão de um associado de uma entidade privada, sem que lhe fossem assegurados os direitos de ampla defesa e contraditório (RE 201.819, Rel. Min. Gilmar Mendes, *Informativo STF*, n. 405).

## 8 DIREITO À VIDA

O direito à vida é o principal direito individual, o bem jurídico de maior relevância tutelado pela ordem constitucional, pois o exercício dos demais direitos depende de sua existência. Seria absolutamente inútil tutelar a liberdade, a igualdade e o patrimônio de uma pessoa sem que fosse assegurada a sua vida. Consiste no direito à existência do ser humano. Como ensina José Afonso da Silva, o direito à vida deve ser compreendido de forma extremamente abrangente, incluindo o direito de nascer, de permanecer vivo, de defender a própria vida, enfim, de não ter o processo vital interrompido senão pela morte espontânea e inevitável.

## 8.1. CONCEITOS DE VIDA E MORTE

O conceito de vida é uma questão filosófica de alta indagação. Magalhães Noronha, para efeitos de tutela jurídica, define vida como “o estado em que se encontra o ser animado, normais ou anormais que sejam suas condições fisiopsíquicas”. A morte, ao contrário, é a cessação da vida, sendo diagnosticada pelo fim das funções vitais do organismo: respiração, circulação e atividade cerebral. O diagnóstico da morte deve ser feito de acordo com os conhecimentos médicos existentes. Em regra, constata-se de forma clínica pela paralisação da respiração e da circulação, bem como por outros sinais evidenciadores do término das funções vitais do organismo humano. Para efeitos de transplantes, contudo, em razão da possibilidade da manutenção artificial das funções respiratórias e de circulação, a legislação é mais rigorosa, exigindo a verificação de morte encefálica (Lei n. 9.434/97).

## 8.2. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A Constituição tutela o direito à vida sem estabelecer o momento inicial e final da proteção jurídica. Esses termos, por opção do poder constituinte originário, devem ser fixados pela legislação infraconstitucional, obedecidos os preceitos da Constituição. O direito à vida é protegido pelo legislador ordinário desde a concepção. De acordo com a legislação civil, “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (CC, art. 2º). O nascituro é o ser já concebido no ventre materno, mas ainda não nascido. A ele a legislação civil assegura diversos direitos, entre eles o de reconhecimento e o sucessório.

De acordo com a legislação penal, matar um ser humano durante ou após o nascimento é homicídio (CP, art. 121), e a

provocação da morte do produto da concepção antes do nascimento, aborto (CP, arts. 124 a 128). Induzir, instigar ou auxiliar uma pessoa a se matar é crime de participação de suicídio (CP, art. 122), pois a vida é um bem jurídico indisponível. A morte não é um direito subjetivo, sendo lícita a conduta de quem impede, utilizando-se dos meios que forem necessários, alguém de se matar (CP, art. 146, § 3º, II). A realização do aborto só é admitida em duas hipóteses legais, absolutamente excepcionais: risco de vida para a gestante e gravidez resultante de estupro (CP, art. 128, I e II).

*Momento inicial da vida humana.* Há autores, de posição ideológica conservadora, que sustentam que a proteção do direito à vida é estabelecida pela Constituição desde a concepção de forma absoluta, sem qualquer restrição. De acordo com essa opinião o dispositivo legal que autoriza o denominado aborto sentimental, a interrupção da gravidez decorrente de violência sexual, não teria sido recepcionado pela nova ordem constitucional. Em um entendimento mais rigoroso, fixando-se o momento inicial da tutela constitucional do direito à vida como o da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, a própria venda de alguns dispositivos anticoncepcionais, como o DIU (dispositivo intrauterino) e a denominada “pílula do dia seguinte”, seria inconstitucional, pois esses métodos possuem o efeito de obstar a nidação, ou seja, a fixação do óvulo no útero materno. Outros penalistas, de concepção mais liberal, têm fixado o momento inicial de proteção do direito à vida como o da nidação (Heleno Fragoso e Mirabete), considerando lícita a utilização destes métodos anticoncepcionais.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos (6x5), ao rejeitar ação direta de inconstitucionalidade contra dispositivo da Lei n. 11.105/2005, que dispõe sobre biossegurança, julgou constitucional norma que permite, para fins de pesquisa ou terapia, a utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados, desde que de embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos. O Min. Carlos Britto, relator, “asseverou que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobreviverem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à ‘dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, III), aos ‘direitos da pessoa humana’ (art. 34, VII, *b*), ao ‘livre exercício dos direitos ... individuais’ (art. 85, III) e aos ‘direitos e garantias individuais’ (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já

personalizado” e que “o bem jurídico a tutelar contra o aborto seria um organismo ou entidade pré-natal sempre no interior do corpo feminino. Aduziu que a lei em questão se referiria, por sua vez, a embriões derivados de uma fertilização artificial, obtida fora da relação sexual, e que o emprego das células-tronco embrionárias para os fins a que ela se destina não implicaria aborto” (ADIn 3.510, *Informativo STF*, n. 508).

### 8.3. DECORRÊNCIAS DO DIREITO À VIDA

Do direito à vida decorre uma série de outros direitos, como o direito à integridade física e moral, a proibição da pena de morte e da venda de órgãos, bem como a punição da violação destes direitos como homicídio, eutanásia, aborto e tortura. Em seguida examinaremos as principais consequências.

#### 8.3.1. EUTANÁSIA

*Eutanásia* é uma palavra composta de dois termos de origem grega (*eu* = bom e *thanatos* = morte), significando a denominada morte boa, ou homicídio piedoso, em que se mata alguém para abreviar os sofrimentos de uma agonia dolorosa e prolongada. No Brasil, em razão de a vida ser um bem jurídico indisponível, a eutanásia configura crime, punida como homicídio privilegiado, em virtude da presença de relevante valor moral na conduta do agente (CP, art. 121, § 1º).

*Ortotanásia* é outra palavra composta de dois termos de origem grega (*orthos* = justo e *thanatos* = morte), significando a denominada morte justa, ou eutanásia passiva, em que o médico deixa de prolongar artificialmente a vida de um doente terminal, desligando os aparelhos que realizam as funções de respiração e circulação. A ortotanásia também configura crime perante a nossa legislação penal.

#### 8.3.2. PENA DE MORTE

A pena de morte é expressamente vedada pela Constituição brasileira, salvo em caso de guerra declarada (CF, art. 5º, XLVII). Diversas razões justificam a não adoção da pena capital. Vejamos algumas. Seu uso não diminui a criminalidade, conforme comprovam as estatísticas realizadas nos países que adotaram essa

modalidade de imposição de pena. Há o risco sempre presente do erro judiciário. A violência do Estado pode gerar ainda mais violência, pois o criminoso que não tem nada a temer pode tornar-se mais cruel. Além disso, há o risco da aplicação indiscriminada para qualquer tipo de crime, conforme as circunstâncias políticas de cada momento. As hipóteses de aplicação da pena de morte em crimes cometidos em tempo de guerra estão previstas no Código Penal Militar. Os princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade da lei penal continuam indispensáveis em tempo de guerra.

### 8.3.3. DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA

A pessoa humana deve ser protegida em seus múltiplos aspectos: vida, integridade física, honra e liberdade individual. Não basta garantir um simples direito à vida, mas assegurá-lo com o máximo de dignidade e qualidade na existência do ser humano. A integridade física deve ser entendida como o absoluto respeito à integridade corporal e psíquica de todo e qualquer ser humano. Em diversos dispositivos do art. 5º a Constituição reflete essa preocupação. Estabelece o inciso III que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. O inciso XLIX dispõe que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Não é demais ressaltar que todos os seres humanos merecem ser tratados com dignidade e respeito, inclusive os que atentaram contra as próprias leis. O preso só deve cumprir as penas que lhe foram impostas na sentença, não admitindo a Constituição a imposição de penas cruéis (art. 5º, XLVII, *e*).

Para assegurar o respeito à integridade do preso e à legalidade da prisão, a Constituição estabelece uma série de outros direitos: LXII — comunicação imediata de qualquer prisão ao juiz competente, à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXIII — dever de informar o preso de seus direitos, inclusive o de permanecer calado, assegurando-lhe assistência à família e advogado; LXIV — direito do preso à identificação dos responsáveis pela sua prisão, ou pelo interrogatório policial; e LXV — relaxamento imediato pelo juiz da prisão feita de forma ilegal.

### 8.3.4. DIREITO À INTEGRIDADE MORAL

A vida não deve ser protegida somente em seus aspectos materiais. Existem atributos morais a serem preservados e respeitados por todos. A Constituição assegura expressamente “a indenização por dano material, moral ou à imagem” (CF, art. 5º, V).

A honra é um bem jurídico que encontra sua tutela no próprio texto constitucional. Deve ser entendida como o atributo moral do ser humano, abrangendo a autoestima e a reputação de uma pessoa, ou seja, a consideração que tem de si mesma, assim como aquela de que goza no meio social (CF, art. 5º, V e X).

### 8.3.5. VENDA DE ÓRGÃOS

Considerando o princípio do absoluto respeito à integridade física, bem jurídico considerado indisponível, a Constituição veda qualquer tipo de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento (CF, art. 199, § 4º). O absoluto respeito ao corpo humano, além de bem jurídico tutelado de forma individual, é um imperativo de ordem estatal. Trata-se de bem fora de comércio por expressa previsão constitucional. Contudo, a doação de sangue ou de órgãos em vida ou *post mortem*, para fins de transplante ou tratamento, é válida. A Lei n. 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei n. 10.211/2001, regulamenta a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano com essas finalidades terapêuticas.

### 8.3.6. TORTURA

A preocupação com a integridade física transcende em diversos dispositivos constitucionais. Considerando a prática corriqueira da tortura em presos comuns e políticos durante os anos do regime militar, a Constituição de 1988, em diversos incisos do art. 5º, deixou patente seu repúdio a essa forma de investigação. No inciso III estabeleceu que “ninguém será submetido a tortura”. No inciso XLIX assegura “aos presos o respeito à integridade física e moral”. No inciso XLIII considera inafiançável e insuscetível de graça ou anistia a prática da tortura. Esse dispositivo foi regulamentado pela Lei n. 9.455/97.

A tortura, nos termos de nossa legislação penal, deve ser entendida como a imposição de qualquer sofrimento físico ou mental, mediante violência ou grave ameaça, com a finalidade de obter informações ou confissão, para provocar qualquer ação ou omissão de natureza criminosa, em razão de discriminação racial ou religiosa, bem como forma de aplicação de castigo pessoal ou medida de caráter preventivo a indivíduos submetidos à guarda do Estado ou de outra pessoa.

## 9 DIREITO À LIBERDADE OU ÀS LIBERDADES

### 9.1. INTRODUÇÃO

Liberdade é a faculdade que uma pessoa possui de fazer ou não fazer alguma coisa. Envolve sempre um direito de escolher entre duas ou mais alternativas, de acordo com sua própria vontade. O direito de liberdade não é absoluto, pois a ninguém é dada a faculdade de fazer tudo o que bem entender. Essa concepção de liberdade levaria à sujeição dos mais fracos pelos mais fortes. Para que uma pessoa seja livre é indispensável que os demais respeitem a sua liberdade. Em termos jurídicos, é o direito de fazer ou não fazer alguma coisa, senão em virtude da lei. Um indivíduo é livre para fazer tudo o que a lei não proíbe. Considerando o princípio da legalidade (art. 5º, II), apenas as leis podem limitar a liberdade individual.

### 9.2. TEORIAS

Como adverte José Afonso da Silva, “não cabe discutir a fundo as bases filosóficas do problema da liberdade num trabalho sobre direito positivo”. Em resumo, existem duas grandes tendências a respeito da questão da liberdade. Para os adeptos do *livre-arbitrio*, o homem teria a faculdade de escolher o seu próprio destino, possuindo plena liberdade de agir de acordo com a sua consciência. Para os adeptos do *determinismo*, a faculdade de escolha do ser humano seria determinada pelas circunstâncias. É certo ainda que existem correntes intermediárias. Mas é importante ressaltar que o homem, como ser racional, é sujeito e objeto da história. Atua de acordo com a sua vontade, mas esta é condicionada por diversas circunstâncias do meio social em que nasceu e vive.

### 9.3. DIVERSAS LIBERDADES

Alguns autores preferem tratar do direito às liberdades, pois existem diversas modalidades, com conceitos e tratamentos distintos. Há liberdades de pensamento, de locomoção, de expressão coletiva e de ação profissional.

**Liberdade de consciência (foro íntimo, indevassável, absoluto)**

Liberdade de crença  
Liberdade de consciência

**Liberdade de exteriorização de pensamento (poder de**

Liberdade de culto  
Liberdade de informação  
jornalística  
Liberdade de cátedra

## 9.5. LIBERDADE DE PENSAMENTO

O pensamento, em si, é absolutamente livre. Ninguém possui condições de controlá-lo, de conhecer o que, de certo ou errado, passa pela mente de um ser humano. Está absolutamente fora do poder social. O pensamento pertence ao próprio indivíduo, é uma questão de foro íntimo. A tutela constitucional surge no momento em que ele é exteriorizado com a sua manifestação. Se o pensamento, em si, é absolutamente livre, sua manifestação já não pode ser feita de forma descontrolada, pois o abuso desse direito é passível de punição. Essa é a razão pela qual a Constituição, em seu art. 5º, IV, estabelece que “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*”.

## 9.6. VEDAÇÃO DO ANONIMATO

Se a Constituição assegura a liberdade de manifestação de pensamento, as pessoas são obrigadas a assumir a responsabilidade do que exteriorizam. Ninguém pode fugir da responsabilidade do pensamento exteriorizado, escondendo-se, covardemente, sob a forma do anonimato. O direito de manifestação de pensamento deve ser exercido de maneira responsável. Não se tolera o exercício abusivo desse direito em detrimento da honra das demais pessoas. No caso da imprensa, responde pela informação abusiva do direito de manifestação de pensamento o autor da notícia. Tratando-se de matéria sem indicação do autor, responderão por eventual abuso as pessoas responsáveis pelo jornal ou periódico.

## 9.7. DIREITO DE RESPOSTA

No art. 5º, V, a Constituição assegura “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Trata-se do exercício de um direito de defesa da pessoa que foi ofendida em razão da publicação de uma notícia inverídica ou errônea. A pessoa atingida tem o direito de apresentar sua resposta ou retificação, oferecendo a sua versão dos fatos, em dimensões iguais à do escrito ou transmissão que deu causa a esse direito, que pode ser exercido sem prejuízo de eventual ação de indenização por danos materiais, morais ou à imagem. A Constituição de 1988 inovou ao assegurar expressamente a indenização por danos morais. As indenizações por danos materiais e morais são acumuláveis, conforme entendimento já consagrado na Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça.

## 9.8. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA

A liberdade de consciência é de foro íntimo, interessando apenas ao indivíduo. Por sua própria natureza, é de caráter indevassável e absoluto e não está sujeita a qualquer forma de controle pelo Estado, abrangendo a liberdade de crença e a liberdade de consciência em sentido estrito. A *liberdade de crença* é a liberdade de pensamento de foro íntimo em questões de natureza religiosa (CF, art. 5º, VI). A *liberdade de consciência em sentido estrito* é a liberdade de pensamento de foro íntimo em questões não religiosas. Trata-se de convicções de ordem ideológica ou filosófica.

## 9.9. LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO

Após anos de censura política e ideológica durante o regime militar instaurado em 1964, o constituinte de 1988, com a redemocratização do País, evidenciou sua preocupação em assegurar ampla liberdade de manifestação de pensamento, o que fez em diversos dispositivos constitucionais. O art. 5º, IV, estabelece que “é livre a manifestação do pensamento”. O inciso IX desse mesmo artigo reitera, de forma mais específica, que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Essa liberdade deve ser exercida de forma responsável, assegurando a Constituição, em caso de abuso, direito de resposta, além de indenização moral e material à pessoa ofendida. A liberdade de

exteriorização do pensamento é assegurada nas diversas áreas do conhecimento humano, abrangendo *liberdade de culto* (CF, art. 5º, VI), de *cátedra* (CF, art. 206, II — “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”), de *informação jornalística* (CF, art. 220 e seus parágrafos) e a *liberdade científica e artística*.

## 9.10. PROIBIÇÃO DA CENSURA E DA LICENÇA

A Constituição de 1988, preocupada em assegurar ampla liberdade de manifestação do pensamento, veda expressamente qualquer atividade de censura ou licença (art. 5º, IX). Por *censura* entende-se a verificação da compatibilidade entre um pensamento que se pretende exprimir e as normas legais vigentes. Por *licença*, a exigência de autorização de qualquer agente ou órgão para que um pensamento possa ser exteriorizado. Ao dispor sobre os veículos de comunicação social, essa preocupação do constituinte foi reiterada em termos abrangentes em dois parágrafos do art. 220 do texto constitucional: “§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” e “§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade”. Jornais, revistas e periódicos não precisam de autorização de qualquer agente ou órgão público para que possam ser postos em circulação. Seus textos não estão sujeitos a controle por parte do Estado. Eventuais abusos devem ser punidos na forma da lei, mas não podem obstar a liberdade de manifestação de pensamento.

## 9.11. LIBERDADE DE OPINIÃO E DIREITO DE CRÍTICA

O direito de opinião e o direito de crítica são decorrências necessárias da liberdade de manifestação de pensamento. Trata-se do direito de emitir juízos de valor sobre os fatos da vida social, bem como apreciações de caráter negativo sobre os fatos da vida em seus mais diversos aspectos: social, político, artístico, esportivo. Em relação aos que exercem cargos públicos ou figuras públicas, a fiscalização a suas atividades é ainda maior. Já decidiu o Supremo Tribunal Federal que “não caracterizará hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgar observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicular opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade

governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender” (*Informativo STF*, n. 658, Rel. Min. Celso de Mello).

## 9.12. LIBERDADE ARTÍSTICA E OS VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

A Constituição assegura ampla liberdade na produção da arte, nas suas mais variadas formas: literatura, música, teatro, cinema, televisão, fotografia, artes plásticas etc. Determinadas expressões artísticas, como artes plásticas, literária e musical, gozam de ampla liberdade, não estando sujeitas a qualquer restrição por parte do Estado. Contudo, nas expressões artísticas feitas pelos veículos de comunicação social (imprensa, rádio e televisão) ou de forma pública (cinemas, teatros, casas de espetáculos), que atingem pessoas indeterminadas, a Constituição admite certas formas de controle. Tratando-se de diversões e espetáculos públicos, o Poder Público poderá estabelecer faixas etárias recomendadas, locais e horários para a apresentação. Ao mesmo tempo, lei federal deverá estabelecer meios para que qualquer pessoa ou família possa defender-se de programações de rádio e televisão que atentem contra os valores éticos vigentes (CF, art. 220, § 3º, I e II).

## 9.13. DIREITO DE INFORMAÇÃO

O direito de informação contém um triplice alcance: o direito de informar, o de se informar e o de ser informado. A Constituição Federal, em diversos incisos do art. 5º, tutela o direito de informação. No inciso XIV, estabelece que “é assegurado a todos o acesso à informação”. No XXXIII, complementa que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular”. Finalmente, em caso de violação desse direito, a Constituição criou o *habeas data*, uma ação constitucional para proteger os indivíduos de banco de dados públicos ou abertos ao público, com dupla finalidade: conhecimento do conteúdo das informações e concessão da possibilidade de retificação (art. 5º, LXXII).

## 9.14. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA (ART. 220, § 1º)

A Constituição assegura a “plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”. Trata-se de um direito de conteúdo mais abrangente que o tradicional conceito de liberdade de imprensa, que assegura o direito de veiculação de impressos sem qualquer restrição por parte do Estado. A liberdade de informação jornalística compreende o direito de informar, bem como o do cidadão de ser devidamente informado. Qualquer legislação infraconstitucional que constitua embaraço à atividade jornalística, por expressa disposição de nossa Carta Magna, deve ser declarada inconstitucional (CF, art. 220, § 1º). A liberdade de informação jornalística deve ser exercida de forma compatível com a tutela constitucional da intimidade e da honra das pessoas, evitando situações de abuso ao direito de informação previsto na Constituição. Em caso de excesso em notícias divulgadas pelos veículos de comunicação social, a jurisprudência tem considerado indenizáveis os danos materiais e morais decorrentes desse abuso. Como observa Vidal Serrano Nunes Jr., o direito à liberdade de informação possui dupla face: uma de defesa da imprensa contra o Estado e outra de defesa do cidadão contra os veículos de comunicação.

O Supremo Tribunal Federal, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, com voto do Min. Rel. Carlos Britto, declarou não recepcionada pela Constituição de 1988 a Lei n. 5.250/67, pois “a Lei de Imprensa foi concebida e promulgada num longo período autoritário, o qual compreendido entre 31-3-64 e o início do ano de 1985 e conhecido como ‘anos de chumbo’ ou ‘regime de exceção’, regime esse patentemente inconciliável com os ares da democracia resgatada e proclamada na atual Carta Magna” (*Informativo STF*, n. 544).

## 9.15. SIGILO DA FONTE

A Constituição, como forma de assegurar o direito de informação, resguarda o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional da atividade jornalística (CF, art. 5º, XIV). O sigilo da fonte é indispensável para o êxito de certas investigações jornalísticas. Nenhum jornalista poderá ser compelido a revelar o nome de seu informante ou a fonte de suas informações, não podendo o seu silêncio, a respeito, sofrer qualquer sanção. A finalidade é permitir a ampla apuração de fatos comprometedores. Nos Estados Unidos, uma investigação feita com base em uma fonte não identificada levou à renúncia do ex-Presidente Nixon.

## 9.16. LIBERDADE DE CRENÇA E DE CULTO

A *liberdade de crença* é de foro íntimo, em questões de ordem religiosa. É importante salientar que inclui o direito de professar ou não uma religião, de acreditar ou não na existência de um ou diversos deuses. O próprio ateísmo deve ser assegurado dentro da liberdade de crença. A *liberdade de culto* é a exteriorização daquela. Se a Constituição assegura ampla liberdade de crença, a de culto deve ser exteriorizada “na forma da lei”, como estabelece o art. 5º, VI, da Constituição. A liberdade de culto inclui o direito de honrar as divindades preferidas, celebrar as cerimônias exigidas pelos rituais, a construção de templos e o direito de recolher contribuições dos fiéis. A Constituição de 1824 estabelecia a Católica Apostólica Romana como a religião do Império, permitindo apenas o culto doméstico para as outras crenças. Essa discriminação foi abolida com a proclamação da República.

## 9.17. SISTEMAS DE RELACIONAMENTO ENTRE IGREJA E ESTADO

Existem três sistemas de relacionamento entre Igreja e Estado: **a)** confusão — Igreja e Estado se misturam. Exemplos: Vaticano e alguns Estados islâmicos; **b)** união — estabelecem-se vínculos entre o Estado e uma determinada religião, que passa a ser considerada como a crença oficial do Estado. Exemplo: Brasil-Império; **c)** separação — um regime de absoluta distinção entre o Estado e todas as Igrejas. Exemplos: todos os Estados laicos, entre eles o Brasil. No nosso país existe um regime de absoluta separação, pois a Constituição Federal, em seu art. 19, veda “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”.

## 9.18. DECORRÊNCIAS DA LIBERDADE RELIGIOSA

Existem diversas decorrências da ampla liberdade religiosa assegurada no texto constitucional: direito de assistência religiosa, objeção de consciência, ensino religioso facultativo nas escolas públicas de ensino fundamental (art. 210, § 1º) e reconhecimento da validade do casamento religioso para efeitos civis (art. 226, § 2º). O *direito de assistência religiosa* é assegurado, nos termos da lei, em entidades civis e militares de internação coletiva, como quartéis,

internatos, estabelecimentos penais e hospitais (art. 5º, VII). A *objeção ou escusa de consciência* consiste no direito de não prestar o serviço militar obrigatório ou qualquer outra obrigação legal a todos imposta por motivo de crença religiosa, filosófica ou política. Antes da Constituição de 1988, o jovem que, por convicção religiosa, se recusasse à prestação do serviço militar obrigatório perderia seus direitos políticos, como sanção decorrente do não cumprimento de seus deveres com a pátria (p. ex., testemunhas de Jeová). Atualmente, na hipótese de objeção de consciência, faculta-se a prestação de serviço social alternativo. Somente a recusa da obrigação legal a todos imposta e da prestação social alternativa importa na perda dos direitos políticos (arts. 5º, VIII, e 15, IV). A prestação social alternativa ao serviço militar obrigatório foi regulamentada pela Lei n. 8.239/91 e ao serviço do júri pelo art. 438 do Código de Processo Penal.

## 9.19. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

A liberdade de locomoção consiste no direito de ir e vir. Para outros, no direito de ir, vir e ficar. O direito de permanecer no local em que se encontra está incluído no de ir e vir. A Constituição Federal, no art. 5º, XV, estabelece que “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”. Apenas em tempo de guerra podem ser feitas restrições à liberdade de locomoção. O direito de sair do País com seus bens não abrange a concessão de qualquer imunidade fiscal. A Constituição prevê como garantia da liberdade de locomoção a ação de *habeas corpus* (CF, art. 5º, LXVIII).

## 9.20. LIBERDADES DE EXPRESSÃO COLETIVA

As liberdades de expressão coletiva são modalidades de direitos individuais, abrangendo o direito ou a *liberdade de reunião* e o direito ou a *liberdade de associação* (CF, art. 5º, XVI e XVII a XXI). São considerados direitos individuais, pois pertencem ao indivíduo, e de expressão coletiva, porque pressupõem uma pluralidade de pessoas para que possam ser exercidos.

## 9.21. LIBERDADE DE REUNIÃO

A liberdade de reunião deve ser entendida como o agrupamento de pessoas, organizado, de caráter transitório, com uma determinada finalidade. Em locais abertos ao público, é assegurada expressamente no art. 5º, XVI, da atual Constituição, desde que observados determinados requisitos: **a)** reunião pacífica, sem armas; **b)** fins lícitos; **c)** aviso prévio à autoridade competente; e **d)** realização em locais abertos ao público. A liberdade de reunião em locais fechados é garantida pelo texto constitucional de forma implícita, podendo ser exercida sem a exigência de prévio aviso à autoridade competente. O aviso prévio não se confunde com a exigência de autorização do Poder Público. Sua finalidade é evitar a frustração de outra reunião previamente convocada para o mesmo local. Não é qualquer agrupamento de pessoas que se considera como reunião; é preciso que essas pessoas tenham-se organizado para tal. O *direito de passeata* também é assegurado pela Constituição, pois esta nada mais é do que o exercício do direito de reunião em movimento. A liberdade de reunião é regulamentada pela Lei n. 1.207/50 e em seguidas leis eleitorais, sendo a sua violação punida como abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65, art. 3º, *h*).

Ao julgar a constitucionalidade de “Marchas da Maconha”, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a liberdade de reunião, como direito-meio, é o instrumento viabilizador da liberdade de expressão de pensamento e propiciador da ativa participação da sociedade civil na vida política do Estado. A praça pública é o espaço, por excelência, para o debate. A mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não se confunde com o ato de incitação à prática do crime, nem com o de apologia de fato criminoso. A defesa, em espaços públicos, da legalização das drogas ou de proposta abolicionista a outro tipo penal, não significa ilícito penal, mas, ao contrário, representa o exercício legítimo do direito à livre manifestação do pensamento, propiciada pelo exercício do direito de reunião (ADPF 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo STF*, n. 631).

## 9.22. LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

Liberdade de associação deve ser entendida como o agrupamento de pessoas, organizado e permanente, para fins lícitos. Distingue-se do direito de reunião por seu caráter de permanência. A liberdade de associação abrange o direito de associar-se a outras pessoas para a formação de uma entidade, o de aderir a uma associação já formada, o de desligar-se da associação, bem como o de autodissolução das associações. As primeiras Constituições,

influenciadas pelas ideias de Rousseau, não incluíam o direito de associação. Entendiam que seriam grupos intermediários entre o Estado e os indivíduos, prejudicando a manifestação da vontade geral. Somente na metade do século XIX, com o desenvolvimento das relações capitalistas, o surgimento de novas formas de conflitos sociais e a influência das ideias de Stuart Mill, mudou-se essa concepção. Percebeu-se que o indivíduo, o ser humano isoladamente considerado, era demasiadamente fraco, não possuía força política suficiente para ser ouvido pelos governantes. Para que pudessem fazer-se ouvir, era indispensável que os indivíduos se unissem, se agrupassem em entidades voltadas para a defesa de interesses comuns. O direito de associação transformou-se em um dos pontos fundamentais do pensamento liberal. Dessa forma, no Brasil, a Constituição de 1824 não previa esse direito, que só passou a ter previsão constitucional a partir de 1891.

A atual Constituição, no art. 5º, XVII a XXI, assegura ampla liberdade de associação para fins lícitos. Associações podem ser criadas independente de autorização, proibida qualquer interferência do Estado em seu funcionamento interno. Somente podem ser dissolvidas por decisão judicial transitada em julgado. Foi conferida pela Constituição legitimidade para as associações na defesa judicial e extrajudicial de seus filiados. Elas atuam como substituto processual, postulando, em nome próprio, direitos de seus filiados. Para tanto, basta que as entidades estejam regularmente funcionando e possuam cláusula específica em seu estatuto. Observa-se que a Lei n. 1.134/50 conferiu legitimidade *ad causam* para determinadas associações de classe postularem em juízo direitos de seus filiados, independente de autorização em assembleia geral, bastando cláusula específica no respectivo estatuto. Essa lei foi recepcionada pela nova ordem constitucional (STJ, REsp 93490/PB, Rel. Min. Vicente Leal, *DJU*, 20 out. 1997, p. 53142).

Com fundamento na liberdade de associação, segundo a qual ninguém pode ser compelido a associar-se ou a permanecer associado a uma entidade, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a cobrança de mensalidade compulsória a não integrante de associação de moradores de bairro. Ressaltou não se tratar de condomínio em edificações ou incorporações imobiliárias regidas pela Lei n. 4.591/62 (RE 432.106/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, *Informativo STF*, n. 641).

**Organização paramilitar.** A Constituição veda expressamente associações de caráter paramilitar. Organizações paramilitares são órgãos particulares que se estruturam de forma análoga às Forças Armadas. O uso do poder de coerção deve ser restrito ao Estado, não se facultando a organismos particulares a estruturação em forma bélica, em razão dos evidentes riscos à ordem social e democrática.

A Constituição proíbe também a “utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar” (CF, art. 17, § 4º).

### 9.23. LIBERDADE DE AÇÃO PROFISSIONAL

A liberdade de ação profissional consiste na faculdade de escolha de trabalho que se pretende exercer (CF, art. 5º, XIII). É o direito de cada indivíduo exercer qualquer atividade profissional, de acordo com as suas preferências e possibilidades. As antigas corporações de ofício da Idade Média, em que a pessoa deveria fazer parte de uma organização para poder exercer determinado ofício, foram abolidas a partir da Revolução Francesa.

*Qualificações profissionais.* Para o exercício de determinados trabalhos, ofícios ou profissões, a Constituição estabelece que podem ser feitas certas exigências pela legislação ordinária. Para o exercício da profissão de advogado, o indivíduo precisa ser formado em uma faculdade de direito e ter sido aprovado no exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Em relação aos jornalistas, o Supremo Tribunal Federal declarou que o art. 4º, V, do Decreto-Lei n. 972/69, que exigia o diploma de jornalismo e o registro profissional no Ministério do Trabalho, editado durante o regime militar, não foi recepcionado pela Constituição Federal. Para o Min. Gilmar Mendes: “O jornalismo e a liberdade de expressão são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensados e tratados de forma separada” e que “O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada”.

Em matéria de liberdade de exercício profissional, o princípio informador é o da intervenção mínima, justificando-se restrições somente para proteger um interesse público, a exemplos de atividades que requeiram um conhecimento específico, técnico ou habilidade já demonstrada. Com este fundamento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a atividade de músico não depende de registro ou licença na “Ordem dos Músicos do Brasil” para o seu exercício (RE 414.426/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, *Informativo STF*, n. 634).

## 10 DIREITO DE IGUALDADE

## 10.1. PRINCÍPIO DA ISONOMIA OU DA IGUALDADE

O direito de igualdade consiste em afirmar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (CF, art. 5º, *caput*). Não se admite discriminação de qualquer natureza em relação aos seres humanos. Esse princípio vem repetido em diversos dispositivos constitucionais, realçando a preocupação do constituinte com a questão da busca da igualdade em nosso país. O preâmbulo já traz a igualdade como um dos valores supremos do Estado brasileiro. O art. 3º estabelece entre as metas do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

No capítulo dos direitos individuais, a igualdade é salientada, logo no *caput* do art. 5º, como um dos direitos individuais básicos, e vem reiterada, em seguida, no inciso I, com a consagração da igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações. No capítulo dos direitos sociais, a Constituição veda a diferença de salários, de exercício de funções ou de critérios de admissão por motivos de sexo, idade, cor, estado civil ou deficiência física (art. 7º, XXX e XXXI).

## 10.2. FUNDAMENTO

O fundamento do direito de igualdade encontra-se no princípio de que todos devem ser tratados de forma igual perante a lei. Todos nascem e vivem com os mesmos direitos e obrigações perante o Estado. A igualdade foi um dos ideais da Revolução Francesa atingidos com a abolição dos antigos privilégios da nobreza e do clero. Todos passaram a ter o mesmo tratamento perante a lei, a igualdade formal.

## 10.3. CONCEITO

Igualdade consiste em tratar igualmente os iguais, com os mesmos direitos e obrigações, e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Tratar igualmente os desiguais seria aumentar a desigualdade existente. Nem todo tratamento desigual é inconstitucional, somente o tratamento desigual que aumenta a desigualdade naturalmente já existente. Não teria sentido conceder benefícios de forma igual para os que necessitam e para os que não

necessitam da assistência do Poder Público.

#### 10.4. HIPÓTESES VÁLIDAS DE TRATAMENTO DIFERENCIADO

Há duas hipóteses em que o tratamento diferenciado é válido, por não ofender o princípio constitucional da igualdade: **a)** a própria Constituição estabelece um tratamento desigual. Exemplos: aposentadoria com menor idade e menos tempo de contribuição para mulheres (arts. 40, III, e 201, § 7º); exclusão de mulheres e eclesiásticos do serviço militar obrigatório em tempo de paz (art. 143, § 2º); exclusividade de determinados cargos a brasileiros natos (art. 12, § 3º); **b)** existência de um pressuposto lógico e racional que justifique a desequiparação efetuada, em consonância com os valores tutelados pela Constituição. Exemplos: assentos reservados para gestantes, idosos e deficientes físicos nos transportes coletivos; preferência para pessoas nas mesmas condições em filas de banco; exigência de candidatos do sexo masculino para concurso de ingresso na carreira de carcereiro de penitenciária masculina ou de candidatas para o mesmo cargo em penitenciárias femininas; exigência de perfeita aptidão física para trabalhar como salva-vidas em praias.

#### 10.5. IGUALDADE FORMAL E IGUALDADE MATERIAL

Há duas espécies de igualdade: formal e material. Na *formal*, dentro da concepção clássica do Estado Liberal, todos são iguais perante a lei. Existe também a *material*, denominada *efetiva, real, concreta* ou *situada*. Trata-se da busca da igualdade de fato na vida econômica e social. Em diversos dispositivos o constituinte revela sua preocupação com a profunda desigualdade em nosso país, com a criação de mecanismos que assegurem uma igualdade real entre os indivíduos. Não basta a igualdade formal. O Estado deve buscar que todos efetivamente possam gozar dos mesmos direitos e obrigações. Exemplo: não basta a Constituição assegurar a todos formalmente a igualdade no acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV). Para o exercício universal e concreto desse direito, é indispensável que o Estado forneça assistência judiciária gratuita para que as pessoas carentes, impossibilitadas de arcar com as despesas do processo (custas, honorários e verbas de sucumbência), possam postular ou defender seus direitos em juízo (art. 5º, LXXIV).

#### 10.6. IGUALDADE NA LEI E PERANTE A LEI

São destinatários do princípio da igualdade tanto o legislador como os aplicadores da lei. A *igualdade na lei* é voltada para o legislador, vedando-se a elaboração de dispositivos que estabeleçam desigualdades entre as pessoas, privilegiando ou perseguindo algumas. A *igualdade perante a lei* é voltada para os operadores do direito, que não poderão utilizar critérios discriminatórios na aplicação da lei, estabelecendo tratamento desigual para pessoas que se encontrem nas mesmas condições.

## 10.7. IGUALDADE ENTRE OS PARTICULARES

Como salienta Celso Bastos, o princípio da igualdade atinge também os particulares. Todo cidadão possui o direito de não ser discriminado tanto pelas autoridades como em estabelecimentos privados. A negativa de empregos por empresas privadas ou a recusa de acesso a estabelecimentos de ensino, comerciais e de hospedagem são condutas socialmente reprováveis e criminosas. A nenhum particular é dado o direito de, em suas atividades públicas ou abertas ao público, discriminar outras pessoas por qualquer preconceito.

## 10.8. IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES

A Constituição, em seu art. 5º, I, estabelece expressamente que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. No art. 226, § 5º, dispõe que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Esses dispositivos podem, à primeira vista, parecer redundantes, ante a consagração do próprio princípio da igualdade, entre os direitos individuais básicos, no *caput* do art. 5º da Constituição. Mas seguramente não existe a aparente redundância. Às vezes o óbvio precisa ser proclamado para vencer resistências que encontram amparo em tradições vetustas. A Constituição de 1988 deliberadamente pôs fim a qualquer resquício da autoridade marital, de prevalência ou preferência do sexo masculino sobre o feminino. Convém salientar que as Constituições de 1824 e 1891 atribuíam o direito de voto aos “cidadãos brasileiros”, recebendo a interpretação dos juristas da época de que esse direito havia sido concedido somente aos homens. Foi preciso a promulgação de uma lei específica, em 1932, para que o direito de sufrágio fosse estendido às mulheres. Não podemos esquecer que até o Estatuto da Mulher Casada, em 1962, de acordo com a legislação civil, as mulheres,

com o matrimônio, passavam da condição de absolutamente capazes para a de relativamente incapazes. O novo texto constitucional impõe uma mudança de mentalidade na interpretação da legislação infraconstitucional. Diversos dispositivos do Código Civil, promulgado em 1916, não foram recepcionados pela nova ordem constitucional. Por exemplo, o que estabelecia que “o marido é o chefe da sociedade conjugal”, bem como todas as suas decorrências, como o direito de fixar o domicílio da família, inclusive da esposa (CC de 1916, arts. 233, III, e 36, parágrafo único), a necessidade de autorização marital para ocupação de cargo público ou exercício de profissão fora do lar conjugal (art. 247, III e parágrafo único) e a administração dos bens do casal pelo marido (art. 251). Foi necessária a edição da Lei n. 11.106/2005 para abolir a tutela especial prevista no Código Penal para a “mulher honesta”, cuja constitucionalidade há muito já era contestada pela doutrina, pela inexistência de dispositivo semelhante em relação ao sexo masculino.

Exceções a essa regra da absoluta igualdade entre o homem e a mulher em direitos e obrigações existem e estão previstas na Constituição. São todas em favor do sexo feminino. Para a aposentadoria das mulheres exige-se menor idade e menos tempo de contribuição do que para os homens (CF, arts. 40, III, e 201, § 7º), bem como há a exclusão de mulheres do serviço militar obrigatório em tempo de paz (art. 143, § 2º). Essas distinções encontram justificativas nas características da sociedade brasileira. As vantagens quanto à aposentadoria justificam-se pela dupla jornada de trabalho, pois as mulheres que trabalham fora realizam ainda as atividades domésticas quando retornam para casa.

Para combater, prevenir e punir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, foi instituída a Lei n. 11.340/2006, denominada “Lei Maria da Penha”, estabelecendo medidas de proteção e assistência às mulheres nestas condições.

## 10.9. IGUALDADE TRIBUTÁRIA

A atual Constituição veda a instituição de “tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente” (art. 150, II), mas admite a graduação dos impostos “segundo a capacidade econômica do contribuinte” (art. 145, § 1º). Estabelece tratamento igual entre os iguais e desigual entre os desiguais: quem ganha mais, paga mais; quem ganha menos, paga menos; quem não ganha nada, não paga nada.

## 10.10. CLÁUSULAS DISCRIMINATÓRIAS

A Constituição veda expressamente distinções com fundamento na origem, raça, sexo, cor, idade, estado civil e deficiência física. Todavia, essas cláusulas não são taxativas, mas meramente exemplificativas, pois o próprio art. 3º, IV, adota uma fórmula genérica de ampla abrangência: “quaisquer outras formas de discriminação”. Entre estas, podemos apontar, por exemplo, distinções em razão de religião, convicção política e orientação sexual.

## 10.11. DISTINÇÃO EM RAZÃO DA IDADE

A Constituição veda que a idade seja utilizada como fator de discriminação na admissão a qualquer emprego, tanto na esfera privada como na pública (arts. 7º, XXX, e 39, § 3º). Com fundamento nesse dispositivo constitucional, o Supremo Tribunal Federal não tem admitido restrições quanto à idade para o ingresso em carreiras burocráticas, como, por exemplo, a de Procurador do Estado e auditor (STF, AgRg 208.290-1-RS, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 12 jun. 1998, p. 57; RE 140.646-1-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 12 jun. 1998, p. 65). A Suprema Corte de nosso país só admite, em casos excepcionais, a fixação de limite de idade em editais para o ingresso em carreiras públicas se a exigência decorrer das atribuições do próprio cargo. É indispensável que exista um pressuposto lógico e racional que justifique o tratamento diferenciado, como o ingresso no Corpo de Bombeiros ou nas Forças Armadas, profissões que exigem do candidato perfeita aptidão física. A Lei n. 10.826/2003 veda ao menor de 25 anos de idade a possibilidade de adquirir armas de fogo, salvo para integrantes de determinadas carreiras públicas que exijam o seu emprego. Este dispositivo legal é constitucional pois pressupõe que as pessoas a partir desta idade possuem um maior amadurecimento.

## 10.12. DISTINÇÕES EM RAZÃO DE RAÇA, COR, ETNIA, RELIGIÃO E PROCEDÊNCIA NACIONAL

Embora sem qualquer rigor científico, sustentava-se que a espécie humana poderia ser classificada em três raças: branca, negra e amarela. Trata-se de terminologia superada, pois as semelhanças físicas e genéticas entre todos os seres humanos são patentes. A cor corresponde simplesmente à maior ou menor

pigmentação da pele. Etnia corresponde a um agrupamento de pessoas unidas pela mesma língua, cultura e consciência. A religião é a fé professada por qualquer pessoa. E a procedência nacional é a origem, o Estado ou a região da qual o indivíduo provém. A formação do povo brasileiro decorre justamente dessa mistura de culturas. Desprezar o valor da migração e da imigração é não aceitar a própria formação histórica do povo brasileiro. Qualquer discriminação com fundamento nesses critérios é odiosa e merece ser severamente reprimida. A Constituição elevou a prática de racismo a “crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (art. 5º, XLII).

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de esclarecer que, com o recente mapeamento do genoma humano, não existe base científica para a distinção racial entre os homens. Qualquer divisão tem conteúdo político-social, gerando discriminação e preconceito. A própria liberdade de expressão encontra limites morais e jurídicos, não se podendo admitir a pregação do ódio por motivo de raça, etnia ou religião (HC 82.424/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa).

### **10.13. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL QUE TUTELA O PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

A Lei n. 7.716/89 define os crimes “resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (art. 1º). A Lei n. 7.853/89 tutela os interesses coletivos e difusos das pessoas portadoras de deficiência. A Lei n. 9.029/95 proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias contra a admissão ou a permanência de mulheres em idade fértil na relação jurídica do trabalho, estabelecendo crimes e respectivas sanções penais.

### **10.14. AÇÕES AFIRMATIVAS**

Ação afirmativa é a utilização de mecanismos de proteção e favorecimento aos que necessitem de uma especial tutela, como uma forma de superação das diversas desigualdades existentes em uma sociedade. No Brasil recente, há diversos exemplos já incorporados no direito positivo. Há leis que asseguram vagas para candidatas do sexo feminino em listas eleitorais partidárias e para deficientes físicos em concursos. Diversas universidades públicas reservam vagas ou estabelecem critérios diferenciados para alunos provenientes de escolas públicas ou para negros, pardos e indígenas,

como forma de superação de desigualdades resultantes do processo histórico de formação da sociedade brasileira. No julgamento de ação de inconstitucionalidade em relação à Lei n. 11.096/2005, que institui o PROUNI, o Min. Carlos Britto apresentou voto pela improcedência, com a seguinte fundamentação: “a desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que tivessem sido contemplados com bolsa integral constituiria discrimen que acompanharia a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade” (*Informativo STF*, n. 500).

## 10.15. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DE GÊNERO OU SEXO

Durante os trabalhos da Assembleia Constituinte de 1988 não se aprovou a inclusão, entre as vedações expressas como fator discriminação contidas no art. 3º, IV, da Constituição Federal, da questão da orientação sexual. Essa proibição estaria incluída na proibição genérica a “quaisquer outras formas de discriminação” contida neste dispositivo constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, em controle abstrato de constitucionalidade, entendeu, com fundamento em diversos princípios constitucionais, destacando-se os princípios da dignidade da pessoa humana, da fraternidade, da busca da felicidade, da intimidade e da vida privada (Constituição Federal, arts. 1º, III, 3º, IV, e 5º, X), que é vedada qualquer discriminação de pessoa, seja em razão de gênero (homem/mulher), seja em razão da orientação sexual. Com base neste entendimento, a Suprema Corte deu interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil, para assegurar o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo de forma contínua, pública e duradoura como entidade familiar (ADI 427/DF, Rel. Min. Ayres Brito, *Informativo STF*, n. 625). De acordo com o entendimento firmado pela Suprema Corte, de forma vinculante, ninguém pode ser privado de direitos, nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica, em razão de sua orientação sexual, como, por exemplo, a percepção de benefício pela morte de companheiro do mesmo sexo (RE 477.554, Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo STF*, n. 635).

## 11 DIREITO À SEGURANÇA

## 11.1. INTRODUÇÃO

Segurança é a tranquilidade do exercício dos direitos fundamentais. Não basta ao Estado criar e reconhecer direitos ao indivíduo; tem o dever de zelar por eles, assegurando a todos o exercício, com a devida tranquilidade, do direito a vida, integridade física, liberdade, propriedade etc.

## 11.2. ABRANGÊNCIA

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, os direitos relativos à segurança do indivíduo abrangem os direitos subjetivos em geral e os relativos à segurança pessoal. Dentre os subjetivos em geral, encontramos o direito à legalidade e à segurança das relações jurídicas. Os direitos relativos à segurança pessoal incluem o respeito à liberdade pessoal, a inviolabilidade da intimidade, do domicílio e das comunicações pessoais e a segurança em matéria jurídica.

## 11.3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade vem estampado no inciso II do art. 5º: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Trata-se da base fundamental do Estado de Direito, a submissão de todos ao império da lei. Uma das decorrências ideológicas da Revolução Francesa e da conquista do poder pela burguesia. Somente a lei pode limitar a vontade individual, por ser o produto da vontade geral, e obrigar alguém a fazer ou não fazer alguma coisa. Fazendo a leitura em sentido inverso, pelo princípio da legalidade, um indivíduo pode fazer tudo o que a lei não proíbe ou não determina. Já para a Administração Pública, o princípio da legalidade tem sentido mais restrito: o Poder Público só pode fazer o que a lei autoriza (CF, art. 37, *caput*).

O *poder regulamentar* do Presidente da República (CF, art. 84, IV, segunda parte), assim como das demais autoridades do Poder Executivo, em todas as esferas de governo, encontra limites na lei. Somente esta pode obrigar alguém a fazer ou não fazer alguma coisa. Onde o poder regulamentar ultrapassar a norma legal, criando direito ou obrigação não prevista na lei, essa norma regulamentar será ilegal.

## 11.4. SEGURANÇA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

Segurança das relações jurídicas é o conjunto das condições que permitem às pessoas o conhecimento antecipado das consequências jurídicas de seus atos. Uma ordem jurídica pressupõe a existência de relações estáveis. Para assegurar a segurança das relações jurídicas, o *princípio fundamental* é o da irretroatividade das leis. Uma pessoa não pode ser surpreendida por consequências jurídicas desfavoráveis de leis elaboradas após a realização de sua conduta. Contudo, o ordenamento jurídico admite leis retroativas, desde que não violem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). As leis são elaboradas para reger situações futuras, mas, atendendo ao interesse social, uma lei nova pode retroagir, desde que não prejudique situações jurídicas já consolidadas. Esses três institutos jurídicos são definidos pela Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42) com a finalidade de assegurar a segurança das relações jurídicas.

*Ato jurídico perfeito.* É o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetivou. Exemplos: um indivíduo já aposentado não pode ser atingido por uma reforma previdenciária ou uma casa já construída de acordo com as leis vigentes ao tempo do ato não pode ser demolida.

*Direito adquirido.* É o que pode ser exercido a qualquer momento, pois já incorporado ao patrimônio de seu titular. Exemplos: um indivíduo que já completou os requisitos mínimos para a aposentadoria, mas ainda não exerceu esse direito, ou um projeto de casa já aprovado de acordo com as posturas municipais, mas ainda não executado.

*Coisa julgada (ou caso julgado).* É a decisão judicial da qual não caiba mais recurso. Em uma disputa judicial, a sentença, após esgotados todos os recursos, torna-se imutável entre as partes.

*Relativização da coisa julgada* — Na doutrina e na jurisprudência, a possibilidade de relativização da coisa julgada é uma questão intensamente discutida. A coisa julgada não se trata de um direito absoluto. A ação rescisória e a revisão criminal, previstas tradicionalmente, em nossa legislação processual, são ações que visam desconstituir os efeitos de uma decisão transitada em julgado. O Supremo Tribunal Federal, em uma ação de investigação de paternidade, tendo em vista os avanços da genética e o direito fundamental de conhecer a própria filiação, inerente ao direito de personalidade, decidiu, ponderando a colisão de direitos fundamentais, pela possibilidade de propositura de uma nova demanda, mesmo transcorridos mais de vinte anos da decisão anterior, com a realização do exame de DNA, agora custeado pelo Poder Público, em razão de se tratar de autor carente (RE 363.889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, voto do Min. Luiz Fux, *Informativos STF*, n. 629 e 631).

## 11.5. SEGURANÇA EM MATÉRIA PESSOAL

A segurança em matéria pessoal abrange diversos direitos e garantias em relação ao ser humano isoladamente considerado: inviolabilidade da intimidade, do domicílio e das comunicações pessoais, bem como diversas garantias em matéria penal e processual.

## 11.6. DIREITO À PRIVACIDADE

Em seu art. 5º, X, a Constituição estabelece que “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”. O direito à privacidade, dentro da sistemática estabelecida pela Constituição, trata de uma denominação genérica, que compreende a tutela da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Em razão dos avanços tecnológicos, com a possibilidade crescente de intromissão na vida íntima das pessoas, é indispensável assegurar-se, entre os direitos individuais, o respeito à privacidade de cada ser humano.

### 11.6.1. INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

Intimidade é a qualidade do que é íntimo. Advém do latim *intimus*, significando o que é interior a cada ser humano. É o direito de estar só, de não ser perturbado em sua vida particular. A *vida privada* é o relacionamento de uma pessoa com seus familiares e amigos, o oposto da vida pública, isto é, a que se vive no recesso do lar e em locais fechados. É o direito de levar sua vida pessoal sem a intromissão de terceiros, como agentes do Estado, vizinhos, jornalistas, curiosos etc.

A intimidade e a vida privada são considerados círculos concêntricos da esfera de reserva da vida pessoal, sendo a intimidade ainda mais restrita, por se referir ao próprio indivíduo, bem como ao que possui de mais próximo, como seus segredos, seu diário, seus desejos, seus relacionamentos sexuais. Já a esfera da vida privada abrange o relacionamento do indivíduo com outras pessoas, como familiares, amigos e sócios.

Todas as pessoas têm assegurado o direito de ver respeitada a sua convivência familiar e com os amigos. Esse direito é assegurado também para pessoas de vida pública, como políticos, artistas e

esportistas, em suas atividades estritamente particulares. Em razão da tutela da privacidade, proibem-se a investigação e a divulgação de atos particulares, como escuta telefônica, invasões fotográficas ou cinematográficas. Urge a promulgação no Brasil de uma tutela penal da intimidade, reprimindo criminalmente os abusos à intimidade das pessoas.

### 11.6.2. HONRA

Honra é um atributo pessoal. Compreende a autoestima e a reputação de uma pessoa, ou seja, a consideração que ela tem de si mesma (honra subjetiva), bem como a de que goza no meio social (honra objetiva). A legislação penal tutela a honra, estabelecendo os crimes de calúnia, difamação e injúria em diversos estatutos legais (CP, arts. 138, 139 e 140 e Código Eleitoral, Lei n. 4.737/65, arts. 324, 325 e 326).

### 11.6.3. IMAGEM

O direito à imagem tem dupla acepção. Como aponta Luiz Alberto David Araujo, possui um sentido de “retrato físico” (imagem--retrato) e outro de “retrato social” (imagem-atributo) de um indivíduo. A imagem-retrato é a representação gráfica, fotográfica, televisionada ou cinematográfica de uma pessoa. É o direito de não ter sua representação reproduzida por qualquer meio de comunicação sem a devida autorização. Observa-se que pessoas de vida pública, como políticos, não podem reclamar da reprodução de suas imagens quando no exercício de atividades públicas. A imagem-atributo é a forma pela qual uma pessoa é vista no meio social em que vive. Uma imagem de bom profissional, pessoa de boa índole, leal e honesta, é construída ao longo dos anos, não podendo ser atingida por uma notícia difamatória veiculada de forma precipitada. Tanto a pessoa física como a jurídica podem ser atingidas em sua imagem-atributo, cabendo indenização tanto por danos materiais como morais (Súmula 227 do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”).

### 11.6.4. INDENIZAÇÃO

A Constituição assegura ao ofendido em seu direito de privacidade indenização por danos materiais e morais. Conforme

entendimento já consagrado na Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça: “São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato”.

## 11.7. INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XI, estabelece que “*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*”.

A inviolabilidade do domicílio não é absoluta, pois a própria Constituição ressalva hipóteses em que é possível o ingresso na casa de uma pessoa sem o seu consentimento. A qualquer hora do dia ou da noite isso é possível, independente da exibição de mandado judicial, nas seguintes hipóteses: **a)** com o consentimento dos moradores; **b)** flagrante delito; **c)** em caso de desastres, como incêndio, inundação etc.; e **d)** para prestar socorro. Fora dessas hipóteses, só é possível o ingresso na residência de uma pessoa durante o dia, com a exibição de mandado judicial. O direito à inviolabilidade do domicílio é regulamentado pela legislação infraconstitucional penal e processual penal.

*Conceito de casa.* Casa é o lugar onde uma pessoa vive ou trabalha, não aberto ao público, reservado a sua intimidade e a sua vida privada. A definição jurídica de *casa* encontra-se nos arts. 150, § 4º, do Código Penal, que dispõe sobre o crime de “violação de domicílio”, e 246 do Código de Processo Penal. De acordo com a nossa legislação infraconstitucional, o termo compreende qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva e compartimento não aberto ao público onde alguém exerça sua profissão ou atividade. Dessa forma, está tutelado dentro do conceito jurídico de “casa” qualquer lugar onde alguém viva ou trabalhe, incluindo o barraco da favela, o quarto de pensão e o armazém não aberto ao público onde seja exercida atividade profissional. O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar no sentido de que o conceito de casa estende-se ao escritório comercial da empresa. Uma diligência da receita neste local deve ser precedida de autorização judicial (*Informativo STF*, n. 336).

*Hipóteses de flagrante delito.* O Código de Processo Penal, em seu art. 302, estabelece as hipóteses em que alguém pode ser preso em flagrante pela prática de uma infração penal. Tratando-se de crime permanente, como o do sequestro e de diversas modalidades de tráfico de entorpecentes, em que o momento consumativo se

prolonga no tempo, não se exige a exibição de mandado judicial para o ingresso na casa, podendo a prisão ocorrer a qualquer hora do dia ou da noite.

**Mandado judicial.** A Constituição de 1988 inovou ao exigir mandado judicial para a realização de busca domiciliar. Antes, o mandado poderia ser expedido pela autoridade policial. Mesmo com autorização judicial, o ingresso no período noturno depende de consentimento do morador. Durante o dia, com a exibição do mandado judicial, a busca pode ser realizada mesmo com a discordância do morador, arrombando-se a porta se houver necessidade. Em decorrência dessa garantia constitucional, se uma pessoa procurada pela justiça estiver escondida em uma casa, a polícia não poderá efetuar a prisão no período noturno, devendo aguardar o amanhecer para naquela ingressar. Esses procedimentos vêm estabelecidos nos arts. 245 e 293 do Código de Processo Penal.

**Nulidade da prova.** Uma prova obtida sem a exibição de mandado judicial de busca e apreensão domiciliar, fora das hipóteses especialmente previstas no texto constitucional, por agentes do Estado, ou até mesmo por pessoa estranha aos quadros oficiais, é nula de pleno direito, não podendo produzir qualquer efeito jurídico. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já considerou ilícitas, imprestáveis como evidência, fotografias pornográficas retratando abuso sexual de menores, subtraídas do cofre do consultório odontológico, local reservado ao exercício da atividade profissional de um cirurgião-dentista, e entregues pelo autor do furto para a polícia (*Informativo STF*, n. 197). Há ainda a possibilidade de se determinar o desentranhamento das provas obtidas de forma ilegal, de modo a evitar que a evidência assim obtida possa de alguma forma influir no convencimento do julgador (*Informativo STF*, n. 32).

**Dia e noite.** Para se tornar efetiva a garantia constitucional do direito de inviolabilidade de domicílio é preciso fixar os períodos do dia e da noite. Para José Afonso da Silva e Tourinho Filho, o dia estende-se das 6 às 18 horas. Celso de Mello entende que deve ser adotado um critério físico-astronômico, como o intervalo de tempo entre a aurora e o crepúsculo.

## 11.8. INVIOABILIDADE DAS COMUNICAÇÕES PESSOAIS

A Constituição, em seu art. 5º, XII, estabelece que “*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*". O indivíduo precisa ter segurança de que todas as suas comunicações pessoais, tanto as feitas por cartas como as realizadas por telegramas ou telefonemas, não serão interceptadas por outras pessoas. Como salienta Ada Pellegrini Grinover, a inviolabilidade das comunicações pessoais envolve dúplici tutela, da liberdade de manifestação de pensamento e do segredo como expressão do direito à intimidade das pessoas.

### 11.8.1. INVIOABILIDADE DA CORRESPONDÊNCIA E DAS COMUNICAÇÕES TELEGRÁFICAS E DE DADOS

As violações de correspondência e de comunicação telegráfica são crimes previstos no Código Penal (art. 151 e parágrafos) e na Lei n. 6.538/78, que dispõe sobre os serviços postais. Somente em se tratando da inviolabilidade de comunicação telefônica, o texto constitucional admite a quebra do sigilo para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Na vigência de estado de defesa ou de sítio poderão ser estabelecidas restrições à inviolabilidade de correspondência (CF, arts. 136, I, *b*, e 139, III). O Supremo Tribunal Federal já considerou válida prova obtida com interceptação de carta encaminhada por preso pela diretoria do estabelecimento penal: "A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas" (STF, HC 70.814/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *RTJ* 176/1136).

### 11.8.2. INVIOABILIDADE DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

A interceptação telefônica é admitida de forma excepcional pelo art. 5º, XII, da Constituição. Esse dispositivo constitucional é regulamentado pela Lei n. 9.296/96. A interceptação telefônica depende de autorização judicial e somente pode ser permitida nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer "para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". Só pode ser deferida para apuração de crimes punidos com reclusão, quando houver indícios razoáveis de autoria ou participação e a prova não puder ser feita por

outros meios disponíveis.

O Supremo Tribunal Federal entende que os elementos informativos de uma investigação criminal, ou as provas colhidas no bojo de instrução processual penal, desde que obtidos mediante interceptação telefônica devidamente autorizada por juiz competente, podem ser compartilhados para fins de instruir procedimento administrativo disciplinar (Inq. 2.725, *Informativo STF*, n. 512). A Suprema Corte firmou orientação no sentido de ser lícita a prorrogação do prazo para interceptação telefônica, ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e o imponha a sua investigação. O prazo máximo de 30 dias não pode ser injustificadamente alargado, mas pode o magistrado, com outro motivo, e diversa motivação, determinar nova interceptação do mesmo telefone (Inq. 2.424, *Informativo STF*, n. 529). O Supremo Tribunal Federal também assegura ao investigado, bem como ao seu advogado, o acesso às informações obtidas por meio de interceptação telefônica, pois o sigilo aos dados da interceptação telefônica estaria direcionado a proteger e não a gerar quadro em que alguém se visse envolvido, devendo comparecer à delegacia policial, sem que se lhe fosse proporcionado, e ao advogado, conhecer as razões respectivas. O sigilo pode estar ligado a investigações em andamento, mas, a partir do momento em que existe interrogatório dos envolvidos, indispensável o acesso, à defesa, ao que se contém no próprio inquérito. Sem esta prerrogativa, seria impossibilitar a atuação da defesa, em violação ao devido processo legal (HC 92.331, *Informativo STF*, n. 499).

### 11.8.3. GRAVAÇÃO FEITA POR INTERLOCUTOR DA CONVERSA TELEFÔNICA

Quando a gravação da conversa telefônica é feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, mesmo sem ciência do outro, não se considera que houve interceptação telefônica, sendo considerada válida como prova a gravação produzida, ainda mais quando utilizada como meio de defesa ou se a pessoa é vítima de crime.

Na interceptação telefônica ilícita a gravação deve ser feita por terceiro, de forma clandestina, sem conhecimento de nenhum dos interlocutores. Dessa forma, é considerada válida a gravação realizada por uma pessoa que vem sendo ameaçada de morte pelo telefone. Observa-se que o juiz, nos termos da legislação penal vigente, não poderia sequer autorizar a interceptação telefônica, pois o crime de ameaça é punido apenas com detenção (CP, art. 147).

Somente em se tratando de crimes mais graves, como sequestro ou extorsão, em razão de serem punidos com reclusão, a interceptação poderia ser autorizada judicialmente. Nesses delitos, se a conversa telefônica for gravada por um dos interlocutores, ou por um terceiro de forma consentida, mesmo sem autorização judicial, a prova será considerada válida (STF, HC 75.338-RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, *Informativo STF*, n.124). A Suprema Corte já entendeu que: “Não há interceptação telefônica quando a conversa é gravada por um dos interlocutores, ainda que com a ajuda de um repórter” (RE 453.562/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa).

#### 11.8.4. GRAVAÇÃO AMBIENTAL

Gravação ambiental é a captação, por meio de fita magnética ou por qualquer outro meio eletrônico ou ótico, de conversa ou imagem entre presentes. Discute-se sua validade quando feita sem o conhecimento de um dos interlocutores. O STF já admitiu sua validade quando a pessoa era vítima de concussão. A ilicitude da prova estaria excluída pela circunstância excludente da criminalidade denominada legítima defesa (RE 21.2081/RO, Rel. Min. Octavio Gallotti). Mas a Corte Suprema já considerou inválida essa prova quando gravada uma “conversa informal” com presos, violando o direito ao silêncio, também assegurado pela Constituição (HC 80.949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). A Lei de Combate às Organizações Criminosas expressamente autoriza a interceptação ambiental mediante circunstanciada autorização judicial como prova válida.

### 12 SEGURANÇA EM MATÉRIA JURÍDICA

#### 12.1. INTRODUÇÃO

Não é por mero acaso ou capricho do poder constituinte que os princípios fundamentais do direito penal e do direito processual estão todos previstos no art. 5º da Constituição Federal. Quando se regulamenta a atividade jurisdicional do Estado, principalmente na área punitiva, devem-se preservar direitos fundamentais do ser humano, como a vida, a liberdade e a propriedade. Diversas garantias jurisdicionais, processuais e de direito material são

asseguradas pelo texto constitucional com essa finalidade. Restrições a direitos fundamentais só são admitidas com a observância de todas as garantias constitucionais e legais.

## 12.2. GARANTIAS JURISDICIONAIS

- a) *Princípio da inafastabilidade ou do controle do Poder Judiciário (inciso XXXV)*. “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Esse princípio garante a todos o acesso ao Poder Judiciário. É uma decorrência do monopólio da atividade jurisdicional pelo Estado. Trata-se do direito ao processo, à atividade de distribuição da justiça exercida pelo Poder Judiciário.
- b) *Proibição dos tribunais de exceção (inciso XXXVII)*. A Constituição veda os tribunais de exceção, criados especialmente para julgar determinados crimes ou pessoas, em casos concretos. Exemplo de tribunal de exceção é o de Nuremberg, constituído especialmente para julgar os líderes nazistas após a 2ª Guerra Mundial por crimes contra a humanidade. Os tribunais de exceção não se confundem com as justiças especializadas e o foro privilegiado. Aquelas foram instituídas pela própria Constituição para o julgamento de determinadas espécies de crimes, com o respeito ao princípio da anterioridade à prática do fato. O foro privilegiado é concedido em razão do cargo que a pessoa exerce e não por critérios de ordem pessoal. Não exercendo mais o cargo, o indivíduo perde o direito ao foro privilegiado.
- c) *Julgamento pelo Tribunal do Júri em crimes dolosos contra a vida (inciso XXXVIII)*. A atual Constituição manteve o Tribunal do Júri, assegurada a competência de julgamento pela prática de crimes previstos no Código Penal no Capítulo “Dos crimes contra a vida”, na modalidade dolosa, onde estão presentes as seguintes infrações penais: homicídio, infanticídio, participação em suicídio e aborto. Irão a julgamento também os crimes conexos a eles. Trata-se de um direito individual, pois o réu será julgado pelos seus pares e não por um juízo de critério eminentemente técnico. O julgamento pelo Tribunal do Júri foi assegurado com a observância da *plenitude de defesa*, do *sigilo das votações* e da *soberania dos veredictos*. O Código de Processo Penal, ao dispor sobre o procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, estabelece mecanismos para assegurar o cumprimento dessas exigências constitucionais (arts. 406 a 497). Os jurados julgam de forma secreta, de acordo com critérios de convicção

íntima (arts. 482 a 491). As decisões quanto ao mérito só podem ser reformadas por outro tribunal popular e por uma única vez (art. 593, III, *d*, e § 3º). Considerando a forma pela qual o dispositivo foi promulgado, há autores que sustentam a possibilidade de a legislação infraconstitucional submeter a julgamento pelo Tribunal do Júri outras espécies de infrações penais além dos crimes dolosos contra a vida.

- d) *Princípio do juiz natural ou do juiz competente (inciso LIII).*** “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.” De acordo com o princípio do juiz natural, as regras de competência devem estar preestabelecidas pelo ordenamento jurídico. Ninguém pode ser processado ou julgado por uma autoridade especialmente designada para o caso. Esse dispositivo tem por finalidade assegurar o julgamento por um juiz independente e imparcial. Somente a Constituição, as leis processuais e as leis de organização judiciária podem fixar regras de competência.

*Princípio do promotor natural.* Considerando que a Constituição estabeleceu que ninguém será processado senão pela autoridade competente, os mesmos princípios relativos ao juiz natural prevalecem em relação ao Promotor de Justiça. As designações feitas pelo Procurador-Geral de Justiça para o acompanhamento de casos específicos devem respeitar as regras previamente estabelecidas pela legislação.

## 12.3. GARANTIAS MATERIAIS

- a) *Princípios da anterioridade e da reserva da lei penal (inciso XXXIX).*** Trata-se de aplicação do famoso brocardo latino: “nullum crimen, nulla poena, sine lege”. Esse dispositivo contém duas garantias de ordem penal. Pelo princípio da reserva legal, não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal. Pelo da anterioridade, estabelece-se que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Essa garantia constitucional vem exposta no art. 1º do Código Penal. Os fundamentos do direito penal encontram-se todos na Constituição, pois para quase todos os crimes são estabelecidas penas privativas da liberdade, um dos direitos individuais básicos. Considerando-se a exigência de prévia cominação legal, não se admite a criação de figuras penais ou cominação de penas por medida provisória. Medidas provisórias são atos legislativos que possuem força de lei, mas não são leis. São instrumentos do Poder Executivo admitidos somente em

situações de relevância e urgência, incompatíveis com a exigência constitucional da reserva legal em matéria penal. A Emenda Constitucional n. 32 estabeleceu expressamente esta vedação (Constituição Federal, art. 62, I, *b*).

**b) Princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (inciso XL).**

A lei penal, em regra, não retroage, salvo para beneficiar o réu. Essa garantia vem exposta no art. 2º do Código Penal. A irretroatividade da lei penal mais benéfica é absoluta, desconstituindo, inclusive, condenações já transitadas em julgado.

**c) Princípio da personalização da pena (inciso XLV).** A pena não pode passar da pessoa do delinquente. Somente o autor da infração penal deve ser responsabilizado. A pena não deve ser estendida aos familiares e aos herdeiros do autor do crime. Morto o condenado, declara-se extinta a punibilidade do crime.

**d) Princípio da individualização da pena (inciso XLVI).** As penas devem ser previstas, impostas e executadas de acordo com as condições pessoais de cada réu. Essa individualização opera-se em três fases distintas: legislativa, judicial e executiva.

**e) Proibição de determinadas penas (inciso XLVII).** A Constituição proíbe a adoção das seguintes modalidades de penas: **a)** de morte, salvo em caso de guerra declarada; **b)** de caráter perpétuo; **c)** de trabalhos forçados; **d)** de banimento; **e)** cruéis. As hipóteses de aplicação da *pena de morte* em caso de guerra declarada estão previstas no Código Penal Militar. Para impedir o cumprimento de *prisões perpétuas*, o Código Penal, em seu art. 75, estabelece o limite máximo de trinta anos para o cumprimento das penas privativas de liberdade. A pena de *banimento* consistia na expulsão de brasileiro do território nacional. Foi expressamente abolida pela Constituição de 1891 (art. 70, § 20), tendo sido reintroduzida pelo regime militar na Carta Constitucional brasileira de 1967 pelo Ato Institucional n. 14, após o sequestro do embaixador americano. São consideradas *penas cruéis* as que provocam intenso sofrimento, expressamente vedadas pela Constituição. Como exemplos podemos apontar as penas de galés, açoites e a imposição de sofrimentos físicos.

**f) Princípios relativos à execução da pena privativa de liberdade.** A

Constituição revela uma extrema preocupação em assegurar o absoluto respeito aos direitos do preso durante a execução da pena privativa de liberdade. O Estado deve zelar pela elaboração de políticas penitenciárias que visem, além do caráter retributivo da pena, a ressocialização do preso. Entre esses direitos podemos apontar os seguintes: cumprimento da pena “em

estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (inciso XLVIII), o “respeito à integridade física e moral” (inciso XLIX) e o direito das presidiárias de permanecerem com os seus filhos durante o período de amamentação (inciso L).

**g) Restrições à extradição de nacionais e estrangeiros.** Extradição é o ato pelo qual um Estado entrega a outro uma pessoa acusada ou condenada pela prática de uma infração penal. Esse procedimento, no Brasil, está regulamentado na Lei n. 6.815/80, o Estatuto dos Estrangeiros. A Constituição expressamente veda a extradição de brasileiros natos em qualquer hipótese. Brasileiros naturalizados podem ser extraditados somente pela prática de crime comum cometido antes da naturalização ou de comprovado envolvimento com tráfico de entorpecentes (inciso LI). Estrangeiros não serão extraditados pela prática de crimes políticos ou de opinião (inciso LII). Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar pedidos de extradição solicitados por Estados estrangeiros (art. 102, I, g). Para efeito de extradição é absolutamente irrelevante que o estrangeiro tenha mulher ou filho brasileiro (STF, Extradição n. 732-1, Confederação Helvética, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 6 nov. 1998, p. 3). A extradição deve fundamentar-se em fato que seja punido como crime tanto no Brasil como no país que apresenta o pedido.

**h) Proibição da prisão civil por dívidas, salvo no caso de devedor de pensão alimentícia (inciso LXVII).** A prisão civil é medida privativa da liberdade, sem caráter de pena, com a finalidade de compelir o devedor a satisfazer uma obrigação de caráter alimentar. Essa hipótese de prisão está prevista na Lei n. 5.478/68, que dispõe sobre a ação de alimentos. A partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 45 os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, após dois turnos de votação, por três quintos dos respectivos membros, são considerados equivalentes às emendas constitucionais. Os tratados internacionais firmados anteriormente pelo Estado brasileiro são recepcionados como equivalentes a normas constitucionais. O Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil pelo Decreto n. 678/92, autoriza a prisão somente em razão de dívida alimentar. Desta forma, não mais se admite, por manifesta inconstitucionalidade, a prisão civil por dívida no Brasil, quer do alienante fiduciário, quer do depositário infiel. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que só é possível a prisão civil do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. A Suprema Corte editou a respeito deste tema a Súmula Vinculante n. 25: “É ilícita a prisão

civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. E o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula 419: “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.

O credor, na hipótese de depositário infiel, deve valer-se de outros meios para a satisfação de seu crédito. O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 309 com o seguinte enunciado: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

## 12.4. GARANTIAS PROCESSUAIS

a) *Princípio do devido processo legal (inciso LIV)*. “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O *due process of law* é um dos mais antigos direitos individuais obtidos pela humanidade, assegurado pela Carta Magna, na Inglaterra, já em 1215. Trata-se de garantia do cidadão contra uma atuação arbitrária do poder do Estado. Esse princípio possui uma dupla natureza: processual (*procedural due process*) e substancial (*substantive due process*). No sentido processual, contém diversos desdobramentos, que foram relacionados em outros dispositivos, como os princípios do contraditório e da ampla defesa. Como ensina Nelson Nery Jr. e Rosa Nery: “Trata-se do postulado fundamental do direito constitucional (gênero), do qual derivam todos os outros princípios (espécies)”. Em seu sentido substantivo, o *due process of law* consiste na proteção dos direitos e liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressora ou destituída de razoabilidade. A atividade legislativa do Estado deve ser exercida dentro de limites, não aceitando o Supremo Tribunal Federal normas que concedam poderes arbitrários ou agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (STF, ADIn 1.755-5, medida liminar, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, 8 maio 1998, p. 59).

b) *Princípios do contraditório e da ampla defesa (inciso LV)*. O princípio do contraditório, também denominado “audiência bilateral”, significa a aplicação de outro antigo brocardo latino: “audiatur et altera pars”, isto é, a parte contrária também precisa ser ouvida. Uma das decorrências desse princípio é o da igualdade entre as partes de uma relação processual. Não podem ser atribuídas a uma delas vantagens de que a outra não disponha. Deve existir uma paridade de forças. A ampla defesa constitui outra decorrência lógica do princípio do contraditório.

Ao réu devem ser concedidas todas as oportunidades para ver respeitado o seu direito, assegurando-se a indispensabilidade da citação, a nomeação de defensor, a notificação para a prática de atos processuais, a possibilidade de produzir provas e de apresentar arrazoados.

Com fundamento no art. 5º, LV, da Constituição Federal, o STF editou as Súmulas Vinculantes n. 5: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”; n. 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”; n. 21: “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”; e n. 28: “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário”.

c) *Proibição de prova ilícita (inciso LVI)*. “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Antes da atual Constituição discutia-se sobre a validade das provas produzidas de forma ilícita. Hoje, o texto constitucional é expresso. A prova assim obtida é absolutamente nula, não podendo gerar qualquer efeito no convencimento do juiz. Exemplos de provas ilícitas: confissões feitas mediante tortura, interceptações telefônicas e quebras de sigilo bancário realizadas sem autorização judicial. O Supremo Tribunal Federal, adequadamente, adotou, por maioria de votos, a denominada teoria *fruits of poisonous tree* (frutos da árvore envenenada). São nulas tanto as provas produzidas de forma ilícita como também as derivadas (surgidas em decorrência da prova ilícita), ainda que obtidas de forma regular. Há contaminação do vício original, com exclusão da prova ilícita, bem como de suas derivações (STF, HC 76.641-7-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 5 fev. 1998, p. 8). Contudo, se a condenação fundamentar-se em outras provas bastantes para a condenação, não se declarará a nulidade da sentença ou a inépcia da denúncia (STF, RHC 74.807-4-MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ*, 20 jun. 1997, p. 28507). O Código de Processo Penal, na nova redação dada ao art. 157, pela Lei n. 11.690/2008, estabelece que deverão ser desentranhadas e inutilizadas as provas ilícitas, assim consideradas as obtidas com violação de normas constitucionais e legais, de forma a não exercer nenhuma influência sobre o convencimento do juiz ou dos jurados. Estabelece, ainda, em seu § 1º que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não

evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

**d) *Princípio da presunção de inocência ou da presunção de culpabilidade (inciso LVII)***. Estabelece a Constituição que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Antes da condenação definitiva em um processo criminal, todos os cidadãos devem ser considerados inocentes. Compete ao Ministério Público, como órgão titular da ação penal condenatória, comprovar a responsabilidade do réu até a última instância. Esse princípio veda, de forma absoluta, no processo penal, a adoção de institutos como a presunção de culpa em determinadas situações e a inversão do ônus da prova. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que “ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP” (*Informativo STF*, n. 534). A Suprema Corte também declarou não recepcionado pela nova ordem constitucional dispositivo do Código de Processo Penal que declarava deserta a apelação de réu foragido, por entender violar o princípio da presunção de inocência, constituindo verdadeira execução antecipada da sentença (*Informativo STF*, n. 537). Com fundamento no princípio da presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente arguição de descumprimento de preceito fundamental que pretendia permitir que juízes eleitorais pudessem vetar a candidatura de políticos que respondessem a processo judicial ou não tivessem sido condenados em definitivo (*Informativo STF*, n. 514, ADPF 144).

**e) *Proibição da identificação criminal da pessoa já civilmente identificada (inciso LVIII)***. Identificação, como ensina Tourinho Filho, “é o processo usado para se estabelecer a identidade de pessoas ou coisas”, enquanto identidade “é o conjunto de dados e sinais que caracterizam o indivíduo ou coisa”. A pessoa que já possui um documento de identidade civil válido, sem qualquer suspeita fundada de falsidade, não poderá ser identificado criminalmente, salvo nas hipóteses expressamente previstas em lei. A identificação criminal é feita utilizando-se do processo datiloscópico. A apresentação de uma cédula de identidade, como o RG ou qualquer outro documento válido para identificação (p. ex., a carteira da OAB), impede, no momento do indiciamento, a colheita da identificação datiloscópica (impressões digitais). A finalidade dessa garantia constitucional é

evitar o constrangimento no interior de Delegacias de Polícia das pessoas já identificadas civilmente. Trata-se de uma norma de eficácia contida, que dependia de futura regulamentação. O Supremo Tribunal Federal, em face da regra contida no art. 6º, VIII, do Código de Processo Penal, entendia que a identificação datiloscópica do indiciado não configurava constrangimento ilegal (Súmula 568). Essa súmula não mais prevalece ante a nova ordem constitucional. A Lei n. 12.037/2009 regulamenta esse dispositivo constitucional. Estabelece quais documentos servem para a identificação civil. Autoriza a identificação criminal, que inclui o processo datiloscópico e fotográfico, quando não apresentado documento que comprove a identidade, ou nas seguintes hipóteses: I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais. Nesse caso, as cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado. A Lei n. 9.034/95, que dispõe sobre as organizações criminosas, estabelece a obrigatoriedade da identificação criminal, mesmo para pessoas já civilmente identificadas.

**f) *Garantias da legalidade e da comunicabilidade das prisões (incisos LXI a LXVI).*** A regra constitucional geral do *status libertatis* é que “ninguém será preso”. A privação da liberdade é medida de caráter excepcional, admitida somente nas hipóteses especialmente previstas na Constituição Federal. Uma pessoa só pode ser presa em flagrante delito ou por ordem escrita judicial. As hipóteses de prisão em flagrante estão disciplinadas no Código de Processo Penal (arts. 301 a 310).

***Exigência de ordem judicial.*** A atual Constituição inovou ao exigir a expedição de mandado judicial. Não mais se admite o mandado de prisão expedido por autoridade policial.

***Requisitos para a validade da prisão.*** Diversas novas exigências foram feitas pela Constituição para a validade da prisão:

**a)** comunicação imediata ao juiz competente e à família do preso ou

a pessoa por ele indicada (inciso LXII); **b**) o preso deve ser informado de seus direitos, entre eles o de permanecer calado e o de assistência da família e de advogado (inciso LXIII); **c**) o preso tem direito à identificação dos responsáveis pela sua prisão e por seu interrogatório (inciso LXIV); **d**) relaxamento imediato de prisão decretada ilegalmente (inciso LXV); **e**) ninguém será mantido em prisão quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (inciso LXVI).

*Comunicação da prisão.* A finalidade da comunicação imediata da prisão ao juiz competente é justamente que a autoridade judiciária verifique sua legalidade, bem como a possibilidade da concessão de liberdade provisória. Sendo ilegal a prisão, ela deve ser relaxada imediatamente, apurando-se a responsabilidade por eventual abuso de poder. Havendo a possibilidade de o preso responder à acusação em liberdade, em razão de a infração penal cometida ser considerada de menor gravidade, deve ser concedida, assim que verificados os pressupostos legais, a liberdade provisória.

*Miranda "case".* A Constituição incorporou ao sistema processual penal brasileiro a jurisprudência norte-americana construída a partir desse famoso caso. Sempre que uma pessoa for presa, para a validade formal da própria diligência, é indispensável que ela seja informada de seus direitos, entre eles o de permanecer calada, bem como o de assistência da família e de advogado. Do exercício do direito constitucional de permanecer em silêncio não pode subsistir nenhum prejuízo para o réu. Nesse sentido, o art. 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal, na nova redação dada pela Lei n. 10.792/2003, estabelece que o acusado, antes de ser interrogado, deverá ser informado do direito de permanecer calado e de não responder às perguntas formuladas, não podendo o silêncio ser interpretado como confissão ou em seu prejuízo.

*Abuso de autoridade.* A Lei n. 4.898/65, em seu art. 4º, estabelece diversas modalidades do crime de abuso de autoridade, em razão do desrespeito às formalidades exigidas pela legislação para a prisão de uma pessoa e a respectiva comunicação à autoridade judicial competente para a verificação da legalidade do ato.

**g) Princípio da celeridade processual (inciso LXXVIII).** É assegurado a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Este novo direito individual foi introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, como fundamento de toda a Reforma do Judiciário, que visa combater a extrema morosidade das decisões judiciais, pois a realização da justiça de forma tardia é sempre uma injustiça.

## 12.5. GARANTIAS TRIBUTÁRIAS

O rol do art. 5<sup>º</sup> da Constituição não é taxativo. Existem direitos individuais previstos em outros dispositivos da Constituição, assim como são assegurados direitos fundamentais em tratados internacionais e outros decorrentes dos princípios por ela adotados. Garantias tributárias são importantes limites à atuação do Estado, no que se refere à atividade tributária, com a finalidade de resguardar patrimônios individuais e coletivos. Diversos princípios podem ser apontados.

- a) *Princípio da legalidade tributária.* Só podem ser exigidos ou aumentados os tributos previstos em lei (art. 150, I). O Supremo Tribunal Federal, apesar da opinião amplamente contrária na doutrina brasileira, que afirma tratar-se de legalidade estrita, admitiu a edição de medidas provisórias em matéria tributária, considerando que se trata de ato normativo editado pelo Presidente da República com força de lei. Essa possibilidade agora foi expressamente contemplada pela Emenda Constitucional n. 32/2001, na redação dada ao art. 62, § 2<sup>º</sup>.
- b) *Princípio da igualdade tributária.* Os contribuintes que se encontrem em situação equivalente devem ser tratados de forma igual, admitindo-se, sempre que possível, uma graduação segundo sua capacidade econômica (arts. 150, II, e 145, § 1<sup>º</sup>).
- c) *Princípio da anterioridade das leis tributárias.* Vedação da cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes da vigência da lei que os instituiu ou aumentou ou no mesmo exercício financeiro em que tiver sido publicada (art. 150, III).
- d) *Vedação da utilização de tributo com efeito de confisco* (art. 150, IV). A inclusão dessas garantias tributárias entre os direitos individuais é de fundamental importância para assegurar aos cidadãos uma eficiente proteção ante a sanha tributária do Estado em momentos de crise. Os direitos individuais foram incluídos entre as cláusulas pétreas de nossa Constituição (art. 60, § 4<sup>º</sup>, IV). O Supremo Tribunal Federal, com fundamento nesse entendimento, já teve a oportunidade de impedir a aplicação de novo imposto criado por emenda constitucional no mesmo exercício financeiro.

## 13 DIREITO DE PROPRIEDADE

### 13.1. INTRODUÇÃO

O direito de propriedade, de acordo com a legislação civil, consiste na *faculdade* de usar, gozar e dispor *da coisa*, e o direito de *reavê-la* do poder de quem quer que injustamente *a* possua *ou detenha* (CC, art. 1.228). Consiste no direito de utilizar a coisa de acordo com a sua vontade, com a exclusão de terceiros, de colher os frutos da coisa e de explorá-la economicamente e no direito de vender ou doar a coisa (*jus utendi, fruendi e abutendi*). Em termos de direito constitucional, o direito de propriedade é mais amplo, abrangendo qualquer direito de conteúdo patrimonial, econômico, tudo que possa ser convertido em dinheiro, alcançando créditos e direitos pessoais. Sem a extensão dessa tutela, direitos pessoais de natureza econômica poderiam ser desapropriados sem o pagamento de qualquer indenização, o que seria um absurdo.

### 13.2. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A Constituição, no art. 5º, XXII, assegura “o direito de propriedade”. No inciso seguinte estabelece que “a propriedade atenderá a sua função social”. A concepção do direito de propriedade como um direito absoluto do titular, de poder utilizar a coisa e desfrutá-la da forma que melhor entender, mesmo que em detrimento dos demais, não mais prevalece. A utilização e o desfrute de um bem devem ser feitos de acordo com a conveniência social da utilização da coisa. O direito de propriedade, dentro de uma evolução histórica, é visto cada vez menos como um direito subjetivo de caráter absoluto, para se transformar em uma função social do proprietário. O direito do dono deve ajustar-se aos interesses da sociedade. Em caso de conflito, o interesse social pode prevalecer sobre o individual. Exemplo: em razão da função social da propriedade é prevista pela Constituição a desapropriação, para fins de reforma agrária, de uma propriedade rural improdutiva, com o pagamento de indenização em títulos da dívida agrária (CF, art. 184).

### 13.3. GARANTIAS DO DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de propriedade importa em duas garantias sucessivas: de conservação e compensação.

**a) *Garantia de conservação.*** Ninguém pode ser privado de seus bens fora das hipóteses previstas na Constituição.

- b) *Garantia de compensação*. Caso privado de seus bens, o proprietário tem o direito de receber a devida indenização, equivalente aos prejuízos sofridos.

## 13.4. DESAPROPRIAÇÃO

Desapropriação é o ato pelo qual o Estado toma para si ou transfere para terceiros bens de particulares, mediante o pagamento de justa e prévia indenização. Trata-se de forma originária de aquisição de propriedade. A desapropriação é a forma mais drástica do poder de intervenção do Estado na economia, só sendo admissível nas hipóteses especialmente previstas na Constituição.

### 13.4.1. HIPÓTESES DE DESAPROPRIAÇÃO

A Constituição, no art. 5º, XXIV, prevê as três hipóteses de desapropriação, a seguir mencionadas.

- a) *Por necessidade pública*. A Administração Pública defronta com problemas de emergência, sendo a desapropriação indispensável para a realização de uma atividade essencial do Estado.
- b) *Por utilidade pública*. A desapropriação, embora não imprescindível, é conveniente para a realização de uma atividade estatal. As hipóteses de necessidade e utilidade pública são tratadas pela legislação infraconstitucional de forma uniforme como de utilidade pública (Dec.-Lei n. 3.365/41).
- c) *Por interesse social*. A desapropriação é conveniente para o progresso social, para o desenvolvimento da sociedade, em razão da justa distribuição da propriedade ou da adequação a sua função social. As hipóteses de desapropriação por interesse social estão previstas na Lei n. 4.132/62.

### 13.4.2. BENS SUSCETÍVEIS DE DESAPROPRIAÇÃO

A desapropriação pode incidir sobre qualquer direito de conteúdo patrimonial, bens imóveis ou móveis, corpóreos ou incorpóreos, públicos ou privados. A própria posse legítima pode ser objeto de desapropriação, por se tratar de direito patrimonial. Ações, quotas e direitos societários podem ser transferidos também compulsoriamente para o Estado. Os únicos bens insuscetíveis de desapropriação são os de caráter personalíssimo, bem como a moeda corrente no País, porque constitui o próprio meio de

pagamento da indenização. A União pode desapropriar os bens dos Estados e Municípios; os Estados, os dos Municípios.

### 13.4.3. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

A desapropriação indireta não passa de um esbulho cometido pelo Poder Público. É a invasão de uma propriedade particular pelo Estado, restando ao prejudicado acioná-lo para pleitear o pagamento da indenização correspondente, acrescida de juros, correção monetária e honorários advocatícios decorrentes do apossamento cometido pela Administração Pública.

### 13.4.4. INDENIZAÇÃO

A indenização consiste no pagamento de uma importância que recomponha o patrimônio da pessoa desapropriada. É justamente a indenização que distingue a desapropriação do mero confisco, da simples transferência da propriedade particular para o Estado, sem qualquer recomposição do patrimônio individual. A Constituição prevê o confisco das propriedades utilizadas para o plantio de plantas psicotrópicas (art. 243).

### 13.4.5. REQUISITOS DA INDENIZAÇÃO

A indenização a ser paga pelo Poder Público no processo de desapropriação, para ser juridicamente válida, precisa atender a determinadas exigências constitucionais. Deve ser: **a)** justa; **b)** prévia; e **c)** em dinheiro.

- a) Justa.** A indenização deve ser feita de forma integral, reparando todo o prejuízo sofrido pelo particular que teve seu bem transferido de maneira compulsória para o Poder Público. A indenização justa deve ser calculada de acordo com o valor de mercado do bem no momento da transferência da propriedade do imóvel para o Poder Público. Devem ser acrescidos os danos emergentes e os lucros cessantes, além do pagamento de juros moratórios e compensatórios, despesas judiciais, honorários advocatícios e correção monetária.
- b) Prévia.** O pagamento deve ser feito antes do ingresso na titularidade do bem. O ideal seria que o desapropriado não tivesse seu patrimônio por um só dia desfalcado, sendo a transferência de propriedade do bem antecedida pelo pagamento equivalente.

- c) *Em dinheiro*. O pagamento deve ser feito em moeda corrente e não em títulos para pagamento futuro e de liquidez incerta. Pagamentos em títulos públicos somente são admitidos nas hipóteses excepcionalmente previstas no próprio texto da Constituição, examinadas no item 13.4.7.

### 13.4.6. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE

A imissão na posse só é possível após o pagamento da justa indenização ou o depósito provisório, nos termos da legislação vigente. Muito embora a Constituição tenha assegurado a desapropriação “mediante indenização justa e prévia”, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o entendimento de que para o ingresso na posse são válidos os dispositivos infraconstitucionais que autorizam a imissão provisória na posse do imóvel mediante o depósito de somente uma parcela do valor equivalente ao do bem. A Suprema Corte manteve a jurisprudência firmada na vigência da Constituição Federal anterior, no sentido de que o princípio constitucional da prévia e justa indenização, em ação de desapropriação, deve ser observado com o pagamento do valor definitivo da expropriação, ou seja, quando ocorre a transferência de domínio (STF, RE 221.545-0, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJU*, 8 maio 1998, p. 29, e RE 148.257-5, despacho do Min. Rel. Carlos Velloso, *DJU*, 30 abr. 1998, p. 43). Observa-se que a imissão provisória na posse não se confunde com o direito de penetrar no imóvel, possível assim que declarado o bem de utilidade pública.

### 13.4.7. EXCEÇÕES

Em duas hipóteses a Constituição admite que a indenização não seja feita mediante o pagamento de prévia indenização em dinheiro.

- a) *Desapropriação para reforma urbana*. O pagamento pode ser feito em títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos. Essa modalidade de desapropriação pode ser promovida pelos Municípios, como uma forma de adequação da utilização de propriedades em solo urbano que não atendam às diretrizes do Plano Diretor (art. 182, § 4º, III).
- b) *Desapropriação para reforma agrária*. O pagamento pode ser feito em títulos da dívida agrária, resgatáveis no prazo de até vinte anos. Essa modalidade de desapropriação pode ser promovida

pela União em imóveis rurais que não estejam cumprindo a sua função social.

#### 13.4.8. DESISTÊNCIA DA DESAPROPRIAÇÃO

O Poder Público pode desistir da desapropriação em qualquer momento anterior à incorporação do bem ao seu patrimônio, com a revogação do ato de expropriação e a devolução da coisa. Contudo, essa desistência somente é permitida se for possível a devolução do bem nas mesmas condições em que foi desapropriado.

#### 13.4.9. REQUISIÇÃO (ART. 5º, XXV)

Em casos de iminente perigo público, a Constituição autoriza que a autoridade pública utilize qualquer propriedade particular, mediante o pagamento de posterior indenização, se houver dano. Trata-se de uma exceção ao princípio da indenização prévia. A requisição só será válida em momentos de calamidade pública já ocorrida ou prestes a ocorrer, em que o Poder Público se veja premido pelas circunstâncias a ingressar na posse de todo e qualquer bem para a preservação de direitos mais importantes que a propriedade, como a vida e a saúde das pessoas.

#### 13.5. PEQUENA PROPRIEDADE RURAL (ART. 5º, XXVI)

Por expressa disposição constitucional, a pequena propriedade rural não pode ser objeto de penhora para pagamentos de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, bem como deverá receber recursos previstos em lei que financiem o seu desenvolvimento. Trata-se de uma preocupação do constituinte com a fixação do pequeno produtor rural e de sua família na terra em que trabalham. A pequena propriedade rural foi considerada bem de família, insuscetível de penhora, ficando a salvo de execuções por dívidas decorrentes da atividade produtiva.

#### 13.6. DIREITOS DO AUTOR (ART. 5º, XXVII)

A Constituição tutela a propriedade imaterial do autor da obra. Os direitos do autor podem ser classificados como morais ou patrimoniais. Os *morais* são inalienáveis e irrenunciáveis. Consistem

no direito ao inédito, à paternidade da obra, de manter a sua integridade, modificá-la, bem como retirá-la de circulação, ressalvado o direito de terceiros nessas duas últimas hipóteses. Os *direitos patrimoniais* são transmissíveis e renunciáveis. Consistem na faculdade de usar, fruir e gozar da propriedade desses direitos, bem como de transmiti-los a terceiros.

*Plágio e contrafação.* O plágio e a contrafação são modalidades de violação de direito do autor. O primeiro consiste na violação do direito moral do autor, na divulgação de obra alheia como se fosse sua. Contrafação é a reprodução de obra alheia sem a devida autorização. Os direitos autorais são regulamentados pela Lei n. 9.610/98.

### 13.7. DIREITOS CONEXOS AO DIREITO DO AUTOR (ART. 5º, XXVIII)

A Constituição assegura também direitos aos que contribuem para uma maior divulgação de obras intelectuais. São os artistas, intérpretes e produtores, pessoas que participam da elaboração de obras coletivas, como novelas e semelhantes.

### 13.8. PROPRIEDADE INDUSTRIAL (ART. 5º, XXIX)

A Constituição assegura aos autores de inventos industriais o privilégio de sua exploração econômica, em caráter de exclusão. A propriedade das marcas também recebe tutela constitucional. Marcas são os nomes, palavras, símbolos, figuras ou quaisquer sinais utilizados para distinguir determinado produto dos demais. O nome da empresa é aquele pelo qual a empresa é conhecida, abrangendo firmas individuais e sociais. O direito à propriedade industrial está regulamentado pela Lei n. 9.279/96.

### 13.9. DIREITO DE HERANÇA (ART. 5º, XXX)

Uma decorrência do direito de propriedade, elevada à condição de direito constitucional, é a possibilidade da transferência dos bens de uma pessoa falecida a seus herdeiros e legatários. O direito das sucessões está regulamentado pelo Código Civil nos arts. 1.784 a 2.027.

*Successão de bens de estrangeiros situados no Brasil.* Na sucessão de bens de estrangeiros situados no País, aplica-se sempre a

lei que for mais favorável ao cônjuge ou filhos brasileiros da pessoa falecida, a legislação brasileira ou a do país do *de cuius*.

## **14 COLISÃO DE DIREITOS**

É possível a existência de situações de conflito entre diversos direitos fundamentais. Observa Canotilho que ocorre a colisão de direitos fundamentais “quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”. Diversos exemplos podem ser mencionados. Até que ponto a liberdade de expressão de uma pessoa pode ofender a honra de outra? Qual o limite da liberdade de informação jornalística na divulgação de fatos que firam a intimidade e a vida privada de um determinado indivíduo? Consequências desastrosas de notícias divulgadas de forma precipitada e leviana, sem qualquer prévia averiguação, são do conhecimento de todos. Devem ser elaboradas normas com o objetivo de harmonização dos direitos em situações de conflito. Mas somente no exame das circunstâncias do caso concreto é que se poderá estabelecer qual direito deve prevalecer, por possuir maior relevância jurídica.

## **15 GRAVE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL OU FEDERALIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS**

A Emenda Constitucional n. 45 acrescentou o § 5º ao art. 109 do texto constitucional, com o seguinte enunciado: “Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral de República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou do processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”. Este incidente também é denominado de federalização de direitos humanos. A norma deve ser aplicada de forma subsidiária,

nos casos em que exista demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal (STJ, IDC 1/PA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *RSTJ* 198/435).

## QUADRO SINÓTICO – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

	Conceito
Direitos	

# Direitos fundamentais

Caracterís

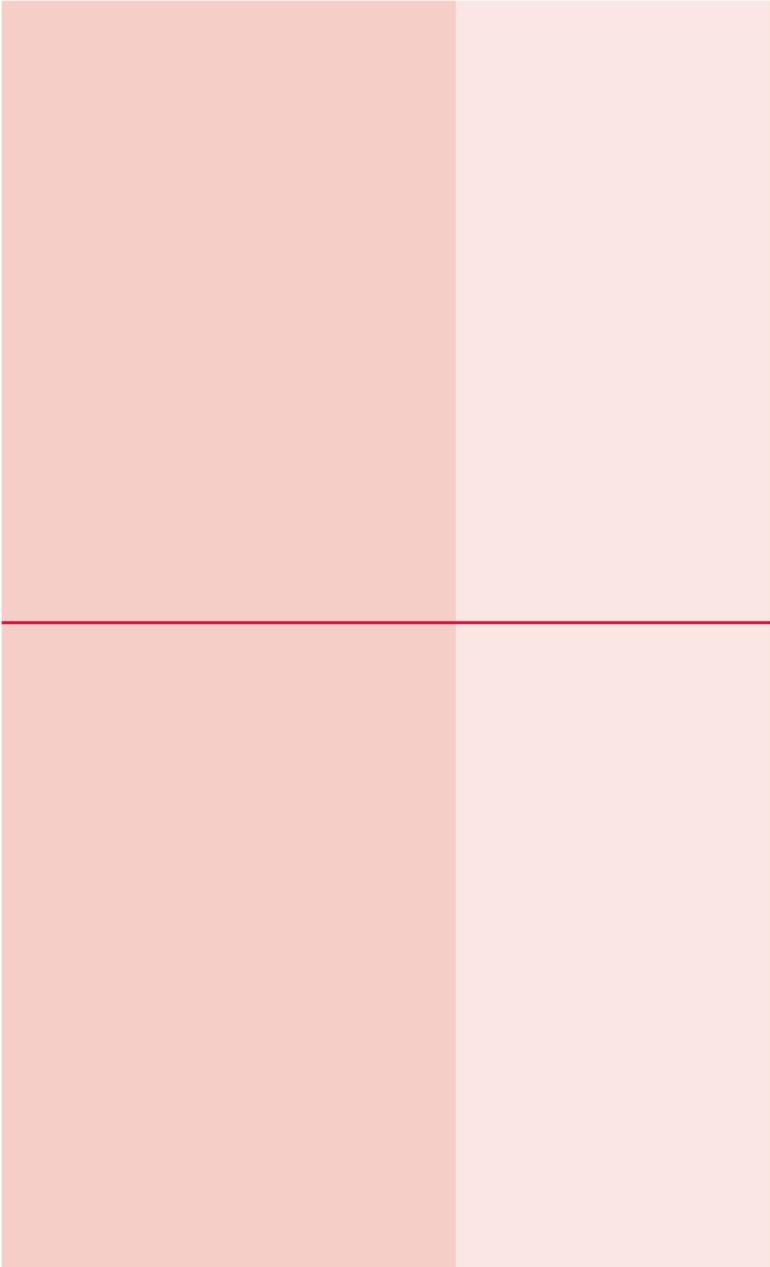
**Direitos  
fundamentais**

Caracterís

Primeira  
geração

**Gerações ou  
dimensões  
de direitos  
fundamentais**

Segunda  
geração



**Gerações ou  
dimensões  
de direitos  
fundamentais**

Terceira  
geração

**Direitos  
individuais**

Conceito

**Direitos  
individuais**

Normas  
declaratórias  
assecuratórias

**Direitos**

*Caput* do  
da Constit  
a) vida:

**Direitos  
individuais  
básicos**

- a) vida,
- b) liberdade
- c) igualdade
- d) segurança
- e) propriedade

**Aplicabilidade  
imediata**

Os direitos individuais conforme o art. 5º, possuem aplicabilidade imediata, dependendo de edição de regulamento para

para  
possam  
exercidos.

**Tratados  
internacionais  
sobre direitos  
humanos**

A E  
Constituição  
45 esta  
que “os tr  
e conv  
internacion  
sobre  
humanos,  
forem  
aprovados  
cada cas  
Congresso  
Nacional,

dois turnos  
votação,  
três quintos  
respectivos  
membros,  
equivalentes  
emendas  
constitucionais

Brasileiros  
estrangeiros  
residentes  
no País, além  
de Pessoas  
Físicas e  
Jurídicas.  
Estrangeiros

## Destinatários dos direitos individuais

residentes  
País  
garantidos  
outros ( )  
além  
previstos  
5º, com  
direitos  
previstos  
arts. 6º e  
Constituição  
excluídos  
somente  
direitos  
políticos,  
incompatíveis

com a si  
de estrang

## Direito à vida

Principal  
individual,  
jurídico de  
relevância  
tutelado  
ordem  
constitucio  
Compreer  
direito  
nascer,  
permanec  
vivo,  
defender

própria v  
não te  
processo  
interrompi  
pela  
espontâne  
inevitável.

---

O Código  
estabelece  
“a person  
civil da p  
começa  
nasciment  
vida, mas  
põe a  
desde

**Direito à vida  
protegido  
desde a**

desde  
concepção  
direitos  
nascituro”  
nascituro (o  
já concebido  
ventre materno  
mas ainda  
nascido.  
legislação  
assegura  
direito  
reconhecer  
e à sucessão  
hereditária  
Matar um  
humano é

## concepção

humano (o  
ou após  
nascimento  
configura  
homicídio,  
provocação  
morte  
produto  
concepção  
antes  
nascimento  
caracteriza  
crime de a  
*Pena de r*  
expressan  
vedada  
Constituição

Constituição  
Federal,  
em caso  
guerra  
declarada  
5º, XLVII)

A  
humana  
ser pro  
em  
múltiplos  
aspectos:  
integridade  
física, h  
liberdade  
individual

## Direito à integridade física

individual.  
Constituição  
art. 5º,  
estabelece  
“ninguém  
submetido  
tortura n  
tratamento  
desumano  
degradante  
no inc.  
dispõe q  
assegurac  
presos  
respeito  
integridade  
física e m

## Venda de órgãos

A Constituição veda qualquer tipo de comercialização de tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa ou tratamento (CF, art. 199, § 4º)

## Tortura

A Constituição no art. 5º, considera inafiançável e insuscetível de graça ou de alçada a prática de tortura.

Dispositivo regulamentado pela Lei 9.455/97.

Em termos jurídicos, o direito de

## Direito à liberdade

ou não  
alguma  
senão  
virtude da  
Um indivíduo  
livre para  
tudo o que  
não p  
Considerar  
princípio  
legalidade  
5º, II), a  
as leis p  
limitar  
liberdade  
individual.

## Vedação do anonimato

A Constituição veda o anonimato, no modo que a pessoa obrigada a assumir a responsabilidade do pensamento exteriorizado.

No art. 5º, a Constituição assegura o direito de resposta.

proporcion  
agravo, ale  
indenizaçã  
dano ma  
moral o  
imagem”.  
se do exe  
de um dire  
defesa  
pessoa qu  
ofendida  
razão  
publicação  
uma r  
inverídica  
errônea.

## Direito de resposta

*Liberdade  
consciência*

liberdade  
pensament  
foro íntimo  
caráter  
indevassáv  
absoluto.

está suje  
qualquer  
de controle  
Estado. Ab  
a *liberdac  
crença*, qu  
liberdade  
pensament

·  
foro íntim  
questões  
natureza  
religiosa,  
*liberdade*  
*consciênci*  
*sentido* e  
que são  
convicções  
ordem  
ideológica  
filosófica.

---

A Constit  
no art. 5  
estabelece



“é livre  
manifestaç  
pensament  
reiterando,  
forma  
específica  
inc. IX, “é  
expressão  
atividade  
intelectual,  
artística,  
científica  
comunicação  
independen  
censura  
licença”.

**Liberdade de  
manifestação  
de  
pensamento**

liberdade  
ser exercido  
forma  
responsável  
assegurando  
Constituição  
caso de a  
direito  
resposta,  
de indenização  
moral e m  
à p  
ofendida.  
liberdade  
exteriorização  
do pensa

é asseg  
nas div  
áreas  
conhecime  
humano,  
abrangend  
*liberdade*  
*culto* (CF,  
5º, VI),  
*cátedra* (C  
206, II  
“liberdade  
aprender,  
ensinar,  
pesquisar  
divulgar

pensament  
arte e o sa  
d e *inforr*  
*jornalística*  
art. 220 e  
parágrafos  
*liberdade*  
*científica*  
*artística.*

A Constit  
em seus  
5º, IX, e 2º  
2º e 6º, p  
toda e qu  
censura

## Proibição da censura e da licença

natureza  
política,  
ideológica  
artística  
estabelece  
a publicação  
jornais, re  
e periódicos  
precisa  
autorização  
Eventuais  
abusos (c  
ser punido  
forma de  
mas não p  
obstar

liberdade  
manifestaç  
pensament

**Liberdade de  
opinião**

Decorre  
liberdade  
manifestaç  
pensament  
direito de  
juízos de  
sobre os  
da vida soc

Contém  
tríplice al  
o direitc

## **Direito de informação**

informar, (informar e informado.  
5º, XIV assegurado todos o acesso à informação XXXIII – têm o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular” caso de violação deste dire

inc. LXX

*habeas*

ação

constitucional

para tutelar

direito

informação

corrigir

informações

constantemente

banco de

de (

públicos

abertos

público.

**Liberdade de  
crença e de  
culto**

Art. 5º, \\  
Constituição

*a) Direitos  
assistência  
religiosa*

entidades  
militares  
internação  
coletiva,  
quartéis,  
internatos,  
estabelecir  
penais  
hospitais

## Decorências da liberdade religiosa

art. 5º, V  
*Objecção  
consciência*  
direito de  
prestar o s  
militar obrig  
ou qualque  
obrigação |  
todos in  
por motiv  
crença rel  
filosófica  
política. Sc  
a recusa  
obrigação |  
todos impo

da pre:  
social alte  
importa na  
dos c  
políticos  
arts. 5º, \n  
15, IV).

*Ensino re  
facultativo  
escolas pu  
de  
fundament*  
(CF, art. 2  
1º).

A liberdac

## Liberdade de locomoção

locomoção  
consiste  
direito de i  
(CF, art. 5º  
A Const  
prevê  
garantia  
liberdade  
locomoção  
*habeas*  
(CF, art.  
LXVIII).

## Liberdades de expressão

*Liberdade  
reunião  
liberdade*

**coletiva**

*associação*

O ex  
deste direi  
locais abe  
assegurado  
Constituiçã  
desde  
observados  
determinad  
requisitos:  
reunião pa  
sem arma  
fins lícito  
aviso pré  
autoridade

## Liberdade de reunião

competente  
realização  
locais abertos  
público.

liberdade  
reunião em  
fechados  
garantida  
texto

constitucional  
forma im

O *direito*  
*passada*

também  
assegurado  
Constituição

## **Liberdade de associação**

pois esta  
mais é do  
exercício  
direito de r  
em movime

A liberdade  
associação  
abrange o  
de associa  
outras pe  
para a form  
de uma ent  
o de ad  
uma asso  
já formada  
de licen

**Liberdade de  
ação  
profissional**

desligar-se  
associação  
como o  
autodissolu  
das associ

É o direi  
cada inc  
exercer qu  
atividade  
profissiona  
acordo cc  
suas  
preferência  
possibilida



Igualdade  
consiste  
tratar igual  
os iguais,  
os me  
direitos  
obrigações  
desigualme  
os desigua  
medida de  
desigualda  
Nem  
tratamento  
desigual  
inconstituci  
(CF, art.

## Direito de igualdade ou princípio da isonomia

*caput*).

*Hipóteses  
válidas  
tratamento  
diferenciado*

Há

hipóteses:  
própria

Constituição  
estabelece  
tratamento  
desigual; e  
existência  
pressuposto  
lógico e racional  
que justifica

desequipar  
efetuada,  
consonânci  
com os v  
tutelados  
Constituiçã

**Igualdade  
tributária**

Arts. 150,  
145, § 1  
CF.

Ação afirm  
é a utilizaç  
mecanismo  
proteção  
favorecime

## Ações afirmativas

aos necessitem uma tutela, uma forma de superação das diversas desigualdades existentes em uma sociedade

Segurança e tranquilidade no exercício dos direitos fundamentais. Não bast

## Direito à segurança

NAO bast  
Estado cr  
reconhecer  
direitos  
indivíduo; t  
dever de  
por  
asseguranc  
todos  
exercício, t  
devida  
tranquilidac  
direito à  
integridade  
física, libe  
propriedad

## **Princípio da legalidade**

“ninguém obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5º)

## **Segurança das relações jurídicas**

É garantida a irretroatividade da lei, do princípio de segurança jurídica pelo direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

**Direito à  
privacidade**

Art. 5º, X  
CF.

**Inviolabili-  
dade de  
domicílio**

Art. 5º, XI  
CF.

A delimitação da esfera jurídica de inviolabilidade encontra-se no art. 150, § 1º do Código de Processo Penal, que trata sobre o crime de “violação de domicílio”.  
Constituição

1988 inovou  
exigir *matéria*  
*judicial* para  
realização  
busca domiciliar

**Inviolabilidade das comunicações pessoais**

Art. 5º, X  
CF.

a) *Princípio da inafastabilidade do acesso ao Judiciário*

*(inciso XX)*

“A lei  
excluirá  
apreciação  
Poder Juc  
lesão ou ar  
a direito.”  
princípio g  
a todos  
acesso ao  
Judiciário.

*b) Proibição  
tribunais  
exceção (*  
*XXXVII).*

*c) Julga*

## Garantias jurisdicionais

*pele Tribunal do Júri em crimes dolosos contra a vida, assegurada a plenitude da defesa; das votações soberanas e veredictos; competência para julgar os crimes dolosos contra a vida (art. XXXVIII).*

**Garantias  
materiais**

d) *Princípio  
juiz natura*  
regras  
competênc  
devem  
preestabelo  
pelo  
ordenamer  
jurídico.

a) *Princípio  
anteriorida  
da reserva  
penal* – “N  
crime sei  
anterior q  
defino

deixa,  
pena sem  
cominação  
legal.”

---

b) *Princípio  
irretroativa  
da lei penal  
gravosa* (1908  
XL) – a lei  
em regra,  
retroage,  
para benefício  
réu.  
retroativada  
lei penal

benéfica  
absoluta,  
desconstituir  
inclusive,  
condenação  
transitadas  
julgado.

*c) Princípio  
personaliza  
da pena (C  
XLV) – a  
não pode p  
da pessoa  
delinquente.  
Somente o  
da infração*

deve  
responsabiliz

d) *Princípio individualizada pena* (Art. XLVI) – as penas

deverão ser  
previstas,  
impostas  
e executadas  
de acordo com  
as condições  
pessoais de  
cada réu.

e) *Proibição de pena determinada*

*penas* (Art. 1º, *XLVII*) –

Constituição proíbe a aplicação das seguintes modalidades de penas: 1) de morte, salvo em caso de guerra declarada; 2) de caráter perpétuo; 3) de trabalhos forçados; 4) de banimento; 5) cruéis.

f) *Princípios*

## Garantias materiais

*relativos  
execução  
pena privativa  
liberdade*

assegura di  
ao preso du  
a execução  
pena privati  
liberdade.

*g) Restriçõ  
extradição  
nacionais  
estrangeiros  
(inciso LI  
brasileiros  
não podem*

extraditados

Quanto

naturalizado

somente

prática de

comum com

antes

naturalização

de compra

envolvimento

tráfico

entorpecente

(inciso

Estrangeiros

serão

extraditados

prática de c  
políticos o  
opinião (LII).  
Compe  
STF

pedidos  
extradição  
solicitados  
Estados  
estrangeiros  
102, I, *g*).

*h) Proibição  
prisão civil  
dívidas, sal  
caso de de  
de pe*

*alimentícia*

*(inciso LXVI)*

prisão civil

medida pri

da liber

sem caracte

pena, cor

finalidade

compelir

devedor

satisfazer

obrigação

caráter alim

---

*a) Princípi*

*devido pro*

## Garantias processuais

*legal (inciso*  
– “ninguém  
privado  
liberdade de  
seus bens e  
devido pro  
legal.”

*b) Princípio  
contraditório  
ampla a  
(inciso LV)*  
princípio  
contraditório  
igualmente  
denominado  
“audiência

bilateral”, a  
contrária tal  
precisa  
ouvida. Uma  
decorrências  
desse princ  
o da igual  
entre as p  
de uma re  
processual.

---

*c) Proibição  
prova  
(inciso LV  
“são  
inadmissíveis*

processo,  
provas obtidas  
por meios  
ilícitos.” A  
obtida de  
ilícita  
absolutamente  
nula,  
podendo  
qualquer  
no convencimento  
do juiz.

*d) Princípio  
presunção  
inocência e  
presunção*

## **Garantias processuais**

*não culpabilidade*  
*(inciso LV)*  
“ninguém considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória.  
Antes da condenação definitiva, em qualquer fase do processo criminal, todos os cidadãos c



ser presa  
flagrante

ou por c  
escrita judici

g) *Princípio*

*celeridade*

*processual*

*(inciso LXX*

são assegura

a todos,

âmbito judici

administrativ

razoável du

do processc

meios

garantam

celeridade de tramitação.

## **Garantias tributárias**

a) *Princípio de legalidade tributária* (art. 150, I).

b) *Princípio de igualdade tributária* (art. 150, II, e 1º).

c) *Princípio de anterioridade das leis tributárias* (art. 150, III).

d) *Princípio de irretroatividade*

a) *vedação à utilização do tributo com efeito de confisco (art. 150, IV).*

## **Direito de propriedade**

Qualquer coisa de caráter econômico, seja móvel ou imóvel, tudo que possa ser usado em benefício econômico para alcançar créditos e direitos

## Função social da propriedade

personais

Art. 5º, I,  
CF.

O direito de propriedade é exercido de acordo com a finalidade prevista em lei, observado o princípio da função social da propriedade, e não se constitui em privilégio de propriedade privada, quando necessário à função social da propriedade.

um  
subjetivo  
caráter  
absoluto  
se tratar  
em uma  
social  
propriedade

## Garantias do direito de propriedade

a) *Garantia de conservação*  
ninguém  
ser privado  
seus bens  
das hipóteses  
previstas  
Constituição  
*Garantia de indenização*  
*compensação*  
caso privado  
seus bens  
propriedade  
o direito  
receber

devida  
indeniza  
equivale  
prejuízos  
sofridos

## **Desapropriação**

É o a  
qual o  
toma pa  
transfere  
terceiros  
de parti  
mediante  
pagame  
justa e  
indeniza

## Hipóteses de desapropriação

A Cons  
no ar  
XXIV,  
três hi  
de  
desapro  
a)

*necessidade  
pública  
utilidade  
pública;  
interesse  
social.*

Qualque  
de c

**Bens  
suscetíveis de  
desapropriação**

patrimônio  
bens imóveis,  
móveis,  
corpóreo  
incorpóreo  
públicos  
privados

**Desapropriação  
indireta**

É a invasão  
uma  
propriedade  
particular  
Estado.

Consiste  
pagamento

## Indenização

uma  
importar  
recomp  
patrimôn  
pessoa  
desapro

## Requisitos da indenização

A indenização  
ser paga  
Poder Público  
processo  
desapropria  
precisa até  
a determin  
exigências  
constitucion

CONSTITUCIONA

a) *justa*;  
*prévia*; c)  
*dinheiro*.

**Pequena  
propriedade  
rural (art.  
5º, XXVI)**

Por expr  
disposição  
constitucional  
pequena  
propriedade  
rural não  
ser objeto  
penhora  
pagamentos  
débitos  
decorrentes  
sua ativi

... sua ...  
produtiva,  
como de  
receber reci  
previstos e  
que financie  
seu  
desenvolvim

**Direitos do  
autor (art.  
5º, XXVII)**

A Constitu  
tutela  
propriedade  
imaterial  
autor da  
Os direitos  
autor podem  
classificados

como moral  
patrimoniais

**Propriedade  
industrial  
(art. 5º,  
XXIX)**

A Constituição  
assegura  
autores  
inventos  
industriais  
privilégio de  
exploração  
econômica,  
caráter  
exclusão.  
propriedade  
marcas tan  
recebe t

**Direito de  
herança  
(art. 5º,  
XXX)**

constitucional

É a possibilidade de transferência dos bens de uma pessoa falecida a herdeiros legatários.

# REMÉDIOS OU GARANTIAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL

## 1 INTRODUÇÃO

Remédios de direito constitucional são os meios colocados à disposição dos indivíduos pela Constituição para a proteção de seus direitos fundamentais. Esses meios são utilizados quando o simples enunciado de direitos fundamentais não é suficiente para assegurar o respeito a eles. Esses remédios, quando visam provocar a atividade jurisdicional do Estado, são denominados “ações constitucionais”, porque previstas na própria Constituição. Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa que garantias de direitos fundamentais são limitações, vedações impostas pelo poder constituinte aos Poderes Públicos como meios de “reclamar o restabelecimento de direitos fundamentais violados: remédios para os males da prepotência”.

## 2 ENUMERAÇÃO DOS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

- a) *Habeas corpus* (art. 5º, LXVIII).
- b) *Habeas data* (art. 5º, LXXII).
- c) Mandado de segurança individual (art. 5º, LXIX).
- d) Mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX).
- e) Direito de petição (art. 5º, XXXIV, a).
- f) Direito à certidão (art. 5º, XXXIV, b).
- g) Mandado de injunção (art. 5º, LXXI).
- h) Ação popular (art. 5º, LXXIII).
- i) Ação civil pública (art. 129, III).

## 3 “HABEAS CORPUS” (ART. 5º, LXVIII)

### 3.1. CONCEITO

O *habeas corpus* é a ação constitucional para a tutela da liberdade de locomoção, utilizada sempre que alguém estiver sofrendo, ou na iminência de sofrer, constrangimento ilegal em seu direito de ir e vir. Embora não seja o único remédio jurídico para fazer cessar uma prisão ilegal, trata-se do mais eficaz e célere.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que é cabível o *habeas corpus* para apreciar toda e qualquer medida que possa, em tese, acarretar constrangimento à liberdade de locomoção ou, ainda, agravar as restrições a esse direito, como, por exemplo, o direito do detento em estabelecimento prisional de receber visitas de seus filhos e enteados (HC 107.701, Rel. Min. Gilmar Mendes, *Informativo STF*, n. 640).

### 3.2. ORIGEM

Esse instituto nasceu na Inglaterra. Sua origem é apontada pelos doutrinadores na própria Magna Carta, em 1215. Mais tarde, desenvolveu-se como um *writ*, um mandado para fazer cessar a prisão ilegal. Em 1679, veio a ser promulgado o *Habeas Corpus Act* como uma ordem de apresentação da pessoa acusada de um crime em juízo para verificação da legalidade da prisão. Em 1816, com a promulgação de um segundo *Habeas Corpus Act*, esse direito passou a ser estendido a qualquer constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

### 3.3. DOUTRINA BRASILEIRA DO “HABEAS CORPUS”

O *habeas corpus* foi introduzido na legislação brasileira, em 1832, com o Código de Processo Penal do Império. Em 1891 foi elevado à condição de garantia constitucional. A primeira Constituição republicana admitia-o na hipótese de um indivíduo “sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder”. A norma constitucional não restringia esse instituto à tutela da liberdade de locomoção. Rui Barbosa, com base nesse texto, sustentava a possibilidade da concessão da ordem sempre que houvesse coação ou risco de coação ilegal a qualquer direito por excesso de autoridade que tivesse como pressuposto a liberdade de locomoção. Formou-se a doutrina brasileira do *habeas corpus* admitindo-se esse remédio para a

reintegração de funcionários públicos, publicação de artigos lidos na tribuna do Congresso e até mesmo para a conclusão de estudos de acordo com legislação anterior já revogada. Essa amplitude do *habeas corpus* encerrou-se com a reforma constitucional de 1926, que restringiu essa ação constitucional para a tutela da liberdade de locomoção. Para a defesa dos outros direitos violados por atos ilegais de autoridades públicas, a Constituição de 1934 veio a criar o mandado de segurança.

### 3.4. NATUREZA JURÍDICA

O *habeas corpus* possui a natureza jurídica de ação constitucional, muito embora tenha sido incluído no Código de Processo Penal no capítulo dos recursos. Trata-se de ação constitucional, pois invoca-se a tutela jurisdicional do Estado para a proteção da liberdade de locomoção e tem previsão na Constituição. Essa ação pode ser utilizada tanto em questões criminais como civis, desde que haja constrangimento ilegal efetivo ou potencial a direito de ir e vir. É utilizado em questões civis referentes à prisão por débitos alimentares ou de depositários infieis.

### 3.5. RESTRIÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição, em seu art. 142, § 2º, dadas as peculiaridades da hierarquia e da disciplina militar, estabelece que “não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”. Essa disposição é estendida aos membros das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares (CF, art. 42 e § 1º). Contudo, mesmo na hipótese de punição disciplinar militar, caberá a concessão do *habeas corpus* se a sanção tiver sido aplicada de forma ilegal: **a)** por autoridade incompetente; **b)** em desacordo com as formalidades legais; ou **c)** além dos limites fixados em lei.

### 3.6. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA

A Constituição prevê hipóteses de competência originária de Tribunais Superiores conforme o cargo ocupado pela autoridade apontada como coatora ou paciente. Os casos de competência originária do Supremo Tribunal Federal no julgamento de *habeas corpus* estão mencionados no art. 102, I, *d*, da Constituição. Hipóteses de competência originária do Superior Tribunal de Justiça estão

elencadas no art. 105, I, *c*, enquanto as de competência originária dos Tribunais Regionais Federais estão mencionadas no art. 108, I, *d*, do texto constitucional. As Constituições Estaduais estabelecem casos de competência originária perante os Tribunais de Justiça.

### 3.7. PROCEDIMENTO E PARTES

O Código de Processo Penal estabelece, em seus arts. 647 a 667, o procedimento a ser adotado em ações de *habeas corpus*. Trata-se de um rito especial, em que são dispensadas maiores formalidades, sempre em favor do bem jurídico maior, a liberdade de locomoção. Por essa razão, tal ação é denominada “remédio heroico”. Já se admitiu *habeas corpus* apresentado por telefone e reduzido a termo pela serventia judicial.

*Impetrante (legitimidade ativa)*. O impetrante é a pessoa que ingressa com a ação de *habeas corpus*. Qualquer pessoa, física ou jurídica, nacional ou estrangeira, pode com ela ingressar. Essa legitimidade é reconhecida inclusive ao membro do Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e dos direitos individuais indisponíveis (Lei n. 8.625/93, art. 32, I). Para a propositura de *habeas corpus* não se exige capacidade postulatória. O Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94), em seu art. 1º, § 1º, expressamente estabelece que “não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal”. Dessa forma, dispensa-se a juntada de procuração na ordem impetrada em nome próprio ou de terceiro. Tratando-se de analfabeto, admite-se a assinatura a rogo (CPP, art. 654, § 1º, *c*).

*Paciente*. O paciente é a pessoa em favor de quem é impetrada a ordem de *habeas corpus*. Trata-se da pessoa que está sofrendo ou na iminência de sofrer constrangimento ilegal em seu direito de ir e vir. O *habeas corpus* somente pode ser impetrado em favor de pessoas físicas, pois apenas seres humanos possuem a capacidade de ir e vir. O impetrante e o paciente, muitas vezes, são a mesma pessoa, que ingressa com a ação em seu próprio favor.

*Autoridade coatora (legitimidade passiva)*. Autoridade coatora é a pessoa em relação a quem é impetrada a ordem de *habeas corpus*, apontada como a responsável pela coação ilegal.

*Ato de particular*. Em princípio a ordem somente deveria ser concedida contra autoridades públicas, pois competiria ao poder de polícia do Estado fazer cessar o constrangimento ilegal efetuado por pessoas estranhas à Administração Pública. Mas, em face da realidade, a jurisprudência tem admitido *habeas corpus* impetrados

contra atos de particulares, como diretores de estabelecimentos psiquiátricos, casas geriátricas, clínicas de repouso e donos de fazenda. Observa-se que a Constituição condiciona a concessão da ordem à ilegalidade ou ao abuso de poder, não exigindo que o responsável seja autoridade pública, como ocorre com o mandado de segurança.

### 3.8. ESPÉCIES

Há três modalidades de *habeas corpus*: liberatório, preventivo e de ofício. **a)** No *habeas corpus* liberatório ou repressivo, concede-se a ordem para fazer cessar o constrangimento à liberdade de locomoção já existente. **b)** No *habeas corpus* preventivo, concede-se a ordem quando houver ameaça ao direito de ir e vir. Expede-se um salvo-conduto, documento emitido pela autoridade competente, para impedir que uma pessoa venha a ter restringido seu direito de ir e vir por um determinado motivo. **c)** O *habeas corpus* de ofício é concedido pela autoridade judicial, sem pedido, quando verificar no curso de um processo que alguém está sofrendo ou na iminência de sofrer constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção (CPP, art. 654, § 2º).

## 4 “HABEAS DATA” (ART. 5º, LXXII)

### 4.1. CONCEITO

Ação constitucional para a tutela do direito de informação e de intimidade do indivíduo, assegurando o conhecimento de informações relativas a sua pessoa constantes de banco de dados de entidades governamentais ou abertas ao público, bem como o direito de retificação desses dados.

### 4.2. ORIGEM

Essa nova forma de tutela jurídica foi introduzida pela Constituição de 1988. Trata-se da preocupação em assegurar a qualquer cidadão o acesso às informações constantes em seu nome

em banco de dados mantido pelo Estado ou por entidades de caráter público. Após anos de autoritarismo, em que os órgãos públicos mantiveram banco de dados contendo registros referentes às convicções políticas, filosóficas, ideológicas, religiosas e de conduta pessoal, sentiu-se a necessidade de conceder ao indivíduo meios para frear a tendência controladora do Estado. Os avanços tecnológicos no campo da informática exigem também medidas restritivas do poder dos órgãos públicos ou de grandes empresas privadas em catalogar dados sobre os indivíduos. Protege-se o direito de informação ao assegurar a qualquer pessoa o acesso aos dados constantes em registros existentes de caráter público, bem como ao permitir a possibilidade de retificação e até mesmo a anotação de justificativa sobre algo verdadeiro, mas justificável. A intimidade, por sua vez, é garantida ao se vedar a inclusão de informações, mesmo que verdadeiras, que sejam de interesse exclusivo do indivíduo, como, por exemplo, dados sobre convicção filosófica ou religiosa, orientação sexual.

#### 4.3. FINALIDADES

O *habeas data* possui dupla finalidade. A primeira é o conhecimento de informações pessoais. A segunda, a possibilidade de retificação de informações errôneas que constem dos registros de dados. Esses dois pedidos podem ser postulados de forma autônoma ou em conjunto. O pedido de retificação pode abranger um pedido de complementação de dados, com atualização dos registros referentes a determinado indivíduo. A Lei n. 9.507/97 admite uma terceira hipótese de concessão de *habeas data* para “anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável” (art. 7º, III).

#### 4.4. PROCEDIMENTO E PARTES

O *habeas data* foi regulamentado pela Lei n. 9.507/97, que dispõe sobre o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual dessa ação constitucional. Antes da vigência dessa lei específica, tendo em vista a aplicabilidade imediata dos direitos individuais previstos na Constituição, a jurisprudência adotou como rito o procedimento do mandado de segurança individual. Essa praxe foi consagrada pela Lei n. 8.038/90, que expressamente determinou que fossem observadas as normas do mandado de segurança

enquanto não regulamentados o *habeas data* e o mandado de injunção. O acesso ao Poder Judiciário só é válido caso a entidade governamental ou privada tenha-se recusado a prestar as informações solicitadas ou com prova do decurso de mais de dez dias sem decisão, ou se tenha recusado a fazer retificação a anotação da justificação ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão (Lei n. 9.507/97, art. 8º, I e II). Não havendo resistência na fase administrativa prévia do procedimento, não se caracteriza a lide que justifica o oferecimento da ação. A lei adotou o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em sua Súmula 2: “Não cabe o *habeas data* ... se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa”.

*Legitimidade ativa.* Qualquer pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, pode ingressar com uma ação de *habeas data*. Podem ser solicitadas exclusivamente informações de caráter pessoal. Somente o próprio indivíduo tem o direito de acesso a informações que digam a seu respeito. Em relação a outras pessoas, deve ser preservado o direito de intimidade. Em caráter absolutamente excepcional, já foi reconhecido a herdeiro e a cônjuge de pessoa falecida o direito de impetrar *habeas data* com a finalidade de acesso a informações constantes em banco de dados de órgão público.

*Legitimidade passiva.* No polo passivo, podem estar: **a)** entidades governamentais da Administração direta ou indireta; ou **b)** pessoas jurídicas de direito privado que mantenham banco de dados aberto ao público. A Lei n. 9.507/97, art. 1º, caracteriza como 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”. Podem ser empresas de cadastramento, de proteção ao crédito, de divulgação de dados profissionais. Exemplos: Serviço de Proteção ao Crédito, Telecheque e Serasa.

#### 4.5. CARACTERÍSTICAS

Trata-se de ação de aplicabilidade imediata, gratuita (art. 5º, LXXVII) e personalíssima.

#### 4.6. DADOS SIGILOSOS

O direito de informação deve ser compatibilizado com os

dispositivos constitucionais que autorizam o sigilo de dado “imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, XXXIII). Para Michel Temer, “*todos* os dados referentes ao impetrante devem ser fornecidos”. As restrições referentes ao sigilo de dados imprescindíveis à segurança do próprio Estado não se aplicariam ao indivíduo. Sustenta que em matéria de direito individual não há como utilizar interpretação restritiva.

## 5 MANDADO DE SEGURANÇA (ART. 5º, LXIX)

### 5.1. CONCEITO

Ação constitucional para a tutela de direitos individuais líquidos e certos, não amparados 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.

### 5.2. ORIGEM

Trata-se de uma criação constitucional brasileira. Sua origem encontra-se na doutrina brasileira do *habeas corpus* mencionada acima e na posterior reforma constitucional de 1926, que restringiu esse remédio à tutela da liberdade de locomoção. Para a tutela dos demais direitos anteriormente protegidos pela maior extensão dada ao *habeas corpus* e posteriormente restringidos, a Constituição de 1934 criou o mandado de segurança. Esta ação foi suprimida na Carta de 1937 e reintroduzida em nosso ordenamento jurídico pelo texto constitucional de 1946.

### 5.3. OBJETO

São tutelados pelo mandado de segurança todos os direitos líquidos e certos não amparados por *habeas corpus* ou *habeas data* sempre que o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público. É por exclusão o alcance dessa ação

constitucional.

*Direito líquido e certo.* De acordo com o clássico ensinamento de Hely Lopes Meirelles, direito líquido e certo é “o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração”. A jurisprudência entende que direito líquido e certo é o que pode ser comprovado de plano, pela apresentação de documentos. A prova é toda pré-constituída. Os documentos comprobatórios do direito devem acompanhar a própria petição inicial, a não ser que essa evidência se ache em repartição ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão (Lei n. 12.016/2009, art. 6º e §§). No mandado de segurança não se admite a abertura de fase instrutória. Se a demonstração do direito alegado depender da produção de outras provas em juízo, além das juntadas com a própria ação, como perícias, oitiva de testemunhas, o interessado deve-se valer das vias ordinárias, pois não estão presentes os requisitos de liquidez e certeza exigidos para a impetração do mandado de segurança. Salienta-se que a complexidade da discussão jurídica envolvida na lide não descaracteriza a certeza e liquidez do direito.

#### 5.4. ESPÉCIES

- a) *Mandado de segurança repressivo.* Visa cessar constrangimento ilegal já existente.
- b) *Mandado de segurança preventivo.* Busca pôr fim à iminência de constrangimento ilegal a direito líquido e certo.

#### 5.5. PROCEDIMENTO E PARTES

O mandado de segurança está regulamentado pela Lei n. 12.016/2009.

*Legitimidade ativa.* A pessoa que ingressa em juízo com o mandado de segurança é denominada impetrante, podendo ser qualquer pessoa, física ou jurídica, que esteja sofrendo ou na iminência de sofrer ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade pública em direito líquido e certo. É o titular do direito líquido e certo violado ou ameaçado de violação. Observa-se que a jurisprudência tem reconhecido legitimidade para a impetração de mandado de segurança inclusive a órgãos públicos e até mesmo órgãos despersonalizados, como Mesas de Casas Legislativas (STF, MS 22.990-3-RJ, despacho do Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 5 fev. 1998, p. 19), chefias de Executivos e órgãos da Administração

direta e indireta que tenham prerrogativas ou direitos próprios a defender. Em relação aos Promotores de Justiça, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93) reconhece a legitimidade para impetração de mandado de segurança, inclusive perante os tribunais locais, contra ato judicial que importe na violação de direito líquido e certo dentro de sua esfera de atribuições.

**Legitimidade passiva.** A pessoa em relação a quem é proposto o mandado de segurança é denominada autoridade coatora, isto é, a autoridade ou o agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público responsável pela violação ou ameaça de violação de direito líquido e certo. A lei considera autoridade coatora “aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática”. Hely Lopes Meirelles define *autoridade* como a “pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal”. São equiparados às autoridades, para efeitos de mandado de segurança, “os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições” (Lei 12.016/2009, art. 1º, § 1º). Não cabe mandado de segurança contra atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionários de serviço público. A autoridade precisa estar investida de alguma função com poder de decisão. Pessoa que não possua poder para fazer cessar a execução do ato impugnado como abusivo não pode ser apontada como autoridade coatora. Agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público é conceito amplo, abrangendo qualquer pessoa com poder de decisão em autarquias, entidades paraestatais ou concessionários de utilidade pública. Agente de pessoa jurídica de direito privado que exerça, a qualquer título, atividade, serviço e obras públicas pode ser autoridade coatora em mandado de segurança. Observa-se que a pessoa jurídica de direito público não pode ser autoridade coatora, mas pode ingressar em juízo como assistente do coator ou litisconsorte do impetrado.

**Restrições.** Não cabe mandado de segurança contra: I – ato do qual caiba recurso com efeito suspensivo, independentemente de caução; II – decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; III – decisão judicial transitada em julgado (Lei n. 12.016/2009, art. 5º).

**Procedimento.** A petição inicial deve ser apresentada em duas vias. Os documentos necessários que comprovem a certeza e a liquidez do direito pleiteado devem instruir a primeira via e ser reproduzidos na segunda. Devem indicar, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que integra, à qual se acha vinculada ou da

qual exerce atribuições. A segunda via será encaminhada à autoridade apontada como coatora para prestar as informações necessárias no prazo de dez dias. Em seguida será aberta vista ao Ministério Público para apresentação de parecer no prazo improrrogável de dez dias. A última etapa é a remessa dos autos ao juiz, que deverá proferir a sentença necessariamente em trinta dias. Concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada. Em caso de urgência, é permitida a impetração por telegrama, radiograma, fax ou meio eletrônico de autenticidade comprovada. Em mandado de segurança, não há possibilidade de interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo das sanções no caso de litigância de má-fé (Lei n. 12.016/2009, art. 25). Da sentença, denegatória ou concessiva, cabe apelação. A sentença concessiva da segurança está sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição. A autoridade coatora também poderá recorrer (Lei n. 12.016/2009, art. 14).

## 5.6. PRAZO PARA IMPETRAÇÃO

O prazo para impetração do mandado de segurança é de cento e vinte dias, contados da ciência, do interessado, do ato impugnado (Lei n. 12.016/2009, art. 23). Superado esse prazo, ocorre a decadência do direito de impetrar esse *writ*, não a perda do direito material, podendo valer-se o titular do direito líquido e certo violado somente das vias ordinárias. *Tratando-se de prazo decadencial não há interrupção ou suspensão*. O Supremo Tribunal Federal já proclamou a constitucionalidade desse prazo, apesar de inexistir essa restrição na Lei Fundamental, por entender que esse período tem a relevante função de viabilizar, desde que tempestivamente utilizado, a pronta, eficaz e imediata reparação de direitos líquidos e certos violados por comportamento arbitrário da Administração Pública (STF, Súmula 632). O mandado de segurança poderá ser renovado dentro deste prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito (Lei n. 12.016/2009, art. 6º, § 6º).

## 6 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO (ART. 5º, LXX)

### 6.1. CONCEITO

Ação constitucional para a tutela de direitos coletivos líquidos e certos, não amparados por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

## 6.2. ORIGEM

Trata-se de mais uma inovação da atual Constituição. Os constituintes de 1988, atentos para as novas formas de conflito surgidas no seio da sociedade, criaram instrumentos jurídicos para atender às demandas sociais. Entre eles, destaca-se a ampliação da tutela do mandado de segurança para interesses coletivos.

## 6.3. OBJETO

São tutelados pelo mandado de segurança coletivo direitos: I – 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: II – individuais homogêneos, assim entendidos, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante (Lei n. 12.016/2009, art. 21).

## 6.4. CARACTERÍSTICAS

Podem ser apontadas duas características básicas dessa nova ação constitucional: **a)** atribuição de legitimidade processual para órgãos coletivos para a defesa dos interesses de seus membros; **b)** uso desse remédio para a proteção de interesses coletivos e individuais homogêneos.

## 6.5. LEGITIMIDADE ATIVA

A Constituição de 1988 atribui legitimidade ativa para impetração do mandado de segurança coletivo às seguintes entidades: **a)** partido político com representação no Congresso Nacional; **b)** sindicato, entidades de classe ou associações constituídas há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de

Justiça foram restritivos na aceitação de mandados de segurança coletivos. Só admitiram a impetração por partido político em defesa de direitos políticos e eleitorais de seus filiados (*RSTJ*, 12:215). Por maioria de votos, rejeitaram mandados de segurança impetrados por partidos políticos em defesa dos interesses coletivos de parcelas significativas da população, como mutuários do Sistema Financeiro da Habitação e aposentados do INSS. De acordo com a jurisprudência, esses grupos de pessoas somente podem ser defendidos de forma coletiva por entidades específicas, como associações de mutuários ou aposentados. Em relação a sindicatos, entidades de classe ou associações constituídas há pelo menos um ano, só tem sido admitida a impetração de mandado de segurança coletivo em defesa dos direitos de seus membros.

Este entendimento jurisprudencial foi consolidado pela Lei n. 12.016/2009, em seu art. 21, que estabelece que “O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial”.

## **6.6. DISTINÇÃO ENTRE MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL COM LITISCONSÓRCIO ATIVO**

O mandado de segurança coletivo não se confunde com o mandado de segurança individual com litisconsórcio ativo. No primeiro, postulam-se direitos coletivos ou individuais homogêneos, interesses comuns dos membros de um sindicato, entidade de classe ou associação. No mandado de segurança individual postula-se direito individual, de uma única pessoa. Ocorre que, por motivos econômicos ou de praticidade, diversos interesses individuais podem ser defendidos em um único mandado de segurança. Trata-se de um mandado de segurança individual com litisconsórcio ativo, pois encontram-se no polo ativo da ação proposta em juízo diversas pessoas pleiteando direitos individuais.

## **6.7. EFEITOS DA DECISÃO**

No mandado de segurança coletivo a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante (Lei n. 12.016/2009, art. 22). A impetração de mandado de segurança coletivo não impede a propositura de ações individuais, pois os direitos postulados são distintos. Estabelece a lei que o mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de trinta dias o contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

## 6.8. JURISPRUDÊNCIA

- a) Tratando-se de postulação de interesse coletivo, não há necessidade da indicação nominal de todos os beneficiários da impetração na petição inicial ou de a inicial estar instruída com a ata da assembleia associativa que autorizou a propositura de ação coletiva, acompanhada da relação nominal de associados e indicação dos respectivos endereços.
- b) Podem ser postulados direitos somente de alguns membros do sindicato ou da entidade de classe (STF, Súmula 630).
- c) A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe e associações para a impetração de mandado de segurança coletivo é extraordinária. Trata-se de hipótese de substituição processual. Dessa forma, não há necessidade da juntada de instrumento de mandato ou de autorização expressa dos titulares do direito subjetivo para a propositura do mandado de segurança coletivo (STF, Súmula 629). Entende-se que no mandado de segurança coletivo não se exige a autorização expressa aludida no art. 5º, XXI, da Constituição, que contempla a hipótese de representação (STF, RE 212.707, Rel. Min. Carlos Velloso, *Informativo STF*, n. 100).

## 7 DIREITO DE PETIÇÃO (ART. 5º, XXXIV, “A”)

### 7.1. CONCEITO

Trata-se do direito de peticionar, de formular pedidos para a Administração Pública em defesa de direitos próprios ou alheios, bem como de formular reclamações contra atos ilegais e abusivos cometidos por agentes do Estado. Pode ser exercido por qualquer pessoa, física ou jurídica, nacional ou estrangeira, maior ou menor, tendo o órgão público o dever de prestar os esclarecimentos solicitados.

## 7.2. ORIGEM

Surgiu na Inglaterra, com o remédio denominado *right of petition*. Os súditos podiam encaminhar seus pedidos ao rei.

## 7.3. ESPÉCIES

A doutrina distingue entre o direito de petição e o direito de reclamação. O primeiro consiste na faculdade de formular pedidos a respeito de informações de interesse particular, coletivo ou geral. O direito de reclamação funda-se na possibilidade de denunciar atos abusivos cometidos por agentes públicos.

## 7.4. FORMA

O direito de petição deve ser apresentado de forma escrita. Pode ser exercido individual ou coletivamente. Os denominados abaixo-assinados representam o exercício do direito de petição de forma coletiva.

## 7.5. GRATUIDADE

A Constituição assegura a gratuidade do exercício desse direito (“independentemente do pagamento de taxas”). O termo “taxas” foi empregado em sentido amplo, proibindo a cobrança de qualquer importância, a que título for (taxa, tarifa ou preço público), que possa obstar ou dificultar seu exercício. A Lei n. 9.265/96, que regulamenta esse direito, em seu art. 1º, III, expressamente estabelece que “são gratuitos... os pedidos de informações ao Poder Público... objetivando a instrução de defesa ou a denúncia de irregularidades administrativas...”.

## 8 DIREITO DE CERTIDÃO (ART. 5º, XXXIV, “B”)

### 8.1. CONCEITO

Certidão é o documento expedido pela Administração Pública, comprovando a existência de um fato e gozando de fé pública até prova em contrário. Direito de certidão é o de obter do Estado esse documento para a defesa de direitos ou esclarecimento de situações de interesse pessoal.

### 8.2. PRESSUPOSTOS

José Celso de Mello Filho aponta os seguintes requisitos para o exercício do direito de certidão: **a)** legítimo interesse; **b)** ausência de sigilo; **c)** *res habilis*; e **d)** indicação da finalidade. Só podem ser solicitadas certidões para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse referente ao próprio requerente. Esse direito deve ser compatibilizado com a norma constitucional que assegura o sigilo das informações consideradas imprescindíveis para a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII). Somente atos administrativos e judiciais, em regra, podem ser certificados. A Administração não pode certificar sobre documentos inexistentes em seus registros. O requerimento deve esclarecer os fins e as razões do pedido. Sem essa indicação precisa da finalidade, o pedido pode ser indeferido pela Administração Pública. A Lei n. 9.051/95, que dispõe sobre a expedição de certidão para a defesa de direitos e esclarecimento de situações, expressamente exige que “deverão os interessados fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido” (art. 2º).

### 8.3. PRAZO

Os órgãos da Administração direta ou indireta têm o prazo improrrogável de quinze dias, contados do registro do pedido no órgão expedidor, para a expedição da certidão (Lei n. 9.051/95, art. 1º). Decorrido esse prazo sem a entrega da certidão, caracteriza-se a violação de direito líquido e certo, podendo o prejudicado impetrar o competente mandado de segurança individual.

## 8.4. GRATUIDADE

A Constituição Federal assegura o exercício do direito de certidão “independentemente do pagamento de taxas”. O termo “taxas” foi empregado em sentido amplo. Tratando-se de certidão para a defesa de direito ou esclarecimento de interesse pessoal, será inconstitucional a cobrança de qualquer importância, seja a que título for. No caso, contudo, de qualquer outra certidão sem esses objetivos específicos, admite-se a cobrança de um preço público que reponha o custo exigido para a confecção do documento pela Administração Pública.

## 9 MANDADO DE INJUNÇÃO (ART. 5º, LXXI)

### 9.1. CONCEITO

Ação constitucional para a tutela de direitos previstos na Constituição inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania que não possam ser exercidos em razão da falta de norma regulamentadora.

### 9.2. PRESSUPOSTOS

A concessão do mandado de injunção depende da existência de dois pressupostos. **a)** Existência de um direito previsto na Constituição inerente à nacionalidade, soberania e cidadania não autoaplicável, pois, se for autoaplicável, a ausência de norma infraconstitucional que o regulamente não impede o seu exercício, não cabendo a ordem de injunção. Exemplo: o mandado de injunção até hoje não está regulamentado, mas já foi deferido pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição (art. 5º, § 1º). **b)** Falta da norma infraconstitucional regulamentadora que inviabilize o exercício do direito previsto na Constituição. Trata-se da omissão normativa, a não elaboração do ato legislativo ou administrativo que possibilite ao cidadão o exercício do direito que lhe é reconhecido pela ordem constitucional. Entende-se por norma regulamentadora toda medida, legislativa ou administrativa,

necessária para tornar efetivo um preceito previsto na Constituição.

### 9.3. FINALIDADE

O mandado de injunção tem por finalidade efetivar concretamente um direito assegurado na Constituição, no caso de não elaboração da norma regulamentadora. Trata-se de uma hipótese de controle concreto da constitucionalidade por omissão.

### 9.4. ORIGEM

O mandado de injunção foi introduzido pelo constituinte brasileiro de 1988. Existem institutos semelhantes em outros ordenamentos jurídicos. Para alguns, sua origem estaria no direito inglês e norte-americano. O *writ of injunction* é uma ordem judicial que determina a alguém que se abstenha de fazer ou continuar a produzir algo, porque acarretaria um dano irreparável. Para outros autores, a origem próxima estaria na Constituição portuguesa.

### 9.5. OBJETO

O mandado de injunção alcança todos os direitos previstos na Constituição inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania que não possam ser exercidos por falta de norma regulamentadora. Alcança direitos individuais, coletivos e sociais (STF, MI 361, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 17 jun. 1994, p. 15707). Exemplos: **a)** mandado de injunção individual deferido para aeronautas que foram impedidos de trabalhar por ato de força do regime militar e que não receberam a indenização prevista no art. 8º, § 3º, do ADCT da Constituição brasileira, em razão da omissão normativa do Congresso Nacional; **b)** mandado de injunção coletivo deferido em ação proposta por sindicato, em 2003, visando à elaboração da lei que possibilite a concessão do aviso prévio proporcional, de no mínimo trinta dias, previsto no art. 7º, XXI, da Constituição Federal, direito que só veio a ser regulamentado pela Lei n. 12.506/2011.

### 9.6. PARTES

*Legitimidade ativa.* O mandado de injunção poderá ser proposto por qualquer pessoa física ou jurídica titular de direito

previsto na Constituição, inerente à nacionalidade, soberania ou cidadania, que não possa ser exercido por falta de norma infraconstitucional regulamentadora. Terá legitimidade para propositura o titular do direito individual ou o sindicato ou associação que congregue interesses coletivos ou comuns. Tutela tanto direitos individuais, como coletivos. Mandado de injunção coletivo já foi deferido pelo Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, nossa Suprema Corte não admitiu mandado de injunção proposto por pessoa jurídica de direito público, um município, solicitando a regulamentação de dispositivo constitucional que versa sobre compensação financeira entre os entes da federação, por entender que essa ação tem por finalidade atender situações que digam respeito a direitos fundamentais, como dignidade, liberdade e igualdade da pessoa humana e não qualquer outro direito previsto na Carta Magna que não possa ser exercido em razão da inércia legislante (STF, MI 537, Rel. Min. Mauricio Corrêa).

*Legitimidade passiva.* O mandado de injunção deverá ser proposto contra a pessoa ou órgão responsável pela omissão normativa que inviabilize a concretização do direito previsto na Constituição. Tratando-se de inércia legislativa, a ação terá como réu o próprio Poder Legislativo da respectiva esfera da federação. Tratando-se de projeto de lei que dependa de iniciativa reservada, seja do Presidente da República, ou de Tribunal, a medida deverá ser oferecida contra a autoridade ou o órgão que deixar de cumprir a obrigação constitucional. Considerando que somente aos entes públicos é imposto o dever constitucional de legislar ou expedir atos normativos, o Supremo Tribunal Federal não tem admitido que o mandado de injunção possa ser proposto contra particulares. Não há possibilidade de litisconsórcio passivo, seja necessário ou facultativo, entre particulares e autoridades públicas ou entes estatais (MI 510, Rel. Min. Celso de Mello).

## 9.7. MANDADO DE INJUNÇÃO E AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão foram dois institutos introduzidos pela Constituição brasileira de 1988 para o controle da constitucionalidade por omissão. Ambos têm como pressupostos a existência de um direito previsto na Constituição e a falta de norma regulamentadora que possibilite seu exercício. Mas são institutos distintos. A *ação de inconstitucionalidade por omissão* é forma de controle da constitucionalidade em abstrato e tem por objetivo compelir o poder competente a elaborar a norma necessária para assegurar o exercício de direitos previstos na

Constituição sempre que a omissão normativa inviabilize seu exercício. O *mandado de injunção* é uma *garantia individual ou coletiva* que visa assegurar ao cidadão ou ao conjunto de cidadãos a concessão de uma medida que viabilize o exercício do direito previsto na Constituição na hipótese de inércia legislativa ou administrativa do Poder Público competente para a elaboração da norma regulamentadora. A omissão normativa pode dar origem a duas providências. Na ação de inconstitucionalidade por omissão a questão é examinada de forma abstrata, podendo ser proposta somente pelas pessoas e órgãos mencionados no rol do art. 103 da Constituição, e a decisão proferida possuirá efeitos *erga omnes*. No mandado de injunção a questão é examinada de forma concreta, podendo a ação ser proposta somente pelo titular do direito lesado pela omissão legislativa ou administrativa, possuindo a decisão efeitos *inter partes*. Em recente decisão, a Suprema Corte, em sua atual composição, ao apreciar mandado de injunção impetrado por sindicatos de servidores públicos, por maioria de votos, estabeleceu, como forma de superação da omissão legislativa para o setor público, a aplicação da Lei n. 7.783/89, que disciplina o direito de greve no setor privado, estendendo, por maioria, a todos os servidores vinculados à Administração Pública (*Informativo STF*, n. 485).

## 9.8. MANDADO DE INJUNÇÃO E MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança pressupõe um direito líquido e certo. No mandado de injunção, o direito previsto na Constituição é manifesto na sua existência, mas não está delimitado na sua extensão, nem apto a ser exercido no momento da impetração, justamente em razão da ausência de norma regulamentadora.

## 9.9. PROCEDIMENTO

Mandados de injunção têm sido apreciados e concedidos pelo Supremo Tribunal Federal mesmo antes da elaboração de uma lei específica, em razão de o instituto ser considerado um direito auto-aplicável. A Lei n. 8.038/90, em seu art. 24, parágrafo único, estabeleceu que no mandado de injunção serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica. Como ainda não foi regulamentado, o mandado de injunção adota o procedimento previsto na Lei n. 12.016/2009.

## 9.10. NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO

Como não existe norma infraconstitucional regulamentando a natureza e os efeitos da decisão proferida no mandado de injunção, compete à doutrina e, principalmente, à jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal fixar o alcance da decisão nele proferida. A jurisprudência da Suprema Corte, a princípio era extremamente restritiva, concedendo a ordem somente para declarar o Congresso Nacional em estado de mora. Notificava-se o Poder Legislativo para que tomasse as providências cabíveis para suprir a inércia judicialmente constatada. Exemplos: **a)** a Constituição, em seu art. 192, § 3º, fixava a taxa de juros reais em 12% ao ano. Esse dispositivo constitucional, como é do conhecimento de todos, não foi cumprido pelas entidades financeiras oficiais e particulares. O Supremo Tribunal Federal entendeu que essa norma constitucional não era autoaplicável, pois o exercício do direito dependeria de previsão expressa na legislação complementar exigida para a regulamentação do sistema financeiro (art. 192, *caput*, da CF, texto original). Postulada em sede de mandado de injunção a fixação da taxa de juros reais em 12% ao ano, a ordem era concedida somente para a constituição do Congresso Nacional em mora, comunicando-lhe a necessidade da elaboração da norma regulamentadora que possibilitasse o exercício do direito previsto na Constituição. Mas não se estabelecia prazo, nem sanção em caso de não cumprimento da ordem judicial. Tratava-se, na solução do direito individual, de decisão juridicamente inócua para o cidadão. O § 3º do art. 192, ante a sua absoluta ineficácia, foi finalmente revogado pela Emenda Constitucional n. 40/2003. Somente em casos em que o próprio Poder Público, além do dever de editar o provimento normativo faltante, é também o sujeito passivo da relação de direito material emergente do preceito constitucional; o Supremo Tribunal Federal passou a estipular prazo para a elaboração da norma infraconstitucional faltante, sob pena de se facultar ao cidadão a postulação do seu direito em juízo (STF, MI 496-0-SP). **b)** Aeronautas punidos pelo regime militar, que receberam o direito a uma reparação de natureza econômica nos termos de lei, que deveria ter sido elaborada no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição (art. 8º, § 3º, do ADCT). Superado em muito esse lapso, concedeu-se uma primeira ordem para a constituição em mora do Congresso Nacional, fixando-se um prazo para elaboração da norma regulamentadora. Superado esse novo prazo, concedeu-se outra ordem, facultando aos indivíduos punidos obter essa indenização em juízo, segundo critérios fixados pela própria autoridade judicial. Esta omissão normativa só veio a ser finalmente superada pelo Congresso Nacional com a edição da Lei n.

10.559/2002. **c)** Empresa que postulava a isenção de contribuição social prevista no art. 195, § 7º, da Constituição Federal. Esse benefício dependeria do atendimento de exigências previstas em lei a ser editada. Foi concedida a ordem para declarar o estado de mora do Congresso Nacional, fixando-se o período de seis meses para a elaboração da legislação infraconstitucional faltante, sob pena de, vencido esse prazo, passar a requerente a gozar da imunidade requerida.

Nota-se uma recente mudança de orientação do Supremo Tribunal Federal, em sua atual composição, na busca de dar uma maior efetividade nas decisões proferidas em mandados de injunção. No julgamento de mandado de injunção impetrado por sindicatos de servidores públicos, acolhendo o voto do Min. Gilmar Mendes, a Suprema Corte afastou-se da orientação inicial de se limitar à declaração da existência de mora legislativa, considerando a ausência de uma norma regulamentadora específica, para aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Poder Judiciário. Deliberou-se, como forma de superação da impossibilidade do exercício do direito previsto na Constituição em razão da inexistência de lei específica, pela aplicação também para os servidores do setor público da Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve para os servidores que atuam perante a iniciativa privada (*Informativo STF*, n. 485).

## 9.11. COMPETÊNCIA

A competência para julgamento do mandado de injunção depende da natureza do órgão ou da pessoa responsável pela elaboração da norma regulamentadora. A Constituição prevê hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *q*) e do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *h*). As Constituições Estaduais podem estabelecer hipóteses de competência originária do Tribunal de Justiça sempre que existir um direito previsto na Constituição Estadual que não possa ser exercido por falta de norma regulamentadora.

## 10 AÇÃO POPULAR (ART. 5º, LXXIII)

### 10.1. CONCEITO

Ação constitucional posta à disposição de qualquer cidadão para a tutela do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural, mediante a anulação do ato lesivo.

## 10.2. FINALIDADE

A finalidade da ação popular é fazer de todo cidadão um fiscal do Poder Público, dos gastos feitos com recursos públicos.

## 10.3. ORIGEM

A origem remota da ação popular encontra-se no direito romano, em que se atribuía legitimidade a qualquer membro do povo para zelar pela *res publica* (coisa pública, patrimônio da coletividade). A ação popular foi introduzida no Brasil pela Constituição de 1934, vindo a ser suprimida pela de 1937. Reintroduzida pela Carta de 1946, foi mantida em todas as Constituições posteriores. A de 1988 ampliou o alcance da ação popular, incluindo a moralidade administrativa entre os objetos do provimento jurisdicional.

## 10.4. PRESSUPOSTOS

A propositura da ação popular exige a presença de três requisitos: **a)** condição de eleitor; **b)** ilegalidade; e **c)** lesividade.

- a)** A ação somente pode ser proposta por cidadão brasileiro, ou seja, por nacional que esteja no gozo de direitos políticos. O que comprova a qualidade de cidadão é o título de eleitor. Trata-se de documento indispensável para a propositura da ação, devendo acompanhar a própria petição inicial.
- b)** O ato deve ser contrário ao ordenamento jurídico, por infringir regras e princípios estabelecidos para a Administração Pública. A ilegalidade pode decorrer tanto de vício formal como material. A própria Lei da Ação Popular contém uma ampla relação de atos considerados nulos, pois realizados em detrimento do patrimônio público.
- c)** O ato deve ser lesivo aos cofres públicos. Para a propositura da ação popular não basta a constatação da ilegalidade. Deve ser comprovada também a ofensa ao patrimônio público, bem como aos demais objetos da ação popular. Essa lesividade pode ser

tanto efetiva como legalmente presumida. Existem hipóteses em que o próprio legislador prevê a lesividade do ato, não precisando ser comprovado o prejuízo para a declaração da nulidade do ato realizado. A lesividade pode caracterizar-se com a ofensa à própria moralidade administrativa.

## 10.5. MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição de 1988 erigiu a moralidade como um dos princípios informadores da Administração Pública (art. 37, *caput*), e estabeleceu a moralidade administrativa como fundamento autônomo para a propositura da ação popular (art. 5º, LXXIII). Como observam Rodolfo Mancuso e Marcelo Figueiredo, trata-se de fundamento ou causa autônoma, pois a afronta a esse princípio constitucional autoriza o ajuizamento da ação popular, independentemente da comprovação de lesão ao erário ou de ofensa à estrita legalidade. Para a propositura dessa medida judicial não há necessidade de demonstração de dano efetivo ou potencial aos cofres públicos, basta a ofensa aos princípios éticos que devem informar toda ação realizada por pessoa responsável pelo dispêndio de dinheiro público. Além disso, não se exige a demonstração da violação de um dispositivo legal específico, de ilegalidade formal, basta a ofensa aos padrões morais exigidos de um bom administrador público. Essa moralidade deve ser entendida em seu sentido jurídico, como a afronta a um dos valores consagrados pelo ordenamento jurídico, de forma explícita ou implícita.

## 10.6. PROCEDIMENTO E PARTES

A ação popular foi disciplinada pela Lei n. 4.717/65. Segue o rito ordinário com as modificações estabelecidas no art. 7º da referida lei.

**Sujeito ativo.** Essa ação pode ser proposta somente pelo cidadão, que, em sentido estrito, é todo nacional no gozo de direitos políticos. Como consagrado na Súmula 365 do Supremo Tribunal Federal: “Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”. Se o autor desistir da ação popular, fica assegurado a qualquer outro cidadão, bem como ao Ministério Público, promover o prosseguimento da demanda.

Para os autores tradicionais, como Hely Lopes Meirelles, o cidadão, ao propor ação popular, age como substituto processual, pois defende os interesses da coletividade e não direito individual próprio.

O povo seria titular do direito subjetivo ao governo honesto, atuando o cidadão em seu nome na tutela do direito de todos. Para a doutrina moderna, o cidadão possui legitimidade própria, ordinária. Trata-se de um dos instrumentos de participação direta no regime democrático estabelecido em nosso País. O cidadão age em seu nome e na defesa de direito próprio, pois é titular do direito subjetivo ao governo probo, que não dilapide o bem comum e respeite as leis e os princípios morais que devem informar a Administração Pública (José Afonso da Silva, Rodolfo Mancuso e outros).

*Sujeito passivo.* São réus na ação popular: **a)** as pessoas jurídicas de direito público e privado em nome das quais foi praticado o ato; **b)** as autoridades, funcionários ou administradores que houverem concorrido para o ato ilegal e lesivo ao patrimônio público; e **c)** os beneficiários do ato. No polo passivo podem encontrar-se pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras.

*Ministério Público.* O Ministério Público não possui legitimidade para a propositura da ação popular, mas, se o autor desistir da ação ou der motivo à extinção do processo sem julgamento do mérito, fica assegurado ao órgão público promover o prosseguimento da demanda judicial. Compete-lhe ainda o acompanhamento da ação, apressando a produção da prova e promovendo a responsabilidade civil e criminal dos que nelas incidirem. Para Hely Lopes Meirelles, o Ministério Público tem a posição singular de *parte pública autônoma*, com ampla liberdade de manifestar-se, a final, pela procedência ou não da ação popular. O que é vedado à instituição é assumir a defesa do ato impugnado ou dos réus.

## 10.7. OBJETO

O objeto da ação popular é o ato ilegal e lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. As tutelas da moralidade administrativa e do meio ambiente foram acrescentadas pela Constituição de 1988. A proteção do patrimônio histórico e cultural já havia sido incluída na legislação ordinária desde 1977. A moralidade foi erigida pela Constituição de 1988 a um dos princípios que devem nortear a Administração Pública (art. 37, *caput*). Observa-se que nem todo ato legal é honesto e que uma lei pode ser executada de forma moral ou imoral. A ofensa à moralidade administrativa já é suficiente para a declaração da nulidade do ato, independente da verificação de efetiva lesão patrimonial, ou seja, basta o prejuízo à Administração Pública pela violação dos princípios éticos que devem dirigir a conduta dos responsáveis pelos seus atos.

## 10.8. COMPETÊNCIA

De acordo com a tradição constitucional brasileira, não existem casos de competência originária em relação à ação popular. Toda e qualquer autoridade será julgada em primeira instância, podendo ser interpostos todos os recursos cabíveis em nosso ordenamento jurídico. As hipóteses de competência originária previstas na Constituição Federal para o mandado de segurança não se aplicam ao instituto da ação popular, em razão da falta de previsão constitucional expressa. O Presidente da República e todas as demais autoridades serão processados em ações populares perante a justiça comum de primeira instância (federal ou estadual). Trata-se de entendimento absolutamente tranquilo de nossa Suprema Corte (*RTJ*, 39:56-9, e STF, Petição n. 1.641-0, medida liminar, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 2 fev. 1998, p. 45).

## 10.9. ISENÇÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA

Estabelece a Constituição, como estímulo à propositura da ação popular, que o autor ficará isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé. Dessa forma, em regra, não cabe em ação popular, mesmo que julgada improcedente, a condenação do autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios. Considerando o abuso frequente verificado em períodos eleitorais, com o ajuizamento de demandas manifestamente improcedentes e temerárias, o constituinte ressaltou a hipótese de má-fé do autor, quando caberão as condenações decorrentes da sucumbência. Julgada procedente a ação popular, contudo, os réus deverão ser condenados ao pagamento das verbas decorrentes da sucumbência (custas judiciais e honorários advocatícios).

## 11 AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 129, III)

### 11.1. CONCEITO

Ação constitucional para a tutela do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Foi incluída pela Constituição de 1988, de forma não privativa, entre

as atribuições do Ministério Público.

## 11.2. OBJETO

O objeto constitucional da tutela da ação civil pública é a proteção dos interesses difusos e coletivos. O próprio texto constitucional já menciona, entre eles, a proteção do patrimônio público e social e do meio ambiente. A Lei da Ação Civil Pública expressamente cita os direitos do consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a ordem urbanística, a ordem econômica e a economia popular (Lei n. 7.347/85). Outras leis estendem a ação civil pública para a tutela de interesses difusos e coletivos de investidores no mercado imobiliário (Lei n. 7.913/89), de crianças e adolescentes (Lei n. 8.069/90), de pessoas portadoras de deficiência (Lei n. 7.853/89), contra descumprimento da Lei de Engenharia Genética (Lei n. 8.974/95), e em razão da prática de atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92). Merece ser lembrado, ainda, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). Todas essas hipóteses não são exaustivas, pois a Constituição deixa clara a proteção de todo e qualquer interesse difuso ou coletivo (CF, art. 129, III). Podem ser apontadas, como exemplos, questões relacionadas com saúde pública, proteção do idoso, tutela dos direitos humanos, atuação preventiva na área de acidentes do trabalho, comunidades indígenas, minorias étnicas e preservação de direitos constitucionais. O Código de Defesa do Consumidor estendeu a proteção aos interesses individuais de caráter homogêneo, definidos como “os decorrentes de origem comum”.

## 11.3. ORIGEM

A ação civil pública foi introduzida no Brasil com a Lei n. 7.347/85. A Constituição de 1988 veio a inseri-la entre as atribuições do Ministério Público, adequadamente de forma não privativa. Após a edição daquela lei, diversas outras foram promulgadas visando a proteção de interesses transindividuais específicos, como os mencionados no item 11.2.

## 11.4. PROCEDIMENTO E PARTES

A Lei n. 7.347/85 disciplina a ação civil pública. Existem

diversas outras leis específicas, como salientado acima.

**Legitimidade ativa.** A ação civil pública pode ser proposta pelos seguintes órgãos e entidades: **a)** Ministérios Públicos; **b)** Defensoria Pública; **c)** União, Estados, Distrito Federal e Municípios; **d)** autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; **e)** associação que esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil e que inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência e ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (diversas organizações não governamentais que atuam na área do meio ambiente, de proteção do consumidor e dos demais interesses difusos e coletivos).

**Legitimidade passiva.** Podem ser réus da ação civil pública tanto pessoas e órgãos da Administração Pública como pessoas físicas e jurídicas particulares. Basta que realizem ato nocivo ou potencialmente prejudicial a um interesse difuso ou coletivo tutelado pela ação civil pública.

**Ministério Público.** Como órgão constitucional incumbido da defesa da ordem jurídica e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, o Ministério Público intervém obrigatoriamente em todas as ações civis públicas, quer como parte, quer como fiscal da lei. Em caso de desistência da ação pela associação legitimada, ele ou outro órgão legitimado poderá assumir a titularidade ativa. A própria lei admite o litisconsórcio ativo entre o Ministério Público Federal e dos Estados na defesa de interesses coletivos e difusos (Lei n. 7.347/85, art. 5<sup>ª</sup>, § 5<sup>ª</sup>).

## 11.5. INQUÉRITO CIVIL

Inquérito civil é o procedimento administrativo preparatório em que o Promotor de Justiça recolhe evidências que permitam a formação do convencimento sobre a existência ou não da prática de ato nocivo a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos que justifique a propositura de uma ação civil pública. Essa modalidade de apuração somente pode ser instaurada e presidida por membro do Ministério Público.

## 11.6. AÇÃO CIVIL PÚBLICA, AÇÃO POPULAR E MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A Constituição de 1988 estabelece diversas formas de proteção de interesses difusos e coletivos. O patrimônio público e

social e o meio ambiente são tutelados pela ação civil pública, pela ação popular e pelo mandado de segurança coletivo. Qualquer cidadão pode propor uma ação popular. As pessoas jurídicas da Administração direta e indireta, o Ministério Público e as associações constituídas há mais de um ano para a defesa de interesses difusos ou coletivos estão legitimados para a propositura da ação civil pública. Existindo um direito coletivo líquido e certo violado ou ameaçado, há possibilidade da impetração de um mandado de segurança coletivo por parte das pessoas com legitimidade ativa reconhecida pelo art. 5<sup>o</sup>, LXX, da Constituição Federal. O mandado de segurança coletivo possui um rito mais célere, mas pressupõe a existência de um direito líquido e certo. Havendo a necessidade de produção de prova perante a instrução, somente poderão ser propostas a ação popular ou a ação civil pública. Estas ações, portanto, podem ser intentadas por pessoas distintas, com ritos diversos, mas idêntico objeto.

## 12 CONCLUSÕES

A Constituição de 1988, na feliz expressão de Ulysses Guimarães, trata-se da “Constituição Cidadã”. Nunca antes uma Constituição esteve tão preocupada com a proteção e a promoção de direitos individuais e coletivos. Após anos de autoritarismo, houve uma adequada valorização dos direitos do cidadão, com a ampliação dos direitos e garantias constitucionais. Não foi por acaso que se inverteu a ordem tradicional de organização dos textos constitucionais. Pela primeira vez o capítulo dos direitos fundamentais antecedeu os da organização do Estado e dos poderes. Diversas inovações foram introduzidas no que se refere às ações constitucionais de tutela de direitos fundamentais. Podemos salientar algumas: **a)** criação de novas ações constitucionais, como o *habeas data* e o mandado de injunção; **b)** ampliação da legitimidade do mandado de segurança, com a criação do mandado de segurança coletivo para a tutela de interesses coletivos e difusos; **c)** a ação popular passou a proteger, além do patrimônio público, a própria moralidade administrativa; **d)** valorização da tutela jurisdicional coletiva, para a proteção de direitos que pertençam a um número indeterminado ou a um grande número de pessoas, com a instituição do mandado de segurança coletivo, a elevação da ação civil pública a garantia constitucional e a concessão de legitimidade ativa a associações e sindicatos, para a defesa de direitos coletivos em seu sentido amplo, abrangendo todas as modalidades hoje estabelecidas

no Código de Defesa do Consumidor: difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

## QUADRO SINÓTICO – REMÉDIOS OU GARANTIAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL

### Remédios constitucionais

São os  
disposições  
Constituição  
seus c  
Denomin  
constituc  
provocar  
do Estad

a) *Habeas*  
LXVIII).

b) *Habeas*

## Enumeração dos remédios constitucionais

c) Mar individual

d) Mar coletivo (

e) Direito XXXIV, *a*

f) Direito XXXIV, *b*

g) Mandado LXXI).

h) Ação LXXIII).

i) Ação III).

**“Habeas  
corpus” (art.  
5º, LXVIII)**

Conceito

---

Procedin

Legitimidade  
ativa

**“Habeas  
corpus” (art.  
5º, LXVIII)**

---

Legitimidade  
passiva

Espécies

Conceito

**“Habeas data”  
(art. 5º, LXXII)**

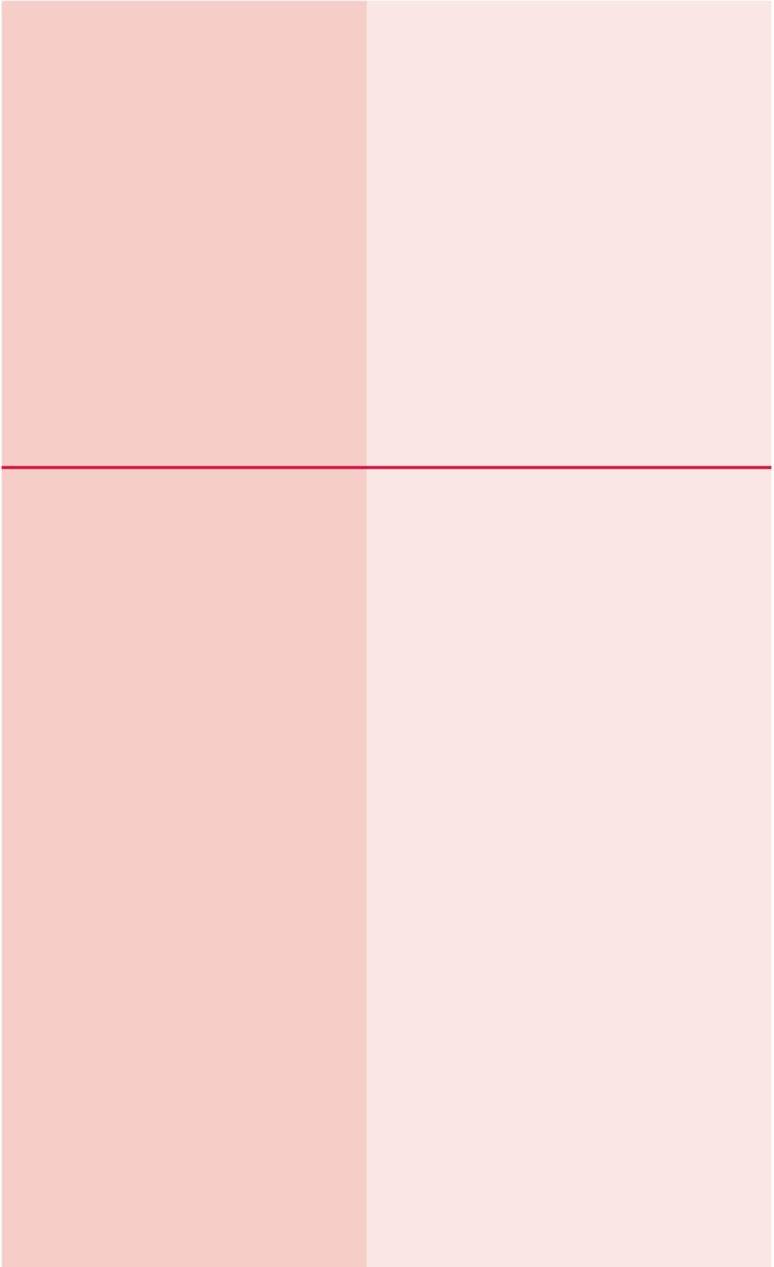
Finalidad

Procedin  
e partes

Legitimidade  
ativa

**“Habeas  
data” (art.  
5º, LXXII)**

Legitimidade  
passiva



# Conceito

---

**Mandado  
de  
segurança  
(art. 5º,  
LXIX)**

Espécies

---

Procedimento

---

Legitimidade  
ativa

Legitimidade  
passiva

Prazo para  
impetração

Conceito

**Mandado  
de  
segurança**

Origem

**coletivo**

**Característica**

---

Legitimidade  
ativa

Conceito

Direito

**direito  
de  
petição  
(art. 5º,  
XXXIV,  
“a”)**

Legitimidade

---

Espécies

**Direito  
de  
petição  
(art. 5º,  
XXXIV,  
“a”)**

Forma

	Conceito
<b>Direito de certidão</b>	Pressupostos

(art. 5º,  
XXXIV,  
“b”)

Prazo

Conceito

---

**Mandado  
de  
injunção  
(art. 5º,  
LXXI)**

Pressupostos

---

The diagram consists of a vertical rectangle divided into two horizontal sections. The left side of the rectangle is a solid dark red vertical bar. The right side is a light red background. A thin dark red horizontal line separates the top and bottom sections of the right side. The text 'Legitimidade ativa' is centered in the top section, and 'Legitimidade passiva' is centered in the bottom section.

Legitimidade  
ativa

Legitimidade  
passiva

Ação de  
inconstitucionalidade  
por omissão

**Mandado  
de  
injunção  
(art. 5º,  
LXXI)**

**Procedimento**

Competência

Conceito

---

Pressupostos

---

**Ação  
popular  
(art. 5º,  
LXXIII)**

Procedimento

---

Legitimidade at

Legitimidade  
passiva

**Ação  
popular  
(art. 5º,  
LXXIII)**

**Legitimidade  
passiva**

**A  
c  
p  
d  
p**

Conceito

S  
n  
a  
d  
ir  
d  
c

Procedimento

A  
7  
d  
a  
p

a  
M  
n

**Ação  
civil  
pública  
(art.  
129, III)**

**Legitimidade  
ativa**

R  
D  
P  
U  
E  
D  
F  
M  
A  
a  
e  
p  
f  
s  
d  
n  
o

Legitimidade  
passiva

a  
P  
re  
ci  
ta  
e  
A  
P  
p  
fí  
ju  
p  
Ir  
é  
p

## Inquérito civil

· a p p r e d q j p d c S p i r p M P



## Capítulo X

# DIREITOS SOCIAIS

### 1 CONCEITO

Direitos sociais são direitos de conteúdo econômico-social que visam melhorar as condições de vida e de trabalho para todos. São prestações positivas do Estado em prol dos menos favorecidos e dos setores economicamente mais fracos da sociedade.

### 2 HISTÓRICO

Os primeiros direitos fundamentais, os denominados direitos individuais, também chamados de liberdades negativas, correspondem a um *não fazer* do Estado, a uma prestação negativa deste. Os direitos individuais são claros limites à atuação do poder estatal para preservar os direitos de cada ser humano isoladamente considerado. Esses direitos foram consagrados em textos constitucionais do mundo inteiro após o advento das grandes revoluções do final do século XVIII — americana e francesa, com a ascensão de uma nova classe social ao poder, a burguesia. São exemplos de direitos individuais a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, a proibição da prisão ilegal e o devido processo legal.

Os direitos sociais, por sua vez, correspondem a uma prestação positiva do Estado, um *fazer* em prol de setores menos favorecidos da sociedade. Surgiram em um momento histórico posterior, quando se agravaram os conflitos decorrentes da relação entre o capital e o trabalho. O desenvolvimento do capitalismo, em seu estágio inicial, trouxe um aumento brutal da produção, mas também da miséria. A intervenção do Estado na ordem econômica passou a ser vista como necessária, uma forma legítima de proteger as pessoas economicamente mais fracas. Como observa Aníbal Fernandes, os direitos sociais decorrem de lutas travadas por uma nova classe social, os operários, por melhores condições de vida e

trabalho. Exemplos de direitos sociais: jornada de trabalho de oito horas diárias, salário mínimo, descanso semanal remunerado, férias, aposentadoria, previdência social e licença-gestante. Muitos desses direitos só foram promulgados após várias lutas e derramamento de sangue. As primeiras Constituições a inserir em seus textos direitos sociais foram a mexicana de 1917 e a da República Alemã de Weimar, em 1919.

É importante observar que interessa ao trabalhador assegurar tanto o respeito de seus direitos individuais como o de seus direitos sociais, não existindo contradição alguma entre as denominadas gerações de direitos. A primeira Constituição brasileira a incorporar direitos sociais em seu texto foi a de 1934. Até a Carta de 1988, eles estavam inseridos em um capítulo dedicado à ordem econômica e social.

### **3 CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Para ressaltar a valorização dada aos direitos sociais na nova ordem constitucional implantada com a redemocratização do regime político no Brasil, a Constituição de 1988, de forma inovadora, dedicou um capítulo exclusivo para seu tratamento, no título denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”, assim como inseriu diversos outros dispositivos em que eles são desdobrados. Os direitos relativos aos trabalhadores urbanos e rurais são assegurados nos arts. 7<sup>º</sup> a 12. Os demais direitos sociais são mencionados no art. 6<sup>º</sup> e desdobrados em vários dispositivos incluídos no Título VIII, “Da ordem social”. Diversos direitos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho foram elevados à condição de direitos constitucionais. Outros direitos trabalhistas já assegurados pela legislação infraconstitucional foram ampliados, como o direito a férias acrescido de 1/3, a licença-gestante de cento e vinte dias e o aviso prévio proporcional (este último direito ainda depende de elaboração de norma regulamentadora para que possa ser exercido). Outros direitos sociais ainda foram criados pela nova Constituição, como a licença-paternidade.

### **4 CLASSIFICAÇÃO**

José Afonso da Silva propõe a seguinte classificação dos direitos sociais:

- a) direitos sociais relativos ao trabalhador (arts. 7<sup>o</sup> a 11);
- b) direitos sociais relativos à seguridade social, abrangendo os direitos à saúde, à previdência social e à assistência social (arts. 193 a 204);
- c) direitos sociais relativos à educação, à cultura e ao esporte (arts. 205 a 217);
- d) direitos sociais relativos à família, à criança, ao adolescente, ao idoso e às pessoas portadoras de deficiência (arts. 226 a 230);
- e) direitos sociais relativos ao meio ambiente (art. 225).

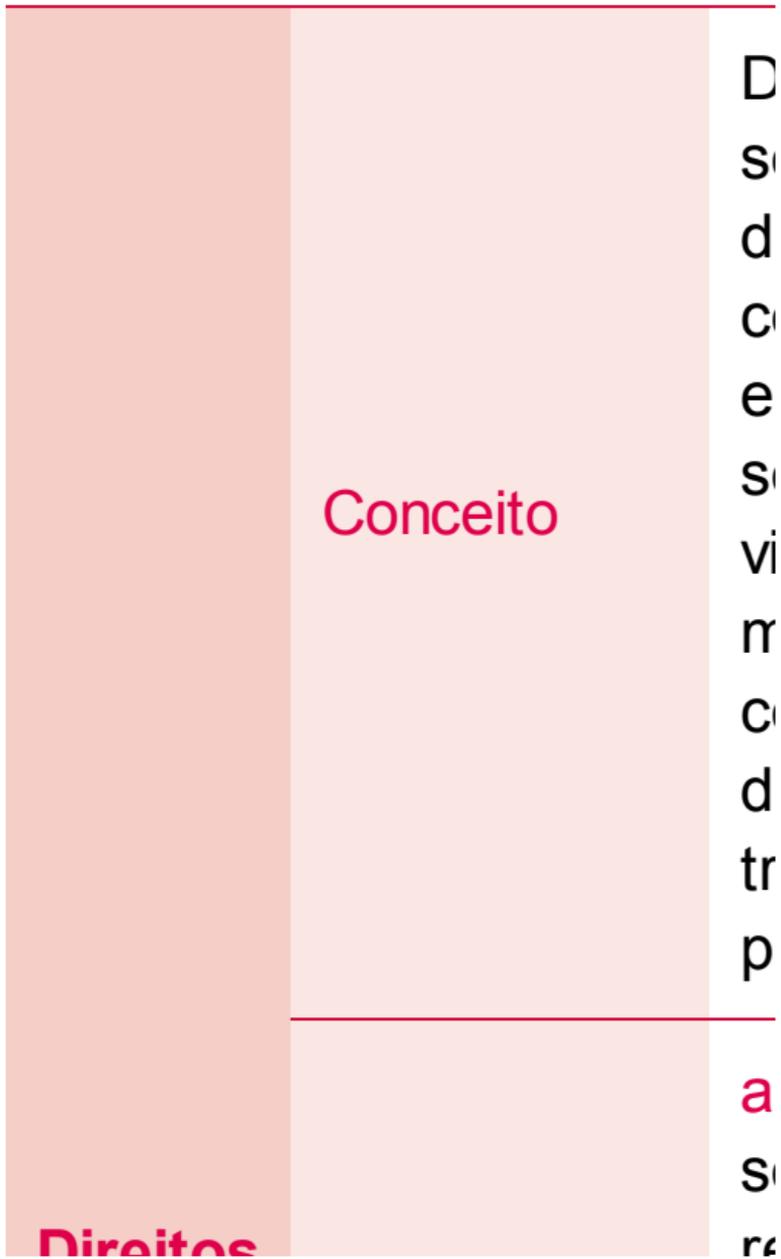
## 5 ESPÉCIES DE DIREITOS SOCIAIS

Diversos direitos sociais são expressamente assegurados pela Constituição, como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, seguridade social, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, cultura e esporte. Eles são enunciados nos arts. 6<sup>o</sup> a 11 e desdobrados em vários outros dispositivos incluídos no Título VIII, dedicado à ordem social.

## 6 DIREITOS SOCIAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

A Constituição contempla direitos sociais relativos aos trabalhadores tanto isolada como coletivamente considerados. Entre os direitos sociais coletivos podemos apontar a liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8<sup>o</sup>), os direitos de greve (art. 9<sup>o</sup>), de participação em órgãos colegiados (art. 10) e de representação nas empresas com mais de duzentos empregados (art. 11).

## QUADRO SINÓTICO – DIREITOS SOCIAIS



**Direitos  
sociais**

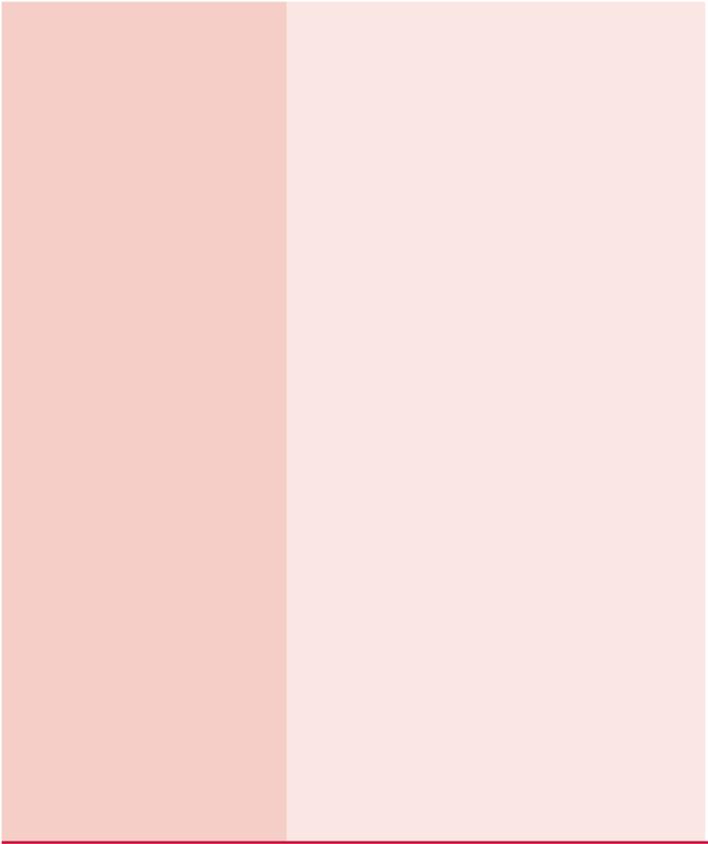
**Classificação**

re  
tr  
(a  
1  
b  
s  
re  
s  
s  
a  
d  
s  
p  
s  
a  
s  
1

**Direitos  
sociais**

**Classificação**

1  
C  
S  
re  
e  
c  
e  
d  
S  
re  
fa  
c  
a  
a  
à  
p



...  
d  
d  
(a  
2  
e  
s  
re  
n  
a  
(a

## Capítulo XI

### NACIONALIDADE

#### 1 CONCEITO

Nacionalidade é o vínculo jurídico e político pelo qual um indivíduo se torna parte integrante do povo de um Estado. Compete ao direito interno de cada Estado definir quem são seus nacionais. O conceito de estrangeiro é por exclusão; quem não for considerado nacional de um país é considerado estrangeiro. No Brasil é a própria Constituição que determina, com exclusividade, as condições para aquisição e perda da nacionalidade brasileira.

#### 2 MODOS DE AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE

## Nacionalidade (modos de aquisição)

primária o  
originária  
(natos)

secundária  
adquirida  
(naturaliza

Existem dois modos de aquisição da nacionalidade. Pelo modo primário ou originário, a pessoa, ao nascer, já possui a nacionalidade de determinado país. Resulta de um ato da natureza, o nascimento. Pelo modo secundário ou adquirido, a pessoa vem a adquirir, durante sua existência, a nacionalidade de outro país. Resulta de um ato de vontade, pela naturalização, pelo casamento (*jus communicatio*) ou por qualquer outro critério admitido pela legislação interna de cada país.

### 3 CRITÉRIOS PARA A AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE PRIMÁRIA

Existem basicamente dois critérios para a aquisição da nacionalidade, o *jus soli* e o *jus sanguinis*.

a) "*Jus soli*" ou *critério da territorialidade*. Determina-se a nacionalidade de uma pessoa pelo local de nascimento. São

considerados nacionais todos os que nascem no território do Estado. É adotado o conceito político de território e não meramente geográfico, abrangendo todo o espaço em que o Estado exerce sua soberania. Alcança, além do espaço delimitado entre as fronteiras, o mar territorial, a zona econômica exclusiva, o espaço aéreo, navios e aeronaves militares onde quer que estejam e navios e aeronaves civis com a bandeira do país em águas internacionais ou em espaço aéreo internacional. É o critério adotado por países novos, como Brasil, Estados Unidos, Argentina, que receberam grandes correntes migratórias e têm interesse na absorção dos descendentes como componentes do elemento humano do Estado.

- b) *“Jus sanguinis” ou critério da consanguinidade.* Determina-se a nacionalidade de uma pessoa pela origem de seus ascendentes. São considerados nacionais todos que possuem ascendentes da mesma nacionalidade, até um determinado grau. É o critério adotado por países tradicionais, como Itália, França, Japão, que atualmente não pretendem incorporar no povo de seu Estado os descendentes das recentes correntes migratórias. No passado, esse mesmo critério serviu para aqueles países manterem um vínculo político com os descendentes das pessoas que, em razão da crise econômica do final do século XIX, vieram tentar a sorte na América.

#### 4 POLIPÁTRIDAS E APÁTRIDAS

Considerando-se que compete ao direito interno de cada país fixar os critérios de aquisição da nacionalidade, é possível a existência de *polipátridas* (pessoas com diversas nacionalidades) e *apátridas*, também denominados *heimatlos* ou *apólidos* (pessoas que não possuem pátria). O filho de um italiano com uma japonesa nascido em território brasileiro poderá possuir, ao nascer, três nacionalidades: brasileira, pois o Brasil adota o *jus soli*, e italiana e japonesa, uma vez que esses países seguem o *jus sanguinis*. Se a origem dos avós for diversa, pode possuir ainda outras nacionalidades. Por sua vez, o filho de um casal originário de um país que só admite o critério da territorialidade, nascido no estrangeiro, em um Estado que só reconhece o critério da consanguinidade, não possuirá a nacionalidade dos genitores, nem do país em que nasceu.

## 5 NASCITURO

A nacionalidade fixa-se pelo momento do nascimento e não da concepção. Dessa forma, pouco importa o país em que a futura criança foi concebida, mas onde efetivamente nasceu e a nacionalidade de seus ascendentes.

## 6 MODOS DE AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE ORIGINÁRIA BRASILEIRA

A Constituição brasileira, em seu art. 12, I, estabelece, com exclusividade, quem são os brasileiros natos, ou seja, as pessoas que, ao nascerem, já possuem nacionalidade brasileira. Já nascem como brasileiros. São três formas de aquisição da nacionalidade originária.

**a) *Nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país.*** O primeiro critério para a aquisição da nacionalidade originária brasileira é o *jus soli*. Quem nasce em território brasileiro, em regra, é brasileiro, mesmo que de pais estrangeiros. Pouco importa se estes estão no País de forma definitiva ou transitória, legal ou ilegal. Filhos de imigrantes, turistas ou estrangeiros em situação irregular nascidos no Brasil são brasileiros natos. Existe uma única exceção: quando seus pais forem estrangeiros e um deles, ao menos, estiver a serviço de seu país, pois se presume que o vínculo afetivo dessa pessoa será com o país de origem de seus pais. Trata-se do caso de filhos de embaixadores, cônsules e outros funcionários da representação diplomática estrangeira. Contudo, não prevalece essa exceção se o estrangeiro não estiver a serviço do seu país de origem. Por exemplo, se nascer em território brasileiro o filho de um americano que esteja a serviço de outro país ou de um organismo internacional, a criança será considerada brasileira nata. Se o estrangeiro, mesmo em função oficial de seu país, possuir um cônjuge brasileiro, o filho, se nascido em território nacional, terá nacionalidade brasileira, pois a ressalva constitucional exige que ambos os pais possuam a nacionalidade de outro país.

**b) *Nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço do Brasil.*** O segundo critério

de aquisição da nacionalidade originária brasileira é o *jus sanguinis*, acrescido de estar um dos pais a serviço do Estado brasileiro. República Federativa do Brasil é a denominação de nosso Estado, abrangendo todas as esferas de poder: federal, estadual e municipal, inclusive órgãos da Administração indireta (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Se o brasileiro estiver no estrangeiro servindo a qualquer um desses órgãos públicos, a que título for, seu filho nascido fora do território nacional será considerado brasileiro nato, independente de qualquer outra providência.

- c) *Nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir em território brasileiro e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira* (art. 12, I, c). O terceiro critério para aquisição da nacionalidade originária brasileira é o *jus sanguinis*, acrescido de registro em repartição brasileira competente ou de residência em território nacional e de opção, após adquirida a maioridade, pela nacionalidade brasileira. A nova redação, dada pela Emenda Constitucional n. 54, suprimiu a lacuna decorrente da Emenda de Revisão n. 3, de 1994. O texto original da Constituição de 1988 exigia que a pessoa viesse a residir em território nacional antes da maioridade, sendo que a Constituição anterior era ainda mais restritiva, pois fixava um prazo de quatro anos, após a maioridade, para que a opção fosse feita, sob pena de perda do direito. O período em que foi suprimida a possibilidade de aquisição desse vínculo pelo registro em repartição diplomática competente para filhos de brasileiros que estivessem trabalhando no exterior por motivos de ordem particular gerou uma situação inusitada: um grande número de apátridas, pois, estes filhos de nacionais, enquanto permanecessem no exterior em país que adotasse o *jus sanguinis*, não eram brasileiros, nem possuíam a nacionalidade do país em que estavam. Foram necessários treze anos para que esse equívoco fosse corrigido pela Emenda Constitucional n. 54. Para os que nasceram neste período, essa mesma forma de aquisição da nacionalidade originária foi estendida pelo art. 95 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A *opção* tem sido entendida como uma declaração da vontade pela conservação da nacionalidade brasileira, pois em muitos casos não há verdadeira possibilidade de opção, uma outra alternativa a ser escolhida. Não existe prazo para a opção; pode ser feita a qualquer momento depois de adquirida a maioridade. Por decorrer de um ato de vontade, esta opção tem caráter personalíssimo, somente podendo ser manifestada pelo próprio

interessado depois de alcançada a capacidade plena, não podendo ser suprida, enquanto menor, por representação de seus pais. A legislação brasileira admite o registro de criança nascida no exterior em repartições consulares competentes (Lei n. 6.015/73, art. 32). A opção não é ato formador da nacionalidade, mas de sua definitividade. O momento gerador da nacionalidade é o do registro em repartição brasileira competente ou da fixação da residência em território nacional. Esta forma de aquisição é conhecida como *nacionalidade potestativa*, pois depende de um ato de vontade da pessoa em conservar a nacionalidade brasileira. Essa opção somente pode ser manifestada depois de alcançada a maioridade. Exige-se que o optante tenha capacidade plena para exteriorizar sua vontade, o que se adquire com a maioridade, não podendo ser suprida por representação. Atingida a maioridade, enquanto não manifestada a declaração de vontade, esta passa a constituir condição suspensiva da nacionalidade. É feita em processo de jurisdição voluntária, que se finda com sentença que homologa a manifestação de vontade e lhe determina a transcrição. Essa condição suspensiva só vigora a partir da maioridade. Concluído o procedimento os efeitos são retroativos, impedindo, por exemplo, a extradição de um brasileiro. Antes, desde que registrado em repartição brasileira competente ou residente no país, o menor é considerado brasileiro para todos os efeitos (*Informativo STF*, n. 382).

## **7 MODOS DE AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE SECUNDÁRIA BRASILEIRA**

O Brasil só prevê um único modo de aquisição da nacionalidade de forma secundária: a naturalização. A Constituição brasileira, em seu art. 12, II, estabelece quem são os brasileiros naturalizados.

*Naturalização.* É o ato pelo qual uma pessoa adquire a nacionalidade de outro país.

*Modos de expressão.* Existem dois modos de expressar a vontade de adquirir a nacionalidade de outro país: de forma tácita ou expressa.

**a) Naturalização tácita.** O silêncio é interpretado como uma manifestação da vontade de adquirir a nacionalidade brasileira.

A naturalização tácita foi admitida por duas Constituições brasileiras. A de 1824 atribuiu a nacionalidade brasileira a “Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brasil na época, em que se proclamou a Independência nas Províncias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residência” (art. 6º, IV). Em 1891, com a primeira Constituição republicana, ocorreu a denominada “grande naturalização”, em que foram considerados cidadãos brasileiros “Os estrangeiros que, achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis mezes depois de entrar em vigor a Constituição, o animo de conservar a nacionalidade de origem” (art. 69, § 4º).

- b) *Naturalização expressa.*** Depende de manifestação da vontade da pessoa interessada em adquirir a nacionalidade brasileira, que deve expressamente requerê-la.

*Espécies de naturalização previstas na Constituição brasileira.*

A Constituição prevê duas espécies de naturalização: ordinária e extraordinária.

- a) *Naturalização ordinária.*** Estabelecida no art. 12, II, *a*, é concedida aos estrangeiros que, na forma da lei, adquiriram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários dos países de língua portuguesa somente a residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral. O Estatuto dos Estrangeiros (Lei n. 6.815/80), em seu art. 112, estabelece quais são as condições necessárias para a concessão. Na naturalização ordinária, mesmo preenchidos os requisitos legais, a concessão da nacionalidade depende de ato discricionário do Chefe do Poder Executivo.

- b) *Naturalização extraordinária ou quinzenária.*** Fixada no art. 12, II, *b*, é concedida aos estrangeiros residentes no País há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que tenham adquirido a nacionalidade brasileira. A legislação ordinária não pode estabelecer outros requisitos para a concessão da naturalização extraordinária. O estrangeiro que reside no País há mais de quinze anos, sem nenhuma condenação, e manifestou expressamente a vontade de adquirir a nacionalidade brasileira já demonstrou ser merecedor desse direito. Nessa hipótese, trata-se de direito subjetivo do interessado, não sujeito ao poder discricionário do Chefe do Poder Executivo nacional. Entende o STF que o requerimento de naturalização possui caráter meramente declaratório, cujos efeitos retroagem à data da solicitação (*Informativo STF*, n. 394).

***Cônjuges e filhos do naturalizado.*** A naturalização é ato de natureza pessoal, não estendendo seus efeitos sobre o cônjuge e os filhos já nascidos. O requerimento de aquisição da nacionalidade

deverá ser dirigido ao Ministério da Justiça. A portaria formal de reconhecimento possui efeitos meramente declaratórios, devendo seus efeitos retroagir à data do requerimento do interessado (RE 264.848, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ*, 14 out. 2005).

## 8 DISTINÇÕES ENTRE BRASILEIROS NATOS E NATURALIZADOS

Somente a Constituição pode estabelecer distinções entre brasileiros natos e naturalizados (art. 12, § 3º), que são as a seguir mencionadas.

- a) Certos cargos são privativos de brasileiros natos: Presidente e Vice-Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, Ministro do Supremo Tribunal Federal, carreira diplomática, oficial das Forças Armadas e Ministro de Estado da Defesa (CF, art. 12, § 3º). Dada a relevância desses cargos, a Chefia do Estado brasileiro, bem como de eventuais substitutos no caso de impedimento ou vacância do cargo de Presidente da República (CF, art. 80), de defesa da pátria e de representação externa do Estado brasileiro, o constituinte entendeu por bem restringi-los somente para pessoas que já nasceram com a nacionalidade brasileira, que nunca tiveram vínculos com outros Estados.
- b) Não se admite a extradição de brasileiro nato em hipótese alguma; já o brasileiro naturalizado pode ser extraditado por crime cometido antes da aquisição da nacionalidade brasileira ou por comprovado envolvimento com tráfico de entorpecentes (CF, art. 5º, LI). Essa distinção entre brasileiros natos e naturalizados é inovação da atual Constituição.
- c) Somente brasileiros natos podem ser indicados para a composição do Conselho da República, como representantes dos cidadãos, nos termos do art. 89, VII, da Constituição Federal.
- d) A propriedade da empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos (CF, art. 222, *caput*).

Em relação aos brasileiros naturalizados, somente são admitidas as restrições expressamente previstas no texto constitucional. Qualquer outra discriminação estabelecida por leis e normas administrativas será considerada uma afronta à Constituição. Em reforço ao preceito constitucional, a Lei n. 6.192/74 considera

contravenção penal estabelecer distinções entre brasileiros natos e naturalizados.

## **9 QUASE NACIONALIDADE, TRATADO DE RECIPROCIDADE COM PORTUGAL OU ESTATUTO DE IGUALDADE ENTRE BRASILEIROS E PORTUGUESES**

A Constituição assegura aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, os mesmos direitos inerentes aos brasileiros, salvo os casos previstos na Constituição (art. 12, § 1º). A Constituição da República Portuguesa contém dispositivo semelhante. Trata-se de um tratamento diferenciado estabelecido em relação aos portugueses, que se justifica em razão dos vínculos históricos que ligam Brasil e Portugal. Aos portugueses com residência permanente no País que requererem a concessão desses direitos são assegurados todos os que um brasileiro pode usufruir em nosso Estado, como o acesso a cargos, empregos e funções públicas (art. 37, I), e o direito de votar e ser votado, com exceção dos cargos reservados para brasileiros natos (art. 12, § 3º), em razão de sua especial relevância. É um direito pessoal, que não se estende para o cônjuge e filhos. São tantos os direitos concedidos, que esse instituto é denominado *quase nacionalidade*. Como observa Jorge Miranda, não se estabelece um regime de dupla cidadania. O português conserva a sua nacionalidade de origem, não adquire a brasileira, mas tem assegurados todos os direitos garantidos ao brasileiro, salvo os casos previstos na Constituição. Esse regime de igualdade está subordinado a uma exigência constitucional: a existência de reciprocidade em favor de brasileiros que residam de forma permanente em Portugal. A Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses firmada em 1971 foi substituída pelo Decreto n. 3.297/2001, que promulgou o “Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa”. O Estatuto da Igualdade contempla dois procedimentos básicos para a aquisição da igualdade de direitos e obrigações civis e para a aquisição do gozo de direitos políticos. Reconhecida a igualdade plena, poderá votar e ser votado, bem como admitido no serviço público, salvo para cargos privativos de brasileiros natos. O titular do Estatuto passa a ter os mesmos direitos e deveres do nacional, entre eles o da obrigatoriedade do voto. O gozo de direitos

políticos no Estado de residência importa na suspensão do exercício dos mesmos direitos no Estado da nacionalidade. A situação do português admitido no Estatuto da Igualdade não é idêntica à do brasileiro naturalizado, pois não poderá prestar o serviço militar, estará submetido à expulsão e à extradição e a proteção diplomática no exterior deverá ser prestada por Portugal.

## 10 PERDA DA NACIONALIDADE

A Constituição, além de prever modos de aquisição, estabelece formas de perda da nacionalidade, que podem ocorrer de maneira necessária ou voluntária. Vejamos essas duas formas de perda da nacionalidade brasileira.

- a) Cancelamento da naturalização por atividade nociva ao interesse nacional, em razão de sentença judicial transitada em julgado. Exemplo: traição à pátria, demonstrando o naturalizado vínculos nacionais mais fortes com o país de origem. Essa forma de perda de nacionalidade não se aplica ao brasileiro nato. Exige um processo judicial, em que seja assegurado o direito de ampla defesa. A ação deve ser proposta pelo Ministério Público Federal. Trata-se de hipótese de perda necessária da nacionalidade brasileira.
- b) Aquisição voluntária de outra nacionalidade. Neste caso, a perda da nacionalidade poderá atingir tanto o brasileiro nato, como o naturalizado. A pessoa que adquire voluntariamente a nacionalidade de outro país evidencia, em regra, a falta de consistência de seu vínculo com o Brasil, seu desapareço com o Estado brasileiro ou sua absoluta indiferença com a condição de brasileiro. Se a aquisição de outra nacionalidade não decorre de um ato de manifestação de vontade, como no caso de matrimônio com um estrangeiro, não há perda da nacionalidade brasileira. A perda da nacionalidade resulta de um processo administrativo, em que se assegura o direito de ampla defesa. A decisão, nesse caso, compete ao Presidente da República, conforme estabelece o art. 23 da Lei n. 818/49. Trata-se de caso de perda voluntária da nacionalidade brasileira.

A Emenda Constitucional de Revisão n. 3, de 1994, criou duas exceções à hipótese de perda da condição de brasileiro pela aquisição de outra nacionalidade: **a)** reconhecimento de outra nacionalidade originária pela lei estrangeira; **b)** imposição da naturalização pelo Estado estrangeiro para o brasileiro residente em

outro país como condição de permanência ou para o exercício de direitos civis. A primeira contempla os brasileiros portadores de mais de uma nacionalidade originária. O brasileiro, nesse caso, não manifesta o interesse de adquirir a nacionalidade de outro país, mas simplesmente o reconhecimento de um direito que possuía desde o seu nascimento. É o caso dos descendentes de países que adotam o *jus sanguinis* nascidos no Brasil. A segunda hipótese é o rompimento de uma tradição brasileira. O Brasil, durante anos, recebeu longas correntes de imigrantes. Com a crise econômica dos anos 80/90, brasileiros passaram a imigrar para outros países desenvolvidos buscando melhores condições de vida. Quando esses cidadãos forem obrigados pelas circunstâncias do Estado estrangeiro a adquirir a nacionalidade do país em que se encontram como forma de permanência ou para o exercício de direitos civis (p. ex., acesso a empregos e direitos sociais para ele e sua família), não perdem a nacionalidade brasileira, pois não evidenciaram de forma livre a preferência por outra pátria.

Uma hipótese tradicional de perda da nacionalidade brasileira não foi contemplada pela atual Constituição: a aceitação de emprego ou pensão de governo estrangeiro sem autorização do Presidente da República. A perda da nacionalidade obviamente importa na perda da cidadania.

## **11 FORMAS DE REAQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA**

Se a Constituição estabelece duas hipóteses de perda da nacionalidade brasileira, a legislação ordinária admite duas formas de sua re aquisição, disciplinadas na Lei n. 818/49, que regula a aquisição, perda e re aquisição da nacionalidade e a perda dos direitos políticos. Para cada hipótese de perda existe uma de re aquisição.

- a) O brasileiro naturalizado que perder a nacionalidade brasileira, por sentença transitada em julgado, em razão de atividade nociva ao interesse nacional poderá readquiri-la mediante ação rescisória que desconstitua os efeitos da decisão judicial anterior.
- b) O brasileiro, nato ou naturalizado, que perdeu a nacionalidade brasileira por ter adquirido a de outro país poderá recuperá-la por decreto presidencial. Existe controvérsia sobre a condição que readquire. Para alguns, como José Afonso da Silva e Haroldo Valladão, se era brasileiro nato e readquire a

nacionalidade brasileira, retorna nas mesmas condições, como brasileiro nato. Para outros, como Celso de Mello, Pinto Ferreira, Pontes de Miranda e Francisco Rezek, readquire como naturalizado, pois passou para a condição de estrangeiro. Há precedente do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o brasileiro readquire a nacionalidade nas mesmas condições que possuía anteriormente, não tendo sido deferido pedido de extradição formulado por Estado estrangeiro de brasileiro nato que readquirira a nacionalidade brasileira e cometera crime no exterior.

## **12 LÍNGUA PORTUGUESA E SÍMBOLOS NACIONAIS**

A língua portuguesa é o idioma oficial do País, porém se asseguram às comunidades indígenas o direito de utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem (arts. 13 e 210, § 2º). A bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais são considerados pela Constituição como símbolos da República Federativa do Brasil (art. 13, § 1º).

## CIDADANIA E DIREITOS POLÍTICOS

### 1 CIDADANIA, NACIONALIDADE E NATURALIDADE

Cidadania, nacionalidade e naturalidade são conceitos distintos. Nacionalidade é um vínculo jurídico entre o indivíduo e o Estado, pelo qual o indivíduo se torna parte integrante do povo de determinado Estado. Cidadania é um vínculo político, próprio do nacional no exercício de seus direitos políticos, que lhe confere o direito de participar da formação da vontade política do Estado. A nacionalidade é um pressuposto da cidadania. Para ser cidadão é indispensável que o indivíduo ostente a qualidade de nacional. Já a naturalidade é um simples vínculo territorial, indicando o local de nascimento.

### 2 CONCEPÇÕES DE CIDADANIA

Existem duas concepções de cidadania.

- a) *Cidadania em sentido estrito*. De acordo com a terminologia tradicional, adotada pela legislação infraconstitucional e pela quase unanimidade dos autores de direito constitucional, é o direito de participar da vida política do País, da formação da vontade nacional, abrangendo os direitos de votar e ser votado. É uma qualidade própria do cidadão, que é justamente o nacional no gozo de direitos políticos.
- b) *Cidadania em sentido amplo*. Tem um alcance maior. Esta segunda acepção vem consagrando-se no uso popular e na utilização política do termo, significando o efetivo gozo dos direitos previstos na Constituição. Adotado esse sentido mais abrangente, os nacionais identificam-se como os cidadãos de um Estado. Dalmo Dallari define povo como “o conjunto de cidadãos do Estado”, “todos que se integram no Estado, através da vinculação jurídica permanente”. Para o exercício de direitos políticos, contudo, exige-se a cidadania ativa, devendo o nacional

possuir o direito de votar.

### 3 ESPÉCIES DE CIDADANIA

Existem duas espécies de cidadania: ativa e passiva. A primeira é o direito de votar, enquanto a segunda, o de ser votado.

### 4 AQUISIÇÃO DA CIDADANIA

Adquire-se a cidadania pelo alistamento eleitoral, que é o procedimento administrativo perante a Justiça Eleitoral pelo qual se verifica se o indivíduo preenche os requisitos exigidos para se inscrever como eleitor.

*Alistamento na Justiça Eleitoral.* Estabelece a Constituição, em seu art. 14, que o alistamento e o voto são obrigatórios para maiores de dezoito anos e facultativos para: **a)** analfabetos; **b)** maiores de setenta anos; e **c)** jovens entre dezesseis e dezoito anos de idade. A extensão do direito de voto a estes últimos foi uma das inovações da atual Constituição. Esses jovens possuem somente cidadania ativa, pois não têm ainda a idade mínima exigida para concorrer a qualquer cargo eletivo. É natural que um jovem que não possa responder penalmente por abusos cometidos na condução da coisa pública (CF, art. 228) fique impossibilitado de assumir, pelo voto, qualquer cargo público. Estabelece o art. 14, § 2º, que não são alistáveis: **a)** os estrangeiros; e **b)** durante o período de serviço militar obrigatório, os conscritos. É evidente que os estrangeiros não podem inscrever-se na Justiça Eleitoral, pois não possuem a nacionalidade brasileira, pressuposto da cidadania. A única exceção que se abre é para os portugueses a quem, em razão do tratado de reciprocidade, forem reconhecidos direitos políticos. Os conscritos são as pessoas convocadas para o serviço militar obrigatório, que ficam impedidas de se alistar eleitoralmente durante esse período por motivos de hierarquia e disciplina militar.

*Título de eleitor.* O documento que comprova a qualidade de cidadão é o título de eleitor. Essa é a razão pela qual a Lei da Ação Popular estabelece que “a prova da cidadania, para ingresso em

juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda” (Lei n. 4.717/65, art. 1º, § 3º).

## 5 DIREITOS POLÍTICOS

São os direitos de participar da vida política do País, da formação da vontade nacional, incluindo os de votar e ser votado. Os direitos políticos consistem no exercício da soberania popular das mais diversas formas. Como observa José Afonso da Silva, abrange diversos outros direitos além do de votar e ser votado, como o da iniciativa popular no processo legislativo, o de propor ação popular e o de organizar e participar de partidos políticos.

## 6 MODALIDADES DE DIREITOS POLÍTICOS

Duas classificações de direitos políticos merecem destaque. A primeira divide-os em *positivos* e *negativos*. A segunda distingue entre *direitos políticos ativos* ou *cidadania ativa* ou *capacidade eleitoral ativa*, que é o direito de votar, e *direitos políticos passivos* ou *cidadania passiva* ou *capacidade eleitoral passiva*, que significa o direito de ser votado (normas sobre elegibilidade).

## 7 DIREITOS POLÍTICOS POSITIVOS

Normas que possibilitam ao cidadão a participação na vida pública, incluindo os direitos de votar e ser votado.

### 7.1. SOBERANIA POPULAR

Soberania popular é o aspecto fundamental do regime democrático adotado pelo Estado brasileiro. Como estabelece o art. 1º, parágrafo único, da Constituição: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. Em uma sociedade democrática, a autoridade do povo deve sempre prevalecer, pois a democracia, na clássica definição, é “o regime do povo, pelo povo e para o povo”.

## 7.2. SUFRÁGIO, VOTO E ESCRUTÍNIO

*Sufrágio* é o direito de eleger (ativo) e ser eleito (passivo), bem como de participar da formação da vontade política do Estado. *Voto* é o exercício do direito de sufrágio. Já o *escrutínio* é o modo de exercício desse direito, abrangendo desde a votação até a apuração.

## 7.3. ESPÉCIES DE SUFRÁGIO

O sufrágio pode ser universal ou restrito. No *universal*, o direito de voto é atribuído a todos os nacionais de um país, sem restrições derivadas de condições de nascimento, fortuna ou capacidade especial da pessoa. É a aplicação do princípio norte-americano *one man, one vote*. No *sufrágio restrito*, o direito de voto é atribuído somente às pessoas que preenchem determinadas condições especiais. Pode ser  *censitário*, isto é, condicionado à capacidade econômica do indivíduo, sistema que prevalecia na Constituição do Império, e *capacitário*, ou seja, o direito de voto depende de especiais condições do indivíduo, como a sua capacidade intelectual. A exclusão dos analfabetos é um exemplo de restrição de caráter capacitário ao direito de sufrágio.

## 7.4. VOTO DIRETO, SECRETO, IGUAL, UNIVERSAL E PERIÓDICO

A Constituição, em seu art. 14, *caput*, estabelece que o voto é: **a)** direto; **b)** secreto; e **c)** igual. No art. 60, § 4º, II, inclui entre cláusula pétrea as seguintes características do voto: **a)** direto; **b)** secreto; **c)** universal; e **d)** periódico.

*Voto direto*. Os representantes do povo devem ser escolhidos pelos eleitores sem intermediários. A Constituição não admite Colégios Eleitorais, com a escolha de delegados de eleitores.

Entende-se que, no Brasil, a eleição indireta favoreceria a manipulação e a corrupção. O regime militar, logo após a Revolução de 64, implantou a eleição indireta para a escolha do Presidente da República, visando evitar uma possível derrota nas urnas. Nos Estados Unidos da América, um país democrático, o Presidente da República é eleito por um sufrágio indireto, composto de delegados escolhidos pelos partidos políticos.

*Exceção.* A Constituição Federal, contudo, estabelece, de forma excepcional, a possibilidade de eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República pelo Congresso Nacional, no caso de ocorrer a vacância desses dois cargos nos dois últimos anos de mandato (CF, art. 81, § 1º).

*Voto secreto.* O eleitor não é obrigado a revelar em quem votou. A finalidade é garantir sua liberdade de escolha, para que possa votar sem temer represálias. Existem diversos mecanismos legais para assegurar o sigilo do voto: a cédula não é assinada, o eleitor assina apenas a lista de presença, a cédula é preenchida em cabine indevassável, utilizam-se cédulas oficiais e é o próprio eleitor quem introduz pessoalmente o voto na urna ou faz sua escolha no painel da urna eletrônica. Conforme informa Pinto Ferreira, o voto secreto é também denominado “australiano”, por ter sido empregado pela primeira vez na Austrália, em 1856.

*Voto igual.* Todos os votos possuem o mesmo valor. Não existem votos com pesos maiores, e cada eleitor possui um único. Nossa Constituição não admite a adoção de votos com pesos desiguais, como o plural, múltiplo ou familiar. Trata-se de aplicação do princípio consagrado pela Suprema Corte Americana: *one man, one vote*.

*Voto universal.* O direito de sufrágio foi atribuído a todos os cidadãos, não se admitindo restrições derivadas de condições de nascimento, fortuna ou capacidade especial da pessoa.

*Voto periódico.* O direito de voto deve ser exercido em períodos espaçados determinados. A periodicidade de todos os mandatos é característica própria dos regimes republicanos democráticos.

*Voto obrigatório e facultativo.* O alistamento e o voto são obrigatórios, compulsórios, para todos os brasileiros maiores de dezoito anos de idade. São facultativos para: **a)** analfabetos; **b)** maiores de setenta anos; e **c)** maiores de dezesseis e menores de dezoito anos de idade.

## 7.5. DEMOCRACIA SEMIDIRETA

O Brasil adota o regime político da democracia semidireta, em que o povo exerce o poder por meio de representantes eleitos ou diretamente (CF, art. 1º, parágrafo único). Adota-se a democracia representativa, com instrumentos de participação direta do povo nas decisões políticas fundamentais do Estado brasileiro. A Constituição Federal, ao tratar dos direitos políticos, estabelece quais são os instrumentos de participação direta do povo, instrumentos esses regulamentados pela Lei n. 9.709/98: “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” (CF, art. 14).

## 7.6. PLEBISCITO

Instrumento de consulta prévia ao povo, antes da aprovação de um ato legislativo ou administrativo sobre matéria de acentuada relevância constitucional, legislativa ou administrativa, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido. Trata-se de palavra de origem romana, pois a plebe era convocada para decidir determinada questão. A realização de consulta popular sobre assuntos de extrema relevância é importante, mas deve ser evitada a sua utilização como instrumento bonapartista, de permanência ou não no poder de determinado governante. A Constituição expressamente exige a convocação de plebiscito da população diretamente interessada para incorporação, subdivisão e desmembramento de novos Estados (art. 18, § 3º), bem como para a criação, incorporação, fusão e desmembramento de novos Municípios (art. 18, § 4º).

O Supremo Tribunal Federal entendeu, em hipóteses de realização de plebiscito, para incorporação, subdivisão e desmembramento de Estados e Municípios, ser imprescindível a consulta de toda a população afetada pela modificação territorial, e não somente da área destacada, o que, no caso de desmembramento, envolve tanto a população do território a ser desmembrado, quanto a do remanescente (ADI 2.650/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, *Informativo STF*, n. 637).

## 7.7. REFERENDO

Instrumento de consulta *a posteriori* ao povo, após a aprovação de um ato legislativo ou administrativo sobre matéria de acentuada relevância constitucional, legislativa ou administrativa,

cumprindo ao povo, pelo voto, ratificar ou rejeitar a medida aprovada. Tanto o plebiscito como o referendo são formas de consulta à população, mas aquele é convocado antes da aprovação da medida, enquanto este realiza-se após sua aprovação. A vantagem do referendo sobre o plebiscito é de se conhecer a extensão da medida aprovada. No plebiscito aprova-se uma ideia que será posteriormente regulamentada pelo Congresso Nacional, sem que se tenha prévio conhecimento de todos seus desdobramentos. Para alguns autores, trata-se de “cheque em branco”, sem que o povo tenha poder de decisão sobre o que venha a ser finalmente aprovado pelo Congresso Nacional.

A Lei n. 10.826/2003, que dispõe sobre armas de fogo, em seu art. 35, § 1º, dentro de um modelo de democracia participativa, estabeleceu para outubro de 2005 o primeiro referendo popular em nosso País, em que o povo brasileiro votou majoritariamente contra a proibição da comercialização de armas de fogo em todo o território nacional, salvo para as Forças Armadas e os órgãos incumbidos da segurança pública.

## **7.8. PROCEDIMENTO PARA CONVOCAÇÃO DE PLEBISCITOS E REFERENDOS**

O procedimento para realização de plebiscito e referendo está disciplinado na Lei n. 9.709/98. São convocados por decreto legislativo, devendo a proposta possuir, no mínimo, 1/3 dos membros de qualquer uma das Casas do Congresso Nacional (art. 3º). A consulta popular será realizada pela Justiça Eleitoral, sendo aprovada ou rejeitada por maioria simples. Convocado o plebiscito, susta-se a tramitação do projeto legislativo ou da medida administrativa cuja matéria constitua objeto da consulta popular.

## **7.9. INICIATIVA POPULAR**

Entende-se por iniciativa popular a atribuição da competência legislativa para dar início ao projeto de lei a uma parcela significativa do eleitorado. Na esfera federal, a “iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei 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” (CF, art. 61, § 2º). Os projetos devem circunscrever-se a um só assunto e não podem ser rejeitados por vício de forma, devendo o próprio Legislativo suprir eventuais impropriedades de técnica legislativa ou

de redação.

Na esfera municipal, admite-se a “iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado” (CF, art. 29, XIII).

As Constituições Estaduais, dado o princípio do paralelismo estabelecido pela Carta Federal, deverão conter dispositivos semelhantes que contemplem a possibilidade de uma parcela significativa do eleitorado apresentar projetos de lei.

## 7.10. ELEGIBILIDADE OU CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA OU CIDADANIA PASSIVA

Trata-se do direito de ser votado, do preenchimento dos requisitos exigidos pela lei para que alguém possa eleger-se. Nem todo eleitor é elegível, apenas um conjunto mais restrito de cidadãos. A Constituição, em seu art. 14, § 3º, estabelece requisitos mínimos. Vejamos.

I — *Nacionalidade brasileira*. Somente os nacionais podem alistar-se como cidadãos. A nacionalidade é um pressuposto da cidadania. Estrangeiros não possuem direitos políticos no Brasil, com exceção dos portugueses com residência permanente, em razão da reciprocidade firmada entre Brasil e Portugal (CF, art. 12, § 1º).

II — *Pleno exercício dos direitos políticos*. Não basta a nacionalidade para o exercício da cidadania passiva. Para o cidadão estar no pleno gozo dos direitos políticos é necessário que não tenha incorrido em nenhuma causa de perda ou suspensão desses direitos.

III — *Alistamento eleitoral*. Cidadão é o nacional no gozo de direitos políticos. A forma de aquisição da cidadania é o ato de inscrição na Justiça Eleitoral. O título de eleitor é o documento comprobatório da qualidade de cidadão.

IV — *Domicílio eleitoral na circunscrição*. O candidato a um cargo eletivo deve possuir vínculos efetivos com as pessoas que possuem o direito de votar. Por essa razão, exige-se que tenha domicílio eleitoral na circunscrição pela qual se pretende eleger. Considera-se como domicílio eleitoral o local onde se encontra registrado o título de eleitor. Com essa exigência constitucional, não se admite a postulação de vagas em diversas circunscrições. A Lei n. 9.504/97, em seu art. 9º, exige que o candidato possua domicílio eleitoral na respectiva circunscrição há pelo menos um ano antes do pleito. Uma pessoa pode possuir diversos domicílios civis, mas o eleitoral é um só, o da circunscrição onde se encontra seu título de eleitor. Odir e Roberto Porto entendem que “a legislação eleitoral

não faz coincidir o domicílio eleitoral com o domicílio civil, permitindo a existência de domicílio eleitoral distinto daquele previsto na legislação civil”, e observam que a Justiça Eleitoral já autorizou a inscrição de candidatos em “locais onde se passam as férias, feriados ou finais de semana”. É indispensável, porém, a demonstração de vínculo afetivo, profissional, patrimonial ou comunitário do eleitor com o Município em que se pretende candidatar.

V — *Filiação partidária*. A cidadania passiva no Brasil pressupõe que o indivíduo faça parte de algum partido político. Não se admitem candidaturas avulsas, independentes ou extrapartidárias. É uma forma de prestigiar os partidos políticos. Para concorrer a qualquer cargo eletivo, o pretendente deve estar, ao menos em tese, vinculado aos objetivos da agremiação política da qual faça parte. As Leis n. 9.096/95 e 9.504/97, que dispõem, respectivamente, sobre os partidos políticos e a realização de eleições, em seus arts. 18 e 9º, exigem que o eleitor esteja filiado ao partido há pelo menos um ano antes da data fixada para as eleições. A dupla filiação partidária configura crime previsto no Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65, art. 320).

VI — *Idade mínima*. A Constituição estabelece idades mínimas para que alguém possa concorrer a cargos eletivos. Parte da suposição de que, com o passar dos anos, em razão das experiências de cada um, as pessoas possuem maior maturidade para o exercício de determinados cargos. A Constituição Federal estabelece as seguintes idades mínimas:

- a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;
- b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;
- c) vinte e um anos para Deputado Federal, Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito ou juiz de paz; e
- d) dezoito anos para Vereador.

VII — *Não incorrer em nenhuma inelegibilidade específica*. A Constituição e a legislação complementar apontam diversas inelegibilidades, que serão examinadas em seguida.

- a) Analfabetos. A Constituição só reconhece a cidadania ativa para os analfabetos, assegurando-lhes somente o direito de votar. Parte do pressuposto de que as pessoas que não sabem ler ou escrever não possuem condições de representar outras pessoas e participar de forma positiva para o aprimoramento das Instituições. Ficam, portanto, impedidas de concorrer a cargos eletivos.
- b) Menores de dezoito anos de idade. Dos dezesseis aos dezoito, o jovem pode inscrever-se na Justiça Eleitoral, adquirindo

cidadania ativa, enquanto à passiva só terá direito quando completar dezoito anos de idade, quando poderá concorrer ao cargo de Vereador.

- c) Inelegibilidades previstas nos §§ 6º, 7º e 9º do art. 14 da Constituição Federal, que serão examinadas quando tratarmos dos direitos políticos negativos. O direito eleitoral e as normas sobre nacionalidade, cidadania e naturalização são de competência legislativa privativa da União (CF, art. 22, I e XIII). Os Estados e Municípios não podem impor outras restrições além das previstas na Constituição e nas leis nacionais.

## 8 DIREITOS POLÍTICOS NEGATIVOS

Direitos políticos negativos são normas que impedem a participação do cidadão no processo político e nos órgãos governamentais, abrangendo a perda e suspensão de direitos políticos, bem como as inelegibilidades.

### 8.1. CASSAÇÃO, PERDA E SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS

A Constituição veda expressamente a *cassação* de direitos políticos, ou seja, a perda destes por ato arbitrário do governo. A utilização da perda dos direitos políticos como um instrumento de proscrição dos inimigos políticos foi prática comum adotada por regimes autoritários. A Constituição admite somente a perda e suspensão de direitos políticos nas hipóteses excepcionalmente previstas no texto constitucional.

*Perda* é a privação definitiva de direitos políticos.

*Suspensão* é a privação temporária de direitos políticos.

As hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos são as expressamente previstas no art. 15 da Constituição Federal. Como observa José Afonso da Silva, esta não esclarece quais as hipóteses de perda e quais as de suspensão de direitos políticos. Essa distinção é feita pela doutrina e pela jurisprudência.

### 8.2. PERDA DE DIREITOS POLÍTICOS

A Constituição, em seu art. 15, contempla duas hipóteses de perda (privação definitiva) de direitos políticos.

- a) Cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado. Se a nacionalidade é pressuposto da cidadania, a perda da condição de nacional importa na decorrente perda dos direitos políticos. Contudo, isso depende de decisão judicial transitada em julgado.
- b) Recusa de cumprir obrigação a todos imposta, bem como da prestação alternativa. O nacional que se recusa a cumprir os seus deveres com a pátria, não aceitando obrigação a todos imposta, nem a prestação alternativa facultada, não se mostra merecedor da cidadania brasileira. Mantém a condição de nacional, mas perde os direitos de votar e ser votado.

Existe uma terceira hipótese de perda de direitos políticos, embora não expressamente mencionada no art. 15 da Constituição brasileira. O brasileiro que, por naturalização voluntária, adquire a nacionalidade de outro país perde a nacionalidade brasileira (CF, art. 12, § 4º, II) e, por consequência, também a cidadania brasileira. José Afonso da Silva sustenta que a perda em qualquer caso deverá ser decretada pelo Poder Judiciário, pois a Constituição anterior atribuía essa competência expressamente ao Presidente da República, e a atual é omissa. Alexandre de Moraes entende que, ante a omissão constitucional, essa questão pode ser suprida pela legislação infraconstitucional.

### 8.3. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS

A Constituição, em seu art. 15, contempla três hipóteses de suspensão (privação temporária) de direitos políticos.

- a) Incapacidade civil absoluta. A pessoa que não se encontra em condições de exercer os atos da vida civil também fica impedida de exercer direitos políticos. São considerados absolutamente incapazes, pelo Código Civil, os menores de dezesseis anos de idade e os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. Essas pessoas também estão impossibilitadas de exercer direitos políticos enquanto perdurarem as razões de privação da capacidade civil.
- b) Condenação criminal transitada em julgado. As pessoas que violam as leis penais ficam privadas de seus direitos políticos enquanto durarem os efeitos da condenação. A suspensão dos direitos políticos pressupõe a existência de uma condenação definitiva, de uma sentença da qual não caiba mais nenhum recurso. A simples existência de processos em andamento,

mesmo com decisões condenatórias, não importa em suspensão de direitos políticos. Para a caracterização do termo final da suspensão destes há necessidade do cumprimento integral da pena imposta, seja em regime fechado, livramento condicional ou até mesmo em *sursis*. Hoje, após a reforma da parte geral do Código Penal em 1984, não há mais dúvida do caráter sancionatório da suspensão condicional da pena (*sursis*). Enquanto perdurar o período de prova, o indivíduo fica privado de seus direitos políticos. Tratando-se de pena pecuniária, o pagamento importa na extinção da punibilidade, readquirindo a pessoa o pleno exercício de seus direitos políticos.

- c) Prática de atos de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal. A Lei n. 8.429/92 dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de prática de atos de improbidade administrativa. Entre as sanções previstas encontra-se a suspensão de direitos políticos, variando de três a dez anos conforme a infração cometida.

#### 8.4. PERDA E SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS DE PARLAMENTAR

A perda ou suspensão dos direitos políticos importa, em regra, além da privação dos direitos de votar e ser votado, na perda do mandato legislativo. Contudo, tratando-se de Deputados e Senadores, a declaração da perda ou suspensão não importa na imediata perda desse mandato. A Constituição estabelece que, em se tratando de Deputado Federal ou Senador, na hipótese de perda ou suspensão dos direitos políticos, a declaração da perda do mandato legislativo deverá ser feita pela Mesa da Casa respectiva, mediante provocação de qualquer de seus membros ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa (CF, art. 55, IV e § 3º). Tratando-se de condenação criminal transitada em julgado, a perda do mandato será decidida pela Casa legislativa respectiva, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa (CF, art. 55, VI e § 2º).

#### 8.5. REAQUISIÇÃO DE DIREITOS POLÍTICOS

Assim como existem duas hipóteses de perda de direitos políticos, há duas formas de re aquisição deles. Essas hipóteses não estão previstas na Constituição, mas decorrem da legislação

ordinária.

- a) Tratando-se de perda de direitos políticos decorrente de cancelamento de naturalização em virtude de atividade nociva ao interesse nacional reconhecida em sentença judicial transitada em julgado, somente se pode readquirir a nacionalidade brasileira mediante ação rescisória que desconstitua a decisão anterior.
- b) Tratando-se de perda de direitos políticos decorrente de recusa de cumprir obrigação a todos imposta, o indivíduo somente pode readquirir os direitos políticos se cumprir a obrigação ou, em caso de serviço militar obrigatório, a prestação do serviço alternativo. A Lei n. 818/49 estabelece que a perda e a re aquisição serão declaradas por decreto do Presidente da República, referendado pelo Ministro da Justiça. Nas hipóteses de suspensão de direitos políticos, uma vez superada sua causa, o indivíduo readquire-os, seja pela cessação da interdição, seja pelo cumprimento da pena ou da sanção imposta pela prática de ato de improbidade administrativa.

## 8.6. INELEGIBILIDADES

Inelegibilidades são os impedimentos à capacidade eleitoral passiva, ao direito de ser votado. Não se confundem com a inalistabilidade, que é o impedimento à capacidade eleitoral ativa, ao direito de votar. Observa-se que a suspensão de direitos políticos, por abranger a privação da cidadania ativa e passiva, é medida de maior alcance que a mera inelegibilidade.

## 8.7. FUNDAMENTOS

A Constituição aponta diversos fundamentos para a previsão de impedimentos à capacidade eleitoral passiva. A proteção: **a)** da probidade administrativa; **b)** da moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato; **c)** da normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na Administração direta ou indireta. Alguns impedimentos, dada a relevância, encontram-se na própria Constituição. Contudo, o próprio texto constitucional admite que outros impedimentos sejam estabelecidos por lei complementar. As hipóteses infraconstitucionais de inelegibilidades acham-se previstas na Lei Complementar n. 64, alterada pela Lei Complementar n. 81.

## 8.8. INELEGIBILIDADES ABSOLUTAS

Inelegibilidades absolutas são os impedimentos a qualquer cargo eletivo. O indivíduo fica impedido de participar, como candidato, em qualquer eleição. As inelegibilidades absolutas estão previstas no art. 14, § 4º, da Constituição.

- a) Os inalistáveis, as pessoas que não podem inscrever-se na Justiça Eleitoral. Quem não tem capacidade eleitoral ativa também não possui capacidade eleitoral passiva. De acordo com o § 2º do mesmo dispositivo legal, são inalistáveis os estrangeiros e os conscritos, ou seja, os convocados durante o período de serviço militar obrigatório.
- b) Os analfabetos, as pessoas que não sabem ler e escrever. A Constituição estendeu-lhes somente o direito de votar e não o direito de ser votado. E entendeu que o conhecimento da leitura e da escrita é indispensável para o exercício da função de representação política.
- c) Jovens entre dezesseis e dezoito anos de idade são absolutamente inelegíveis, pois, embora possam votar, não possuem a idade mínima para concorrer a qualquer cargo eletivo. A Lei Complementar n. 64/90 estabelece outras hipóteses de inelegibilidades absolutas.

## 8.9. INELEGIBILIDADES RELATIVAS

Inelegibilidades relativas são os impedimentos a certos cargos eletivos, em razão de situações específicas. O indivíduo fica impedido de participar, como candidato, em determinadas eleições, quer por motivos funcionais, de casamento, parentesco ou afinidade, quer por tratar-se o candidato de militar, quer ainda por influência de poder econômico ou abuso de poder político. Elas estão previstas no art. 14, §§ 5º a 9º, da Constituição e na Lei Complementar n. 64/90.

### 8.9.1. INELEGIBILIDADE POR MOTIVO FUNCIONAL E A POSSIBILIDADE DE REELEIÇÃO PARA A CHEFIA DO PODER EXECUTIVO

O Presidente da República, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal e os Prefeitos, para concorrerem a outros cargos, devem renunciar ao mandato até seis meses antes do pleito (CF, art. 14, § 6º). A finalidade do afastamento é evitar a utilização da

máquina administrativa durante o processo eleitoral. Todos os candidatos a um cargo eletivo, em tese, devem concorrer em igualdade de condições. Essa inelegibilidade funcional, contudo, só prevalece para a eleição para outros cargos. Fugindo da tradição republicana brasileira, a Emenda Constitucional n. 16, de 1997, admitiu a reeleição para o mesmo cargo de Chefia do Poder Executivo, quer federal, estadual ou municipal. Para tentar a reeleição não há necessidade de afastamento, pois foi modificado somente o § 5º do art. 14 da Constituição Federal, que vedava a reeleição para cargos de Chefia de Poder Executivo. Admitida a possibilidade de se reeleger, prevaleceu o princípio da necessidade da continuidade da gestão político-administrativa do Estado. Nada obsta que uma pessoa, no Brasil, possa eleger-se Presidente da República, Governador do Estado ou Prefeito Municipal por diversas vezes, desde que respeitada a recondução para um único período subsequente. Nos Estados Unidos da América não se admite a reeleição de uma pessoa por mais de duas vezes para o cargo de Presidente da República, em mandatos sucessivos ou não.

### **8.9.2. INELEGIBILIDADE POR MOTIVO DE CASAMENTO, PARENTESCO OU AFINIDADE**

Estabelece o art. 14, § 7º, que “são inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos 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”. Trata-se da denominada inelegibilidade reflexa. Visa evitar a utilização da máquina administrativa do Estado para eleição de cônjuge, parentes ou afins em graus extremamente próximos, bem como a formação de verdadeiras oligarquias familiares na área política. Essa inelegibilidade prevalece somente para as pessoas expressamente mencionadas no texto da Constituição e nos limites da circunscrição em que a pessoa foi eleita. Em se tratando de cônjuge, parente consanguíneo ou afim do Presidente da República, o impedimento é válido em todas as eleições no território nacional. Caso a relação de parentesco ou afinidade seja com o Governador do Estado, o impedimento é válido em todas as realizadas no território estadual. Se esse mesmo relacionamento for com o Prefeito, o impedimento será válido somente para as eleições municipais.

Dessa forma, como já respondeu afirmativamente o Tribunal Superior Eleitoral em consulta formulada, o cônjuge, os parentes

consanguíneos e os afins de um Prefeito podem concorrer a Governador ou outros cargos que se processam em território de circunscrição estadual (STF, ADIn 1.254, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 19 set. 1997, p. 45530).

Essa inelegibilidade só valerá para o Vice-Presidente, Vice-Governador ou Vice-Prefeito caso eles tenham assumido a Chefia do respectivo Poder Executivo nos seis meses anteriores ao pleito.

Para impedir que separações fraudulentas frustrassem a aplicação do dispositivo constitucional, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o vínculo de parentesco, para fins de inelegibilidade, persiste até o término do mandato. Com este fundamento editou a Súmula Vinculante n. 18: “A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do art. 14 da Constituição Federal”.

### **8.9.3. INELEGIBILIDADE PARA EVITAR A INFLUÊNCIA DO PODER ECONÔMICO OU O ABUSO DO EXERCÍCIO DE CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO DIRETA OU INDIRETA**

A própria Constituição, em seu art. 14, § 9º, defere à legislação complementar a previsão de outras hipóteses, tendo como objetivo assegurar a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou abuso do exercício, cargo ou emprego na Administração direta ou indireta. Esse dispositivo é regulamentado pela Lei Complementar n. 64/90, que, de forma minuciosa, estabelece diversas hipóteses de impedimentos à capacidade eleitoral passiva.

### **8.9.4. MILITARES**

Os militares, em regra, possuem capacidade eleitoral ativa, com exceção dos conscritos, que estão impedidos de se inscrever na Justiça Eleitoral. Conscritos são os convocados para prestar serviço militar obrigatório. De acordo com o art. 14, § 8º, todo “militar alistável é elegível”, desde que atendidas duas 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 de diplomação, para a inatividade”. Por sua vez, o art. 142, § 3º, V, dispõe que “o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar

filiado a partidos políticos”. Dessa forma, filiado a partido político, com menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade; com mais de dez anos de serviço, será agregado e, se eleito, passará, a partir da diplomação, para a inatividade.

## 8.10. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO

Desincompatibilização é o ato pelo qual o cidadão se afasta de um cargo que ocupa para poder concorrer a um cargo eletivo. O eleitor desvencilha-se da inelegibilidade a tempo de concorrer a outra eleição.

## 8.11. LEIS ELEITORAIS

A Constituição, na nova redação dada ao art. 16 pela Emenda Constitucional n. 14, de 1993, estabelece que as leis eleitorais entram em vigor na data de sua publicação, mas não se aplicam às eleições que ocorram até um ano da data de sua vigência. A finalidade do dispositivo constitucional é evitar soluções casuísticas para cada eleição, segundo as conveniências políticas do momento. Trata-se de garantia individual, cláusula pétrea, que não pode ser afrontada sequer por emenda constitucional. Neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal ao entender que a utilização de nova regra às eleições gerais que se realizariam a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e deformação do processo eleitoral. O art. 16 do texto constitucional representa uma garantia individual do cidadão-eleitor oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado (ADIn 3685/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, *Informativo STF*, n. 420).

## 9 PARTIDOS POLÍTICOS

Partidos políticos são associações constituídas para a participação da vida política de um país, para a formação da vontade nacional, com objetivos de propagação de ideias e de conquista, total ou parcial, do poder político. São peças fundamentais de um sistema

político democrático, destinadas “a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal” (Lei n. 9.096/95, art. 1º). Toda corrente político-ideológica existente na sociedade, para a eleição de representantes nos Poderes Legislativo e Executivo, deve agrupar-se em um partido político. No Brasil não se admitem candidaturas avulsas ou independentes. Como observa José Celso de Mello Filho, os partidos políticos possuem um monopólio das candidaturas.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que o mandato eletivo vincula-se ao partido político sob cuja legenda o candidato disputou o processo eleitoral, motivo pelo qual se reconheceu que as agremiações partidárias têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional, em casos de infidelidade partidária (MS 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello).

## 9.1. NATUREZA DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO

Após a Constituição de 1988, os partidos políticos adquiriram a natureza de pessoas jurídicas de direito privado. A Constituição Federal, em seu art. 17, § 2º, estabelece que “os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral”. A Lei n. 9.096/95, que dispõe sobre os partidos políticos, esclarece, logo em seu art. 1º, a natureza jurídica de pessoa jurídica de direito privado dessas entidades. O partido é criado de acordo com a lei civil, para depois ter o seu estatuto registrado no órgão máximo da Justiça Eleitoral.

## 9.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE ORGANIZAÇÃO PARTIDÁRIA

A Constituição adota dois grandes princípios em matéria de organização partidária: **a)** ampla liberdade partidária; e **b)** autonomia partidária. O texto constitucional adotou uma postura minimalista, de menor intervenção possível.

## 9.3. AMPLA LIBERDADE PARTIDÁRIA

A atual Constituição assegura ampla liberdade de organização de partidos políticos. É garantida também ampla liberdade de criação

(fundação de um novo partido político), fusão (reunião de dois ou mais em um só), incorporação (inclusão de um partido em outro) e extinção (dissolução pelos seus integrantes) de partidos políticos.

Essa liberdade partidária é ampla, mas não absoluta, pois são impostas algumas restrições. No estatuto de todo partido político, devem ser resguardados, por imperativo constitucional, os seguintes princípios: **a)** soberania nacional; **b)** regime democrático; **c)** pluripartidarismo; e **d)** os direitos fundamentais da pessoa humana.

Devem ser observados, ainda, os seguintes preceitos: **a)** caráter nacional; **b)** proibição de recebimento de recursos financeiros de entidades ou governos estrangeiros ou subordinação a estes; **c)** prestação de contas à Justiça Eleitoral; e **d)** funcionamento parlamentar de acordo com a lei. Para o reconhecimento do caráter nacional, a legislação ordinária estabelece parâmetros mínimos de representatividade em diversos Estados. Nesse sentido, a Lei n. 9.096/95, em seu art. 7<sup>º</sup>, § 1<sup>º</sup>, exige para registro do estatuto do partido político no Tribunal Superior Eleitoral "...o apoio de eleitores correspondente a, pelo menos, meio por cento dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de um décimo por cento do eleitorado que haja votado em cada um deles". Dessa forma, só se admitem partidos nacionais, sendo vedada a constituição de partidos regionais.

Os partidos não podem estar vinculados à defesa de interesses de entidades ou de governos estrangeiros, sendo, por essa razão, vedado o recebimento de recursos externos. A fiscalização financeira dos partidos políticos pela Justiça Eleitoral justifica-se para evitar manipulação pelos detentores do poder econômico. Os partidos políticos que disponham de parlamentares, de representantes eleitos, gozarão de direitos especiais.

#### 9.4. AUTONOMIA PARTIDÁRIA

A Constituição Federal, em seu art. 17, § 1<sup>º</sup>, assegura aos próprios partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento. Cada partido estabelece seus próprios órgãos internos, o sistema de escolha de representantes e os requisitos para ingresso e permanência na entidade política. Obrigatórias são apenas a previsão de normas de fidelidade e disciplina partidária, ou seja, de respeito ao programa do partido político e às decisões dos seus órgãos dirigentes. São admitidas sanções desde a advertência até a exclusão do partido.

A Emenda Constitucional n. 52 assegurou aos partidos políticos

o direito de estabelecer coligações eleitorais, vedando, contudo, a obrigatoriedade da vinculação entre as candidaturas nas diversas esferas de poder. A denominada verticalização, ou seja, a obrigatoriedade de os partidos repetirem as mesmas alianças em pleitos federais, estaduais, distritais e municipais era uma tentativa de exigir uma maior coerência programática entre os partidos coligados.

## 9.5. ORGANIZAÇÃO PARAMILITAR

A Constituição expressamente veda a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar. Os partidos políticos devem cumprir seus objetivos de divulgação de ideias e conquista de poder político pelo respeito às regras democráticas e não pela força. Não podem organizar-se de forma análoga às Forças Armadas. A Lei n. 9.096/95, ao regulamentar esse dispositivo constitucional, veda a partido político “ministrar instrução militar ou paramilitar, utilizar-se de organização da mesma natureza e adotar uniforme para seus membros” (art. 6º).

## 9.6. MODELOS DE ORGANIZAÇÃO PARTIDÁRIA

Existem três grandes modelos de organização partidária.

- a) **Unipartidarismo.** Sistema de partido único. Próprio de regimes autoritários, em que só se aceita a existência de um único partido que divulga as ideias do grupo político dominante.
- b) **Bipartidarismo.** Sistema de dois grandes partidos que se alternam no poder, com programas mais ou menos definidos. O bipartidarismo existe na Inglaterra, com os Partidos Trabalhista e Conservador, e nos Estados Unidos da América, com os Partidos Democrata e Republicano. Nesses países há diversos outros partidos, mas nenhum com projeção política suficiente para tomar o poder ou conquistar espaço político significativo. Durante o regime militar, tentou-se implantar no Brasil, sem êxito, de forma autoritária e artificial, o bipartidarismo, com dois grandes partidos, a ARENA (Aliança Renovadora Nacional) e o MDB (Movimento Democrático Brasileiro), um de apoio e outro de oposição ao governo.
- c) **Pluripartidarismo ou multipartidarismo.** Existência de diversos partidos políticos representativos de todas as correntes de opinião da sociedade. O Brasil adotou o pluripartidarismo como forma de organização política, como consta expressamente do art. 1º,

## 9.7. FUNÇÕES DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Os partidos políticos têm por objetivos a divulgação de ideias e a conquista do poder político. Dentro desse contexto, compete aos *partidos de situação*, além de propagar e implantar as ideias constantes do estatuto do partido, dar sustentação política ao governo no Parlamento, aprovando seus projetos. Aos *partidos de oposição*, além da propagação de ideias e da luta pela conquista do poder político, compete a fiscalização dos atos do governo, bem como a formulação de políticas alternativas.

## 9.8. INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E VACÂNCIA DE MANDATO

Deve existir uma identidade política do candidato com o partido pelo qual concorre às eleições populares. Pelo princípio da fidelidade partidária, o parlamentar eleito deve observar o programa ideológico do partido em que se inscreveu e as diretrizes dos órgãos de direção partidária. Essa vinculação política prolonga-se depois das eleições. Infelizmente, notou-se, em nosso país, um interessante fenômeno de migração partidária pós-eleições, em todas as esferas de poder, em que parlamentares eleitos por partidos de oposição transferem-se para agremiações da base de sustentação do governo. No Brasil as candidaturas só podem ocorrer dentro dos partidos políticos. Nos mandatos obtidos pelo sistema eleitoral proporcional (deputados federais, deputados estaduais e vereadores), poucos candidatos obtêm votos nominais suficientes para elegê-los. Para alcançarem o quociente eleitoral, precisam dos votos atribuídos à agremiação partidária. Respondendo à Consulta n. 1.398/DF, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu que “os partidos políticos e as coligações partidárias conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou transferência de candidato eleito por um partido para outra legenda”. Este entendimento foi acolhido, por maioria de votos, pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou a mudança de partido após a obtenção do mandato, como uma verdadeira fraude à vontade popular e ao sistema eleitoral proporcional, a tolher o exercício da oposição política, em razão da súbita redução numérica. Fez-se menção a situações excepcionais, que seriam aptas a legitimar o desligamento partidário, como a repentina mudança de orientação programática pelos dirigentes partidários ou a existência de perseguição política. Para o partido recuperar a vaga perdida,

deve dirigir-se, em procedimento próprio, à Justiça Eleitoral. Devem ser observados os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, de forma a assegurar ao parlamentar a possibilidade de demonstrar a possível ocorrência de causas justificadoras da desfiliação partidária (*Informativo STF*, n. 482).

Acolhendo a tese de que o mandato pertence ao partido, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu que a fidelidade partidária também se aplica aos cargos eleitos pelo sistema majoritário, como os de Presidente, Governadores, Prefeitos, Senadores e respectivos vices e suplentes. Editou, ainda, a Resolução n. 22.610/2007, para disciplinar, perante a Justiça Eleitoral, o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária.

## QUADRO SINÓTICO – CIDADANIA E DIREITOS POLÍTICOS

### Nacionalidade

*Modos de*  
*primário*

pessoa,  
possui a  
determinada  
*secundária*

pessoa  
durante sua  
nacionalidade

## Nacionalidade

(naturaliza

*Critérios*  
*da nacion*

a) *“Jus so*  
*territorialic*

consideraç

todos os

território d

*sanguinis’*

*consangu*

consideraç

todos

ascendent

nacionalid

determina

## **Cidadania**

### *Cidadania*

político, p  
no exer  
direitos p  
confere  
participar  
vontade p  
A naci  
pressupos

## **Naturalidade**

### *Naturalidade*

vínculo te  
o local de

## **Concepções**

a) *cidadania estrito;*

**de cidadania**

b) *cidadania ampla.*

**Espécies de cidadania**

a) cidadania de direito de cidadania  
direito de

**Aquisição da cidadania**

Adquire-se pelo alistamento

*Direitos* /  
direitos de  
política  
formação  
nacional.

**Direitos  
políticos**

positivos

---

negativos

**Sufrágio**

*Sufrágio*

direito  
eleger (a  
ser  
(passivo)  
como  
participa  
formaçã  
vontade  
do Estac

**Voto**

*Voto*

exercício  
direito

sufrágio.

---

## Escrutínio

*Escrutínio*

modo  
exercício  
direito,  
abranger  
desde  
votação  
apuração

---

Regime  
adotado  
Brasil, e  
povo ex  
poder p  
de

## Democracia semidireta

representa  
eleitos  
alguns  
instrumentos  
participação  
popular  
plebiscito  
referendo  
iniciativa  
popular.

---

Instrumento  
consulta  
ao povo  
da aprovação  
de um

## Plebiscito

legislativo  
administrativo  
sobre a  
de aceitação  
relevância  
constitucional  
legislativo  
administrativo  
cabendo  
povo,  
voto, e  
ou denegar  
que lhe  
sido submetido

---

Instrumento

## Referendo

CONSTITUIÇÃO  
*posterior*

povo, a  
aprovaçã

um

legislativo

administr

sobre

de ace

relevânci

constituc

legislativo

administr

cumprinc

povo,

voto,

ou seja

ou reje  
medida  
aprovada

## Iniciativa popular

Iniciativa  
popular  
atribuição  
competê  
legislativa  
dar início  
projeto c  
uma  
significat  
eleitorad

*Inelegibi*  
– são

impedimento  
capacidade  
eleitoral  
passiva,  
direito de  
votado;

*Inelegibi  
absoluta*

são

impedimento  
qualquer  
eletivo;

*Inelegibi  
relativas*

os

impedimento

certos  
eletivos,  
razão  
situações  
específicas  
*Inelegíveis*  
*por*  
*funcionarem*  
*possibilitando*  
*de reeleição*  
*para a*  
*do*  
*Executivo*  
Art. 14,  
da CF;  
*Inelegíveis*

## Espécies de inelegibilidades

por motivo de parentesco com parentes afins até o 3º grau

---

Inelegibilidade para exercer influência ou poder econômico ou abusar do cargo, emprego ou função Administrativa

*direta*

*indireta*

própria

Constitui

em seu a

§ 9º, de

legislação

complem

a previs

outras

hipóteses

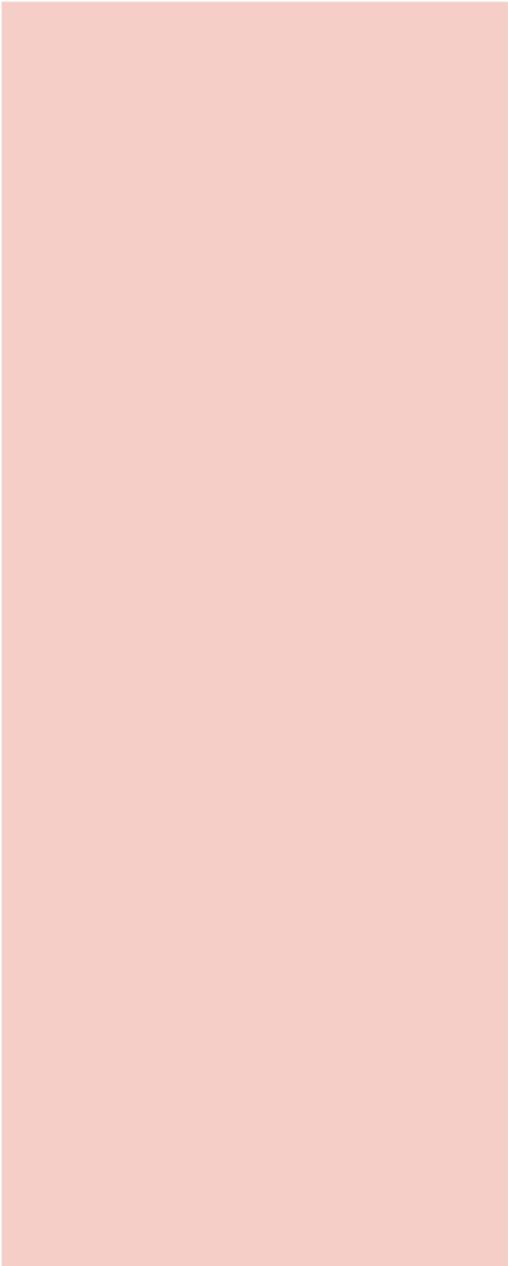
tendo

objetivo

assegura

probidad

administri



a mor  
para  
exercícic  
mandato  
normalida  
legitimida  
das e  
contra  
influência  
poder  
econômico  
abuso  
exercícic  
cargo  
emprego  
Administ

direta  
indireta.

---

**Desincompatibilização**

É  
o  
a  
c  
p  
c  
c

---

**Leis eleitorais**

E  
n  
p  
n  
à

a  
o  
a  
s

S

c

a

v

u

f

v

c

p

ic

c

o

**Partidos políticos**

**Princípios  
constitucionais de  
organização  
partidária**

p

a

lil

p

a

p

a

u

l

p

b

l

d

p

# Modelos de organização partidária

*c*  
*p*  
*o*  
*n*  
-  
d  
p  
re  
d  
c  
o  
s

## TÍTULOS JÁ LANÇADOS

- Volume 1 — Direito Civil** — Parte Geral
- Volume 2 — Direito Civil** — Direito de Família
- Volume 3 — Direito Civil** — Direito das Coisas
- Volume 4 — Direito Civil** — Direito das Sucessões
- Volume 5 — Direito Civil** — Direito das Obrigações — Parte Geral
- Volume 6, tomo I — Direito Civil** — Direito das Obrigações — Parte Especial
- Volume 6, tomo II — Direito Civil** — Responsabilidade Civil
- Volume 7 — Direito Penal** — Parte Geral
- Volume 8 — Direito Penal** — Dos crimes contra a pessoa
- Volume 9 — Direito Penal** — Dos crimes contra o patrimônio
- Volume 10 — Direito Penal** — Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração
- Volume 11 — Processo Civil** — Teoria geral do processo e processo de conhecimento
- Volume 12 — Processo Civil** — Processo de execução e cautelar
- Volume 13 — Processo Civil** — Procedimentos especiais
- Volume 14 — Processo Penal** — Parte Geral
- Volume 15, tomo I — Processo Penal** — Procedimentos, nulidades e recursos
- Volume 15, tomo II — Juizados Especiais Cíveis e Criminais** — estaduais e federais
- Volume 16 — Direito Tributário**
- Volume 17 — Direito Constitucional** — Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais
- Volume 18 — Direito Constitucional** — Da organização do Estado, dos poderes, e histórico das Constituições
- Volume 19 — Direito Administrativo** — Parte I
- Volume 20 — Direito Administrativo** — Parte II
- Volume 21 — Direito Comercial** — Direito de empresa e sociedades empresárias
- Volume 22 — Direito Comercial** — Títulos de crédito e contratos mercantis
- Volume 23 — Direito Falimentar**
- Volume 24 — Legislação Penal Especial** — Crimes hediondos — tóxicos — terrorismo — tortura — arma de fogo — contravenções penais — crimes de trânsito

**Volume 25 — Direito Previdenciário**

**Volume 26 — Tutela de Interesses Difusos e Coletivos**

**Volume 27 — Direito do Trabalho** — Teoria geral a segurança e saúde

**Volume 28 — Direito do Trabalho** — Duração do trabalho a direito de greve

**Volume 29 — Direito Eleitoral**

**Volume 30 — Direitos Humanos**

**Volume 31 — Processo do Trabalho** — Justiça do Trabalho e dissídios trabalhistas

**Volume 32 — Processo do Trabalho** — Recursos trabalhistas, execução trabalhista e ações cautelares

**Volume 33 — Direito Internacional**