

APOSTILA NOÇÕES DE DIREITO

CONTEÚDO

- 1. DIREITO CONSTITUCIONAL – DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS**
- 2. DIREITOS HUMANOS – A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**
- 3. ESTATUTO DO IDOSO - LEI Nº 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003.**
- 4. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**
- 5. LEI MARIA DA PENHA - LEI Nº. 11.340 DE 07 DE AGOSTO DE 2006**

**Instrutor: Edgar Souza Ferreira
Procurador Municipal – PGM/DPA
RAMAL: 3690-7252**

NOÇÕES DE DIREITO CONSTITUCIONAL

1. (NEO)CONSTITUCIONALISMO

1.1. ALOCAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

1.1.1. A classificação em “ramos do direito”

- José Afonso da Silva observa que o direito constitucional “configura -se como **Direito Público fundamental** por referir -se diretamente à *organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política*”¹.
- Modernamente, vem sendo dito que o direito é **uno** e **indivisível, indecomponível**. O direito deve ser definido e estudado como um **grande sistema**, em que tudo se harmoniza no conjunto.
- Divisão em ramos entre público x privado => **conveniência acadêmica**.

1.1.2. A superação da dicotomia “público-privado” — constitucionalização do direito privado

- Em razão da evidenciação de novos direitos e das transformações do Estado (de autoritário/absolutista para liberal e de liberal para social, podendo -se, inclusive, falar em Estado pós-social de direito), cada vez mais se percebe uma **forte influência** do direito constitucional sobre o direito privado.
- Especialmente diante do **princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento** da República Federativa do Brasil e **princípio-matriz** de todos os direitos fundamentais (art. 1.º, III, da CF/88), o direito privado deve ser aplicado à luz das regras constitucionais e podendo, inclusive, em muitos casos, reconhecer a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.
- A **superação da rígida dicotomia** entre o público e o privado, fica mais evidente diante da tendência de **descodificação** do direito civil, evoluindo da concentração das relações privadas na codificação civil para o surgimento de vários **microssistemas**, como:
 - Código de Defesa do Consumidor
 - Lei de Locações
 - Lei de Direito Autoral
 - Estatuto da Criança e do Adolescente
 - Estatuto do Idoso
 - Lei de Alimentos
 - Lei da Separação e do Divórcio
- **Não mais falamos em ramos do direito**, e sim em um verdadeiro **escalonamento** verticalizado e hierárquico das normas, apresentando-se a Constituição como **norma de validade** de todo o sistema, situação essa decorrente do princípio da **unidade do ordenamento** e da **supremacia da Constituição** (força normativa da Constituição — Konrad Hesse).

1.2. CONSTITUCIONALISMO

1 Curso de direito constitucional positivo, p. 36.

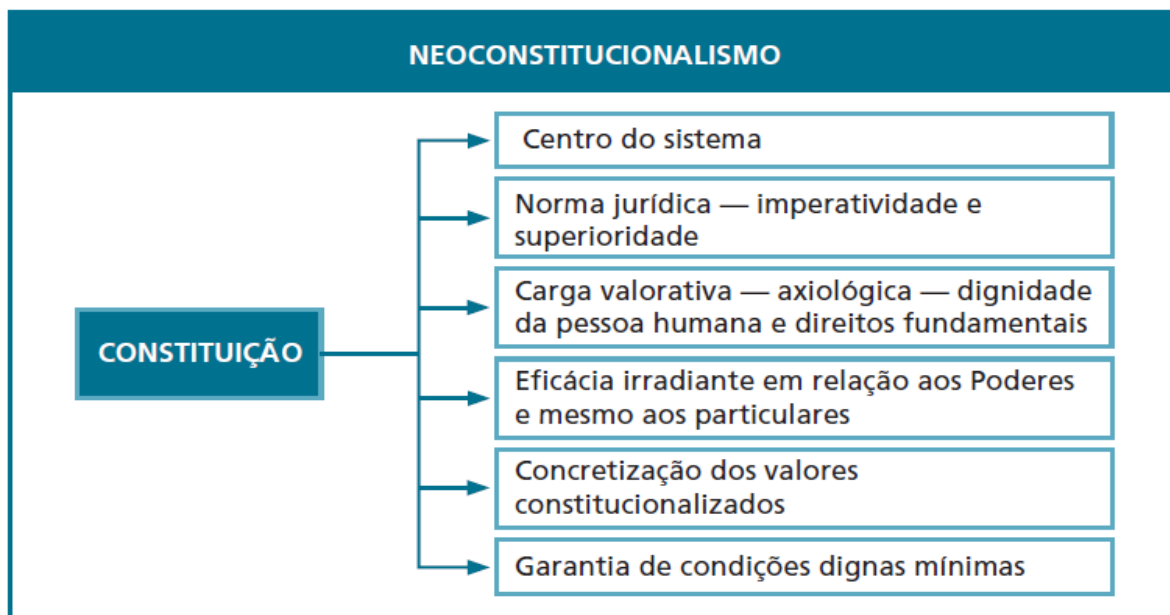
1.2.1. Conceito

- Canotilho => “... teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político -social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com **fins garantísticos**. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”
- Os textos constitucionais contêm regras de **limitação ao poder autoritário** e de **prevalência dos direitos fundamentais**, afastando-se da visão autoritária do antigo regime.
- O constitucionalismo contemporâneo está centrado naquilo que Uadi Lammêgo Bulos chamou de “**totalitarismo constitucional**, conseqüência da noção de Constituição programática”, e que tem como bom exemplo a Constituição brasileira de 1988. Fala -se em “**totalitarismo constitucional**” na medida em que os textos sedimentam um **importante conteúdo social**, estabelecendo normas programáticas (metas a serem atingidas pelo Estado, programas de governo) e se destacando o sentido de **Constituição dirigente**.
- Essa concepção de **dirigismo estatal** (de o texto fixar regras para dirigir as ações governamentais) tende a evoluir para uma perspectiva de **dirigismo comunitário**, ideia também vislumbrada por André Ramos Tavares ao falar em uma fase atual do **constitucionalismo globalizado**, que busca difundir a perspectiva de **proteção aos direitos humanos** e de **propagação para todas as nações**.

1.3. NEOCONSTITUCIONALISMO

1.3.1. Aspectos iniciais

- A doutrina passa a desenvolver, a partir do início do século XXI, uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada neoconstitucionalismo, ou, segundo alguns, constitucionalismo pós-moderno, ou, ainda, pós-positivismo.
- **Não mais** apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de **limitação do poder político**, mas, **acima de tudo**, buscar a **eficácia da Constituição**, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser **mais efetivo**, especialmente diante da expectativa de **concretização dos direitos fundamentais**.
- **Concretização** das **prestações materiais prometidas** pela sociedade, servindo como ferramenta para a **implantação** de um **Estado Democrático Social de Direito**.
- ‘**Constituição como valor em si**’. O caráter ideológico do **constitucionalismo moderno** era apenas o de **limitar o poder**, o caráter ideológico do **neoconstitucionalismo** é o de **concretizar os direitos fundamentais**.



1.4. CONSTITUCIONALISMO E SOBERANIA POPULAR

1.4.1. Aspectos gerais

- A ideia de que todo Estado deva possuir uma Constituição e de que esta deve conter limitações ao poder autoritário e regras de prevalência dos direitos fundamentais desenvolve-se no sentido da consagração de um **Estado Democrático de Direito** (art. 1.º, caput, da CF/88) e, portanto, de **soberania popular**.
- O parágrafo único do art. 1.º da CF/88 concretiza que “*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”
 - Distingue titularidade de exercício do poder: o **titular do poder é o povo**. Como regra, o **exercício desse poder** se dá através dos **representantes do povo**, desempenhando-o de maneira indireta (**democracia representativa**).
 - Há também o **exercício direto do poder (democracia direta)**, concretizando a soberania popular, que, segundo o art. 1.º da **Lei n. 9.709**, de 18.11.1998 (que regulamentou o art. 14, I, II e III, da CF/88), “*é exercida por sufrágio² universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, nos termos desta Lei e das normas constitucionais pertinentes, mediante: plebiscito, referendo e iniciativa popular*”.
 - Art. 2º Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. § 1º O **plebiscito** é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido. § 2º O **referendo** é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.
 - Art. 13. A **iniciativa popular** consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não

2 Manifestação do assentimento – do latim *suffragium*

menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

- Podemos falar, então, que a CF/88 consagra a **democracia semidireta** ou **participativa**, verdadeiro **sistema híbrido**.

2. CONSTITUIÇÃO: CONCEITO, CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA, CLASSIFICAÇÕES, ELEMENTOS E HISTÓRICO

2.1. CONCEITO

- Existem várias concepções ou acepções a serem tomadas para definir o termo “Constituição”.

2.1.1. Sentido sociológico

- Valendo-se do sentido sociológico, **Ferdinand Lassale**, em seu livro “¿Qué es una Constitución?”, defendeu que uma Constituição só seria legítima se representasse o efetivo poder social, refletindo as forças sociais que constituem o poder. Caso isso não ocorresse, ela seria ilegítima, caracterizando -se como uma simples “**folha de papel**”. A Constituição, segundo a conceituação de Lassale, seria, então, a somatória dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade.

2.1.2. Sentido político

- Na lição de **Carl Schmitt**, encontramos o **sentido político**, que distingue Constituição de lei constitucional. Constituição, conforme pondera José Afonso da Silva ao apresentar o pensamento de Schmitt, “... só se refere à decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática etc.); as leis constitucionais seriam os demais dispositivos inseridos no texto do documento constitucional, mas não contêm matéria de decisão política fundamental”³.
- Em razão de ser a Constituição **produto** de uma certa **decisão política**, ela seria, nesse sentido, a **decisão política do titular do poder constituinte**.

2.1.3. Sentido material e formal

- Constituição também pode ser definida tomando-se o sentido material e formal, critério este que se aproxima da classificação proposta por Schmitt.
- Do **ponto de vista material**, o que vai importar para definirmos se uma norma tem caráter constitucional ou não será o seu **conteúdo**, pouco importando a forma pela qual foi aquela norma introduzida no ordenamento jurídico. Assim, constitucional será aquela norma que defina e trate das regras estruturais da sociedade, de seus alicerces fundamentais (formas de Estado, governo, seus órgãos etc.). Trata-se do que Schmitt chamou de Constituição.
- Quando nos valem do **critério formal**, que, em certo sentido, também englobaria o que Schmitt chamou de “lei constitucional”, não mais nos interessará o conteúdo da norma, mas sim a forma como ela foi introduzida no ordenamento jurídico. Nesse sentido, as normas constitucionais serão aquelas introduzidas pelo poder soberano, por meio de um processo legislativo mais dificultoso, diferenciado e mais solene do que o processo legislativo de formação das demais normas do ordenamento.
 - **Exemplo**: art. 242, § 2.º, da CF/88, que estabelece que o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal. Pois bem, essa situação definida no citado art. 242, § 2.º, da CF/88, do ponto de vista material, de forma alguma traz elementos que, por sua essência, sejam

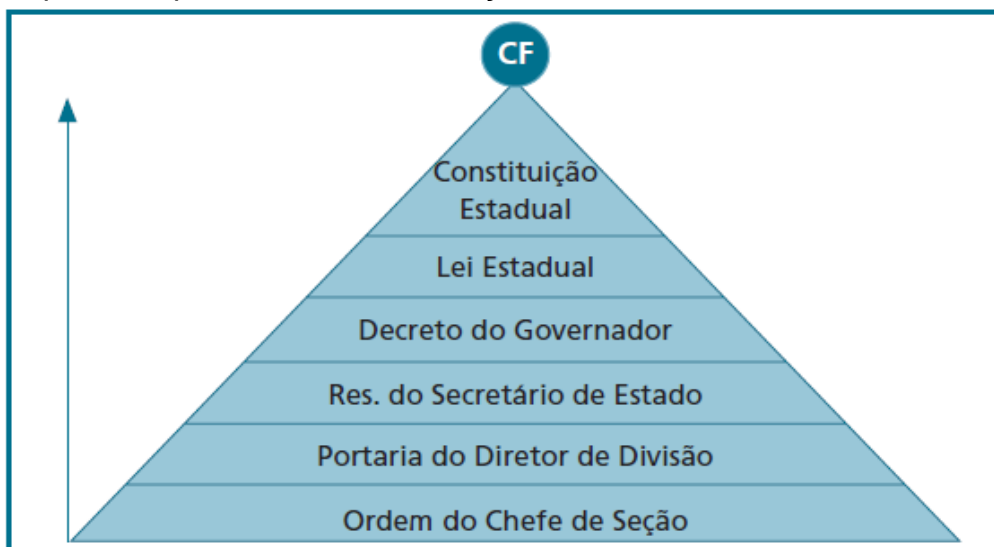
3 Curso de direito constitucional positivo, p. 40

constitucionais, traduzindo regras estruturais e fundamentais da sociedade. No entanto, do ponto de vista formal, tal norma será tão constitucional como, por exemplo, o artigo que garante o princípio da igualdade.

- Forte **tendência** no direito brasileiro de se adotar um **critério misto** em razão do art. 5.º, § 3.º, que admite que tratados internacionais de direitos humanos (matéria) sejam incorporados como emendas, desde que obedeçam a uma forma, qual seja, a um processo diferenciado de incorporação.

2.1.4. Sentido jurídico

- **Hans Kelsen** é o representante desse sentido conceitual, alocando a Constituição no **mundo do dever ser**, e não no mundo do ser, caracterizando-a como fruto da **vontade racional do homem**, e não das leis naturais.
- José Afonso da Silva, traduzindo o pensamento de Kelsen, observa que “... *Constituição é, então, considerada norma pura, puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no **lógico-jurídico** e no **jurídico-positivo**. De acordo com o primeiro, Constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição jurídico-positiva, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau*”⁴.
 - Michel Temer: “*Umas são normas postas; outra é suposta*”⁵
- **Escalonamento de normas**, uma constituindo o **fundamento de validade** de outra, numa **verticalidade hierárquica**. Uma norma, de hierarquia inferior, busca o seu fundamento de validade na norma superior e esta, na seguinte, até chegar à Constituição, que é o fundamento de validade de todo o sistema infraconstitucional.
- A Constituição, por seu turno, tem o seu **fundamento de validade** na **norma hipotética fundamental**, situada no **plano lógico**, e não no jurídico, caracterizando-se como fundamento de validade de todo o sistema, determinando-se a obediência a tudo o que for posto pelo Poder Constituinte Originário.
- “**Pirâmide**” de Kelsen, consagrando a verticalidade hierárquica das normas e a Constituição positivada como norma de validade de todo o sistema e, assim, o princípio da supremacia da Constituição:



4 José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, p. 41.

5 Michel Temer, Elementos de direito constitucional, p. 20

2.1.5. Sentido culturalista

- Nesse sentido, pode-se dizer que a Constituição é produto de um fato cultural, produzido pela sociedade e que sobre ela pode influir. Ou, como destacou J. H. Meirelles Teixeira, trata-se de *“...uma formação objetiva de cultura que encerra, ao mesmo tempo, elementos históricos, sociais e racionais, aí intervindo, portanto, não apenas fatores reais (natureza humana, necessidades individuais e sociais concretas, raça, geografia, uso, costumes, tradições, economia, técnicas), mas também espirituais (sentimentos, ideias morais, políticas e religiosas, valores), ou ainda elementos puramente racionais (técnicas jurídicas, formas políticas, instituições, formas e conceitos jurídicos a priori), e finalmente elementos voluntaristas, pois não é possível se negar o papel de vontade humana, da livre adesão, da vontade política das comunidades sociais na adoção desta ou daquela forma de convivência política e social, e de organização do Direito e do Estado”*⁶.

2.1.6. Constituição aberta

- Grande parte dos publicistas vem destacando a ideia de uma Constituição aberta, no sentido de que ela possa permanecer dentro de seu tempo e, assim, evitar risco de desmoronamento de sua “força normativa”.
- Nesse sentido, Canotilho observa que, dentro da perspectiva de uma **Constituição aberta**, *“relativiza-se a função material de tarefa da Constituição e justifica -se a ‘desconstitucionalização’ de elementos substantivadores da ordem constitucional (Constituição econômica, Constituição do trabalho, Constituição social, Constituição cultural). A historicidade do direito constitucional e a indesejabilidade do ‘perfeccionismo constitucional’ (a Constituição como estatuto detalhado e sem aberturas) não são, porém, incompatíveis com o caráter de tarefa e projecto da lei constitucional. Esta terá de ordenar o processo da vida política fixando limites às tarefas do Estado e recortando dimensões prospectivas traduzidas na formulação dos fins sociais mais significativos e na identificação de alguns programas da conformação constitucional”*⁷

2.1.7. Elementos integrantes (componentes ou constitutivos) do Estado

- A Constituição deve trazer em si os elementos integrantes (componentes ou constitutivos) do Estado, quais sejam:

soberania;

finalidade;

povo;

território.

- Dalmo de Abreu Dallari conceitua o Estado como “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”. Nesse conceito se acham presentes **todos os elementos que compõem o Estado**, e só esses elementos. A noção de **poder** está implícita na de **soberania**, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao **bem comum**, com a vinculação deste a um certo povo e, finalmente, a **territorialidade**, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território” (Elementos de teoria geral do Estado, 23. ed., p. 118).

6 J. H. Meirelles Teixeira, Curso de direito constitucional, p. 58-59, e importante discussão do tema nas páginas 58 - 79.

7 J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 7. ed., p. 1339

2.2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

2.2.1. Legislação Simbólica

- Marcelo Neves em suas palavras, a **legislação simbólica** “...aponta para o predomínio, ou mesmo **hipertrofia**, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental” o seu conteúdo pode ser: “a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios”.
- **Confirmação de valores sociais** - o legislador assume uma posição em relação a determinados conflitos sociais e, ao consagrar um certo posicionamento, para o grupo que tem a sua posição amparada na lei, essa “vitória legislativa” se caracteriza como verdadeira superioridade da concepção valorativa, sendo secundária a eficácia normativa da lei. Assim, o grupo prestigiado procura influenciar a atividade legiferante, fazendo prevalecer os seus valores contra os do grupo “adversário”.
- **Demonstração da capacidade de ação do Estado no tocante à solução dos problemas sociais (legislação -álibi)** – além de ter o objetivo de confirmar valores de determinados grupos, a legislação simbólica pode ter o objetivo de assegurar confiança nos sistemas jurídico e político. Diante de certa insatisfação da sociedade, a legislação-álibi aparece como uma resposta pronta e rápida do governo e do Estado. Busca a legislação-álibi dar uma aparente solução para problemas da sociedade, mesmo que mascarando a realidade. Assim, a legislação-álibi tem o “poder” de introduzir um sentimento de “bem-estar” na sociedade, solucionando tensões e servindo à “lealdade das massas”.
- **Adiamento da solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios** – ainda, conforme anota Neves, a legislação simbólica também pode “...servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios. Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado”

2.2.2. Constitucionalização simbólica

- Marcelo Neves, valendo-se do modelo sistêmico proposto por Niklas Luhmann, define a Constituição como “...‘acoplamento estrutural’ entre política e direito. Nessa perspectiva, a Constituição em sentido especificamente moderno apresenta-se como uma via de ‘prestações’ recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração (ou mesmo de interferências) entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito, na medida em que ela ‘possibilita uma solução jurídica do problema de autorreferência do sistema político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema de autorreferência do sistema jurídico’”
- Partindo desse conceito de Constituição (nos termos da teoria dos sistemas de Luhmann), é possível, segundo Neves, associá-lo à noção de constitucionalização e, assim, enfrentar a problemática da **concretização das normas constitucionais**, analisando a relação entre o texto e a realidade constitucional.
- Para a constitucionalização simbólica, falando, aqui, então, em três formas de manifestações, já estudadas no ponto anterior: a) confirmar valores sociais, b)

demonstrar a capacidade de ação do Estado (constitucionalização -álibi) e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios.

2.2.3. Neoconstitucionalismo, ativismo judicial e a concretização das normas constitucionais

- É preciso identificar os mecanismos de sua concretização e, nisso, além do papel da sociedade, parece-nos que o Judiciário tem uma importante missão, realizando a implementação da efetividade das normas constitucionais.
- Há uma nova perspectiva na utilização das técnicas do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (em relação às normas programáticas) e, assim, a consagração da importante figura do ativismo judicial.
- Por esse motivo Écio Oto Ramos Duarte define o neoconstitucionalismo partindo de uma nova visão da Constituição, buscando dar a ela sentido e, assim, superando o seu caráter meramente retórico, encontrando mecanismos para a real e efetiva concretização de seus preceitos.

2.3. CLASSIFICAÇÃO (TIPOLOGIA)

- Como podemos advertir, qualquer classificação depende de critérios escolhidos pelos estudiosos, não se podendo dizer que um é mais acertado que o outro, talvez mais adequado.

2.3.1. Quanto à origem (distinção entre “Constituição” e “Carta”)

- De acordo com este critério, as Constituições poderão ser outorgadas, promulgadas ou, ainda, por alguns consideradas as cesaristas (ou bonapartistas) e as pactuadas (ou dualistas).
- **Outorgadas** são as Constituições impostas, de maneira unilateral, pelo agente revolucionário (grupo, ou governante), que não recebeu do povo a legitimidade para em nome dele atuar. As Constituições outorgadas recebem, por alguns estudiosos, o “apelido” de Cartas Constitucionais.
- **Promulgada**, também chamada de democrática, votada ou popular, é aquela Constituição fruto do trabalho de uma Assembleia Nacional Constituinte, eleita diretamente pelo povo, para, em nome dele, atuar, nascendo, portanto, da deliberação da representação legítima popular.
- **Cesarista**, segundo José Afonso da Silva, “... não é propriamente outorgada, mas tampouco é democrática, ainda que criada com participação popular”. E continua o mestre definindo -a como sendo aquela “... formada por plebiscito popular sobre um projeto elaborado por um Imperador (plebiscitos napoleônicos) ou um Ditador (plebiscito de Pinochet, no Chile). A participação popular, nesses casos, não é democrática, pois visa apenas ratificar a vontade do detentor do poder.
- **Pactuadas**, também pouco cobradas nos concursos, segundo Uadi Lammêgo Bulos, “... surgem através de um pacto, são aquelas em que o poder constituinte originário se concentra nas mãos de mais de um titular. Por isso mesmo, trata-se de modalidade anacrônica, dificilmente ajustando-se à noção moderna de Constituição, intimamente associada à ideia de unidade do poder constituinte”.
- **E qual a diferença entre “Constituição” e “Carta”?** De modo geral, Constituição é o *nomen juris* que se dá à Lei Fundamental promulgada, democrática ou popular, que teve a sua origem em uma Assembleia Nacional Constituinte. Por outro lado, Carta é o nome reservado para aquela Constituição outorgada, imposta de maneira unilateral pelo agente revolucionário mediante ato arbitrário e ilegítimo.

2.3.2. Quanto à forma

- Quanto à forma, elas podem ser **escritas** (instrumental) ou **costumeiras** (não escritas ou consuetudinárias).
- **Escrita** (instrumental), o próprio nome nos ajuda a explicar, seria a Constituição formada por um conjunto de regras sistematizadas e organizadas em um único documento, estabelecendo as normas fundamentais de um Estado. Como exemplo, citamos a brasileira de 1988, a portuguesa, a espanhola etc.
- **Costumeira** (não escrita ou consuetudinária) seria aquela Constituição que, ao contrário da escrita, não traz as regras em um único texto solene e codificado. É formada por “textos” esparsos, reconhecidos pela sociedade como fundamentais, e baseia-se nos usos, costumes, jurisprudência, convenções. Exemplo clássico é a Constituição da Inglaterra.

2.3.3. Quanto à extensão

- Quanto à extensão podem ser **sintéticas** (concisas, breves, sumárias, sucintas, básicas) ou **analíticas** (amplas, extensas, largas, prolixas, longas, desenvolvidas, volumosas, inchadas).
- **Sintéticas** seriam aquelas enxutas, veiculadoras apenas dos princípios fundamentais e estruturais do Estado. Não descem a minúcias, motivo pelo qual são mais duradouras, na medida em que os seus princípios estruturais são interpretados e adequados aos novos anseios pela atividade da Suprema Corte. O exemplo lembrado é a Constituição americana, que está em vigor há mais de 200 anos (é claro, com emendas e interpretações feitas pela Suprema Corte).
- **Analíticas**, por outro lado, são aquelas que abordam todos os assuntos que os representantes do povo entenderem fundamentais. Normalmente descem a minúcias, estabelecendo regras que deveriam estar em leis infraconstitucionais, como, conforme já mencionamos, o art. 242, § 2.º, da CF/88, que dispõe que o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal. Assim, o clássico exemplo é a brasileira de 1988.

2.3.4. Quanto ao conteúdo

- O conceito de constituição pode ser tomado tanto em sentido **material** como **formal**.
- **Materialmente constitucional** será aquele texto que contiver as normas fundamentais e estruturais do Estado, a organização de seus órgãos, os direitos e garantias fundamentais. Como exemplo podemos citar a Constituição do Império do Brasil, de 1824, que, em seu art. 178, prescrevia ser constitucional somente o que dissesse respeito aos limites e atribuições respectivos dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não fosse constitucional poderia ser alterado, sem as formalidades referidas (nos arts. 173 a 177), pelas legislaturas ordinárias.
- **Formal**, por seu turno, será aquela Constituição que elege como critério o processo de sua formação, e não o conteúdo de suas normas. Assim, qualquer regra nela contida terá o caráter de constitucional. A brasileira de 1988 é formal!
- Cabe observar (e este tema ainda não está fechado) que, com a introdução do **§ 3.º no art. 5.º, pela EC n. 45/2004**, passamos a ter uma espécie de **conceito misto**, já que a nova regra só confere a natureza de emenda constitucional (norma formalmente constitucional) aos tratados e convenções internacionais sobre

direitos humanos (matéria), desde que observadas as formalidades de aprovação (forma).

- Nesse sentido, podemos lembrar o Decreto Legislativo n. 186/2008, que aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, promulgados pelo Decreto n. 6.949, de 25.08.2009, tendo sido, assim, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com o status de norma constitucional.

2.3.5. Quanto ao modo de elaboração

- Quanto ao modo de elaboração as Constituições poderão ser **dogmáticas** (também denominadas “sistemáticas”, segundo J. H. Meirelles Teixeira) ou **históricas**.
- **Dogmáticas**, sempre escritas, consubstanciam os dogmas estruturais e fundamentais do Estado ou, como bem observou Meirelles Teixeira, “... partem de teorias preconcebidas, de planos e sistemas prévios, de ideologias bem declaradas, de dogmas políticos... São elaboradas de um só jato, reflexivamente, racionalmente, por uma Assembleia Constituinte”. Como exemplo, destacamos a brasileira de 1988.
- **Históricas**, constituem-se através de um lento e contínuo processo de formação, ao longo do tempo, reunindo a história e as tradições de um povo. Aproximam-se, assim, da costumeira e têm como exemplo a Constituição inglesa.

2.3.6. Quanto à alterabilidade

- Esse critério recebe diversas denominações pelos constitucionalistas pátrios. Além da citada alterabilidade (Leda Pereira Mota e Celso Spitzcovsky), encontramos: mutabilidade (Michel Temer; Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior), estabilidade (José Afonso da Silva e Alexandre de Moraes) e consistência (Pinto Ferreira).
- Em essência, deixando de lado a questão terminológica, as Constituições poderão ser **rígidas**, **flexíveis** (também chamadas de plásticas, segundo a denominação de Pinto Ferreira) e **semirrígidas** (ou semiflexíveis). Alguns autores ainda lembram as **fixas** ou **silenciosas**, as **transitoriamente flexíveis**, as **imutáveis** (permanentes, graníticas ou intocáveis) e as **super-rígidas**.
- **Rígidas** são aquelas Constituições que exigem, para a sua alteração (daí preferirmos a terminologia alterabilidade), um processo legislativo mais árduo, mais solene, mais dificultoso do que o processo de alteração das normas não constitucionais. Lembramos que, à exceção da Constituição de 1824 (considerada semirrígida), todas as Constituições brasileiras foram, inclusive a de 1988, rígidas!
- **Flexível** é aquela Constituição que não possui um processo legislativo de alteração mais dificultoso do que o processo legislativo de alteração das normas infraconstitucionais. Vale dizer, a dificuldade em alterar a constituição é a mesma encontrada para alterar uma lei que não é constitucional.
- **Semiflexível** ou **semirrígida** é aquela Constituição que é tanto rígida como flexível, ou seja, algumas matérias exigem um processo de alteração mais dificultoso do que o exigido para alteração das leis infraconstitucionais, enquanto outras não requerem tal formalidade.
- **Fixas**, segundo Kildare Gonçalves Carvalho, “... são aquelas que somente podem ser alteradas por um poder de competência igual àquele que as criou, isto é, o

poder constituinte originário. São conhecidas como constituições silenciosas, porque não estabelecem, expressamente, o procedimento para sua reforma. Têm valor apenas histórico, sendo exemplos destas Constituições o Estatuto do Reino da Sardenha, de 1848, e a Carta Espanhola de 1876”.

- **Transitoriamente flexíveis**, segundo Bulos, as “... são as suscetíveis de reforma, com base no mesmo rito das leis comuns, mas apenas por determinado período; ultrapassado este, o documento constitucional passa a ser rígido. Nessa hipótese, o binômio rigidez/flexibilidade não coexiste simultaneamente. Apresenta-se de modo alternado...”.
- **Imutáveis** seriam aquelas Constituições inalteráveis, verdadeiras relíquias históricas e que se pretendem eternas, sendo também denominadas permanentes, graníticas ou intocáveis.
- **Super-rígida**, segundo Alexandre de Moraes, a brasileira de 1988 seria exemplo de Constituição, já que, além de possuir um processo legislativo diferenciado para a alteração de suas normas (rígida), excepcionalmente, algumas matérias apresentam-se como imutáveis (cláusulas pétreas, art. 60, § 4.º).
 - Esta última classificação, contudo, não parece ser a posição adotada pelo STF, que tem admitido a alteração de matérias contidas no art. 60, § 4.º, desde que a reforma não tenda a abolir os preceitos ali resguardados e dentro de uma ideia de razoabilidade e ponderação. Foi o caso da reforma da previdência que admitiu a taxaçoão dos inativos, mitigando, assim, os direitos e garantias individuais (as situações já consolidadas das pessoas aposentadas que passaram a ser taxadas).

2.3.7. Quanto à sistemática (critério sistemático)

- Valendo-se do critério sistemático, Pinto Ferreira divide as Constituições em **reduzidas** (ou unitárias) e **variadas**.
- **Reduzidas** seriam aquelas que se materializariam em um só código básico e sistemático, como as brasileiras.
- **Variadas** seriam aquelas que se distribuiriam em vários textos e documentos esparsos, sendo formadas de várias leis constitucionais, destacando-se a belga de 1830 e a francesa de 1875.

2.3.8. Quanto à dogmática

- No tocante à dogmática, Pinto Ferreira, valendo -se do critério ideológico e lembrando as lições de Paulino Jacques, identifica tanto a Constituição **ortodoxa** como a **eclética**.
- **Ortodoxa** é aquela formada por uma só ideologia, por exemplo, a soviética de 1977, hoje extinta, e as diversas Constituições da China marxista.
- **Eclética** seria aquela formada por ideologias conciliatórias, como a brasileira de 1988 ou a da Índia de 1949.

2.3.9. Quanto à correspondência com a realidade (critério ontológico — essência)

- Karl Loewenstein distinguiu as Constituições **normativas**, **nominalistas** (nominativas ou nominais) e **semânticas**. Trata-se do critério ontológico, que busca identificar a correspondência entre a realidade política do Estado e o texto constitucional.
- **Normativas** são aquelas em que o processo de poder está de tal forma

disciplinado que as relações políticas e os agentes do poder subordinam-se às determinações do seu conteúdo e do seu controle procedimental.

- **Nominalistas** contêm disposições de limitação e controle de dominação política, sem ressonância na sistemática de processo real de poder, e com insuficiente concretização constitucional.
- **Semânticas** são simples reflexos da realidade política, servindo como mero instrumento dos donos do poder e das elites políticas, sem limitação do seu conteúdo.
- Isso quer dizer que da normativa à semântica percebemos uma **gradação** de democracia e Estado democrático de direito para autoritarismo.

2.3.10. Quanto ao sistema

- Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a Constituição, quanto ao sistema, pode ser classificada em **principiológica** ou **preceitual**.
- **Principiológica** "...predominam os princípios, identificados como normas constitucionais providas de alto grau de abstração, consagradores de valores, pelo que é necessária a mediação concretizadora, tal como a Constituição brasileira.
- **Preceitual** "... prevalecem as regras, individualizadas como normas constitucionais revestidas de pouco grau de abstração, concretizadoras de princípios, pelo que é possível a aplicação coercitiva, tal como a Constituição mexicana".

2.3.11. Quanto à função

- Quanto à função, as Constituições podem ser classificadas como **provisórias** ou **definitivas**.
- **Provisória** chama-se de pré-Constituição ou, sob outra ótica, Constituição revolucionária ao conjunto de normas com a dupla finalidade de definição do regime de elaboração e aprovação da Constituição formal e de estruturação do poder político no interregno constitucional, a que se acrescenta a função de eliminação ou erradicação de resquícios do antigo regime.
- **Definitiva** ou de duração indefinida para o futuro como pretende ser a Constituição produto final do processo constituinte.

2.3.12. Quanto à origem de sua decretação: heterônomas (heteroconstituições) X autônomas ("autoconstituições" ou "homoconstituições")

- Quando surge um novo Estado, ou o Estado que já existia se restaura, ou sofre radical transformação de sua estrutura, essa nova manifestação se atrela a uma Constituição material que já vem acompanhada da Constituição formal, ou que passa a ter uma Constituição formal estabelecida em momento seguinte.
- A soberania do Estado está sedimentada na Constituição material, e a Constituição formal, normalmente, provém do próprio Estado.
- De modo incomum, a doutrina identifica Constituições que foram decretadas de fora do Estado por outro (ou outros) Estados(s) ou por organizações internacionais. Estamos diante daquilo que Miguel Galvão Teles denominou **heteroconstituição**
- Pode-se afirmar que as Constituições brasileiras não são heterônomas, na medida em que elaboradas e decretadas dentro do próprio Estado que irão reger. Podemos, assim, denominá-las, nesse sentido, Constituições **autônomas**, ou **autoconstituições**, ou, por que não homoconstituições (fazendo um contraponto à terminologia proposta por Miguel Galvão Teles).

2.3.13. Constituições garantia, balanço e dirigente (Manoel Gonçalves Ferreira Filho)

- A Constituição **garantia** busca garantir a liberdade, limitando o poder; a **balanço** reflete um degrau de evolução socialista e a **dirigente** estabelece um projeto de Estado (ex.: portuguesa).
- Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “modernamente, é frequente designar a Constituição de tipo clássico de Constituição-garantia, pois esta visa a garantir a liberdade, limitando o poder. Tal referência se desenvolveu pela necessidade de contrapor-la à Constituição-balanço. Esta, conforme a doutrina soviética que se inspira em Lassalle, é a Constituição que descreve e registra a organização política estabelecida.

2.3.14. Constituições liberais (negativas) e sociais (dirigentes) — conteúdo ideológico das Constituições (André Ramos Tavares)

- André Ramos Tavares propõe outra classificação, levando em conta o conteúdo ideológico das Constituições, classificando-as em **liberais** (ou negativas) e **sociais** (ou dirigentes)
- Conforme afirma, “as **Constituições liberais** surgem com o triunfo da ideologia burguesa, com os ideais do liberalismo”. Nesse contexto, destacamos os **direitos humanos de 1.ª dimensão** e, assim, a ideia da não intervenção do Estado, bem como a proteção das liberdades públicas. Poderíamos falar, portanto, em Constituições negativas (**absenteísmo estatal**).
- Por outro lado, as **Constituições sociais** refletem um momento posterior, de necessidade da atuação estatal, **consagrando a igualdade substancial, bem como os direitos sociais**, também chamados de direitos de 2.ª dimensão. Trata-se da percepção de uma atuação positiva do Estado e, por isso, André Ramos Tavares aproxima as constituições sociais da ideia de dirigismo estatal sugerida por Canotilho. Segundo o autor, estamos diante do **Estado do Bem Comum**.

2.3.15. Raul Machado Horta (Constituições expansivas)

- Raul Machado Horta inscreve a brasileira de 1988 no grupo das Constituições expansivas. Para o ilustre autor, “a *expansividade da Constituição de 1988, em função dos temas novos e da ampliação conferida a temas permanentes, como no caso dos Direitos e Garantias Fundamentais, pode ser aferida em três planos distintos*” conteúdo anatômico e estrutural da Constituição; comparação constitucional interna e comparação constitucional externa:
 - **conteúdo anatômico e estrutural da Constituição:** destaca-se a estruturação do texto e sua divisão em títulos, capítulos, seções, subseções, artigos da parte permanente e do ADCT;
 - **comparação constitucional interna:** relaciona-se a CF/88 com as Constituições brasileiras precedentes, considerando a extensão de cada uma e as suas alterações. Segundo o autor, referida comparação interna “... registra a dilatação da matéria constitucional e a evolução das Constituições brasileiras no tempo”;
 - **comparação constitucional externa:** relaciona a Constituição brasileira com as Constituições estrangeiras mais extensas.

2.3.16. A Constituição Federal brasileira de 1988

- Valendo -nos de todos os critérios classificatórios anteriormente expostos e a seguir esquematizados, podemos dizer que a Constituição brasileira de 1988 singulariza-se por ser: **promulgada**, **escrita**, **analítica**, **formal** (cf. nova perspectiva classificatória decorrente do art. 5.º, § 3.º, introduzido pela EC n. 45/2004), **dogmática**, **rígida**, **reduzida**, **eclética**, pretende ser **normativa**, **principlológica**, **definitiva** (ou de duração indefinida para o futuro), **garantia**, **dirigente**, **social** e **expansiva**.

3. HERMENÊUTICA: MUTAÇÃO X REFORMA. REGRAS X PRINCÍPIOS. “DERROTABILIDADE”. POSTULADOS NORMATIVOS. CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO. ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO

3.1. MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS VERSUS REFORMAS CONSTITUCIONAIS

- a Constituição de um Estado deve sim ser **interpretada**, função essa atribuída ao **exegeta**, que buscará o real significado dos termos constitucionais. Tal função é extremamente importante, na medida em que a **Constituição** dará **validade** para as demais normas do ordenamento jurídico (Kelsen).
- Decifrar o verdadeiro alcance da Constituição, a fim de sabermos, por consequência, a **abrangência** de uma **norma infraconstitucional**.
- **Reforma constitucional** seria a modificação do texto constitucional, através dos mecanismos definidos pelo poder constituinte originário (emendas), alterando, suprimindo ou acrescentando artigos ao texto original.
- **Mutações**, por seu turno, não seriam alterações “físicas”, “palpáveis”, materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado.
- As **mutações constitucionais**, portanto, exteriorizam o caráter **dinâmico** e de **prospecção** das normas jurídicas, por meio de **processos informais**.
 - Uadi Lammêgo Bulos denomina mutação constitucional “...o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Constituição, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e dos costumes constitucionais”
 - Exemplos: expressão mulher honesta (arts. 215 e 216, CP – revogados pela Lei 11.106/2005). Interpretações dadas pelo STF à anencefalia, à competência trabalhista para julgar ações de indenização decorrentes de acidente do trabalho, o não cabimento da prisão civil do depositário infiel (cf. HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.09.2008, DJE de 06.02.2009) etc.

3.2. REGRAS E PRINCÍPIOS

- Humberto Ávila esclarece que “... um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de **princípios** seria demasiado **flexível**, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de **regras**, aplicadas de modo formalista, seria demasiado **rígido**, pela ausência de válvulas de abertura para o **amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos**. Com isso se quer dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e a outra sem a uma”⁸
- Segundo Ávila, a **interpretação** e a **aplicação** de **princípios** e **regras** dar-se-ão com base nos **postulados normativos inespecíficos**, quais sejam, a **ponderação** (atribuindo -se pesos), a **concordância prática** e a **proibição de excesso**

⁸ H. Ávila, Teoria dos princípios, 10. ed., p. 120 -1.

(garantindo a manutenção de um mínimo de eficácia dos direitos fundamentais), e *específicos*, destacando-se o postulado da *igualdade*, o da *razoabilidade* e o da *proporcionalidade*.

REGRAS	PRINCÍPIOS
■ dimensão da validade, especificidade e vigência	■ dimensão da importância, peso e valor
■ conflito entre regras (uma das regras em conflito ou será afastada pelo princípio da especialidade, ou será declarada inválida — cláusula de exceção, que também pode ser entendida como “declaração parcial de invalidade”)	■ colisão entre princípios (não haverá declaração de invalidade de qualquer dos princípios em colisão. Diante das condições do caso concreto, um princípio prevalecerá sobre o outro)
■ “tudo ou nada”	■ ponderação, balanceamento, sopesamento entre princípios colidentes
■ mandamentos ou mandados de definição	■ mandamentos ou mandados de otimização

3.3. DERROTABILIDADE (DEFEASIBILITY)

- observa Ávila que “...as regras não devem ser obedecidas somente por serem regras e serem editadas por uma autoridade. Elas devem ser obedecidas, de um lado, porque sua obediência é moralmente boa e, de outro, porque produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como segurança, paz e igualdade. Ao contrário do que a atual exaltação dos princípios poderia fazer pensar, as regras não são normas de segunda categoria. Bem ao contrário, elas desempenham uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de solução de conflitos sociais”⁹.
- Apesar dessa constatação, muitos autores, conforme já enunciado, começam a reconhecer a **derrotabilidade (defeasibility)** das regras, superando o modelo “tudo ou nada” de Dworkin.
- Vasconcellos, “... o requisito material mais importante da derrotabilidade é a coerência do julgador ou órgão durante a decisão. (...). Em nome da coerência, o processo de inserção da exceção no interior da regra impõe o fenômeno da universalização, a partir do qual a decisão singular se torna paradigmática, referência e modelo às ulteriores (posteriores, acrescente -se) decisões de casos similares”.
 - TRF1 — EDAMS 5553 — GO 2001.35.00.005553 -9 — j. 16.03.2005 — 6.^a Turma, DJ de 18.04.2005 — discutia -se a regra contida no art. 99 da Lei n. 8.112/90, que assegura ao servidor estudante (ao seu cônjuge ou companheiro, aos filhos ou enteados do servidor que vivam na sua companhia, bem como aos menores sob sua guarda, com autorização judicial) que mudar de sede no interesse da administração, na localidade da nova residência ou na mais próxima, matrícula em instituição de ensino congênere, em qualquer época, independentemente de vaga (cf. a discussão sobre o assunto, no presente trabalho, no item 14.10.2). Esse entendimento já foi, inclusive, confirmado pelo STF, no julgamento da ADI 3324, que destacou a necessidade de ser o estabelecimento de ensino congênere, ou seja, a transferência deverá ser de escola particular para particular e de pública para pública. No caso concreto dos autos, contudo, como não havia na localidade instituição da mesma natureza, o TRF1 entendeu que “...a vedação em causa é ‘**derrotável**’, porquanto o legislador, ao editar o dispositivo em referência, não considerou essa circunstância em

⁹ H. Ávila, Teoria dos princípios, p. 112 -114.

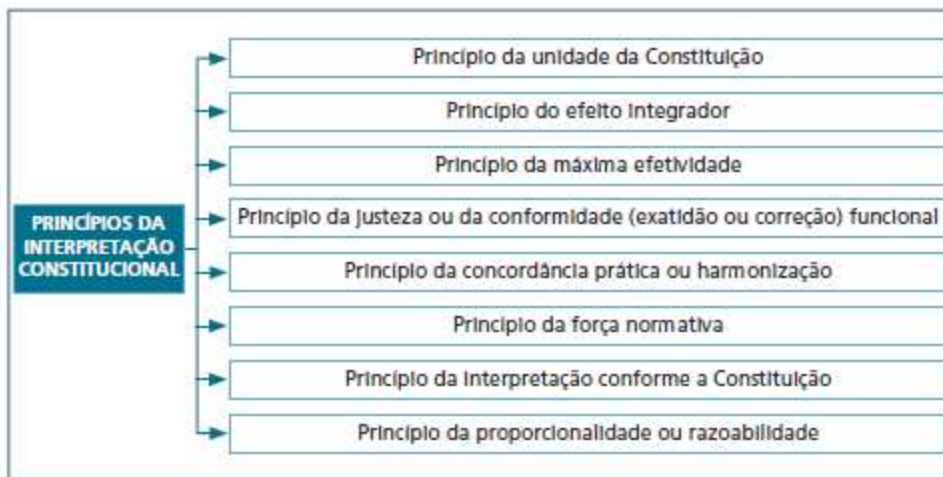
sua formulação normativa, de forma que o princípio do direito constitucional à educação (Carta Magna, art. 205), bem como o de que as normas restritivas devem ser interpretadas restritivamente ‘derrotam’ a vedação contida no referido dispositivo legal”.

- “EMENTA: BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. LOAS. RENDA PER CAPITA. NECESSIDADE DE SE CONTRAPOR A REGRA LEGAL EM FACE DE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. ANTINOMIA EM ABSTRATO VS. ANTINOMIA EM CONCRETO. ‘DERROTABILIDADE’ DO § 3.º DO ART. 20 DA LEI 8.742/93. 1. Embora o STF já tenha reconhecido a constitucionalidade em tese do § 3.º do art. 20 da Lei 8.742/93, o requisito da renda mensal per capita inferior a 1/4 do salário mínimo, consideradas todas as circunstâncias do caso, pode apresentar antinomia concreta em face de algum princípio constitucional ou regra implícita deste decorrente. 2. **O reconhecimento dessa antinomia concreta gera a ‘derrotabilidade’ (defeasibility) da regra legal**, mas não viola a autoridade da decisão do STF proferida na ADI 1.232/DF. 3. Quando se resolve uma antinomia em abstrato, considera -se a norma desprezada, para todas as demais hipóteses em que a norma se aplicaria porque: (a) inválida (em caso de conflito hierárquico); ou (b) sem vigência (conflito cronológico); ou (c) ineficaz (conflito da especialidade). Diferentemente, a resolução de uma antinomia em concreto não implica qualquer juízo de invalidação da norma que se deixou de aplicar, a qual segue válida, vigente e eficaz para se aplicar a outras situações. 4. Não bastasse, a decisão de mérito da ADI 1.232/DF tampouco dispõe de efeitos vinculantes, já que proferida antes da edição da Lei 9.868/99. 5. Comprovados gastos com medicamentos necessários à manutenção da pessoa que necessita do amparo constitucional, deve ser diminuída, em iguais proporções, a base de cálculo da renda mensal per capita. 6. Recurso desprovido. Sentença confirmada.”

3.4. NORMAS DE SEGUNDO GRAU: POSTULADOS NORMATIVOS

- Humberto Ávila, conforme já apontamos, se refere à categoria dos postulados normativos, que não se confundem com as regras e os princípios.
- Segundo afirma, os postulados podem ser qualificados como metanormas ou normas de segundo grau, instituindo “... critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação”. Assim, podem ser caracterizados como normas metódicas, fornecendo “critérios bastante precisos para a aplicação do Direito”, destacando -se os postulados inespecíficos (ponderação, concordância prática e proibição de excesso) e os postulados específicos (igualdade, razoabilidade e proporcionalidade).

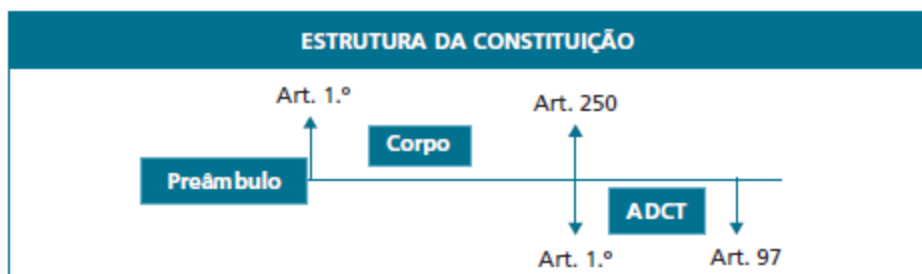
3.5. PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL



- **Princípio da unidade da Constituição:** a Constituição deve ser sempre interpretada em sua globalidade como um todo e, assim, as aparentes antinomias deverão ser afastadas. As normas deverão ser vistas como preceitos integrados em um sistema unitário de regras e princípios
- **Princípio do efeito integrador:** Muitas vezes associado ao princípio da unidade, conforme anota Canotilho, "...na resolução dos problemas jurídico -constitucionais deve dar -se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política".
- **Princípio da máxima efetividade:** Também chamado de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais deve ser entendido no sentido de a norma constitucional ter a mais ampla efetividade social.
- **Princípio da justeza ou da conformidade (exatidão ou correção) funcional:** O intérprete máximo da Constituição, no caso brasileiro o STF, ao concretizar a norma constitucional, será responsável por estabelecer a força normativa da Constituição, não podendo alterar a repartição de funções constitucionalmente estabelecidas pelo constituinte originário, como é o caso da separação de poderes, no sentido de preservação do Estado de Direito.
- **Princípio da concordância prática ou harmonização:** Partindo da ideia de unidade da Constituição, os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles, buscando, assim, evitar o sacrifício (total) de um princípio em relação a outro em choque. O fundamento da ideia de concordância decorre da inexistência de hierarquia entre os princípios.
- **Princípio da força normativa:** Os aplicadores da Constituição, ao solucionar conflitos, devem conferir a máxima efetividade às normas constitucionais.
- **Princípio da interpretação conforme a Constituição:** Diante de normas plurissignificativas ou polissêmicas (que possuem mais de uma interpretação), deve-se preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição e, portanto, não seja contrária ao texto constitucional, daí surgirem várias dimensões a serem consideradas, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, destacando -se que a interpretação conforme será implementada pelo Judiciário e, em última instância, de maneira final, pela Suprema Corte:
 - **prevalência da Constituição:** deve -se preferir a interpretação não contrária à Constituição;
 - **conservação de normas:** percebendo o intérprete que uma lei pode ser

- interpretada em conformidade com a Constituição, ele deve assim aplicá-la para evitar a sua não continuidade;
- **exclusão da interpretação contra legem:** o intérprete não pode contrariar o texto literal e o sentido da norma para obter a sua concordância com a Constituição;
 - **espaço de interpretação:** só se admite a interpretação conforme a Constituição se existir um espaço de decisão e, dentre as várias que se chegar, deverá ser aplicada aquela em conformidade com a Constituição;
 - **rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais:** uma vez realizada a interpretação da norma, pelos vários métodos, se o juiz chegar a um resultado contrário à Constituição, em realidade, deverá declarar a inconstitucionalidade da norma, proibindo a sua correção contra a Constituição;
 - **intérprete não pode atuar como legislador positivo:** não se aceita a interpretação conforme a Constituição quando, pelo processo de hermenêutica, se obtiver uma regra nova e distinta daquela objetivada pelo legislador e com ela contraditória, em seu sentido literal ou objetivo.
- **Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade:** em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico. Como parâmetro, podemos destacar a necessidade de preenchimento de 3 importantes elementos:
 - **necessidade:** por alguns denominada **exigibilidade**, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa;
 - **adequação:** também chamado de **pertinência** ou **idoneidade**, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido;
 - **proporcionalidade em sentido estrito:** sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição

3.6. ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO



- Estruturalmente, a CF/88 contém um **preâmbulo**, **nove títulos** (corpo) e o **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias** (ADCT).

3.6.1. Preâmbulo

3.6.1.1. Qual a natureza jurídica do preâmbulo? Tem ele relevância jurídica?

- Três são as posições apontadas pela doutrina e sistematizadas por Jorge Miranda:

- a) tese da irrelevância jurídica: o preâmbulo situa-se no domínio da política, sem relevância jurídica;
- b) tese da plena eficácia: tem a mesma eficácia jurídica das normas constitucionais, sendo, porém, apresentado de forma não articulada;
- c) tese da relevância jurídica indireta: ponto intermediário entre as duas, já que, muito embora participe “das características jurídicas da Constituição”, não deve ser confundido com o articulado.
- Ministro Celso de Mello, após interessante estudo, conclui que “o preâmbulo ... não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte (...). Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica. O preâmbulo não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta (...). Esses princípios sim, inscritos na Constituição, constituem normas centrais de reprodução obrigatória, ou que não pode a Constituição do Estado - membro dispor de forma contrária, dado que, reproduzidos, ou não, na Constituição estadual, incidirão na ordem local...”¹⁰.
- O preâmbulo não tem relevância jurídica, não tem força normativa, não cria direitos ou obrigações, não tem força obrigatória, servindo, apenas, como norte interpretativo das normas constitucionais.

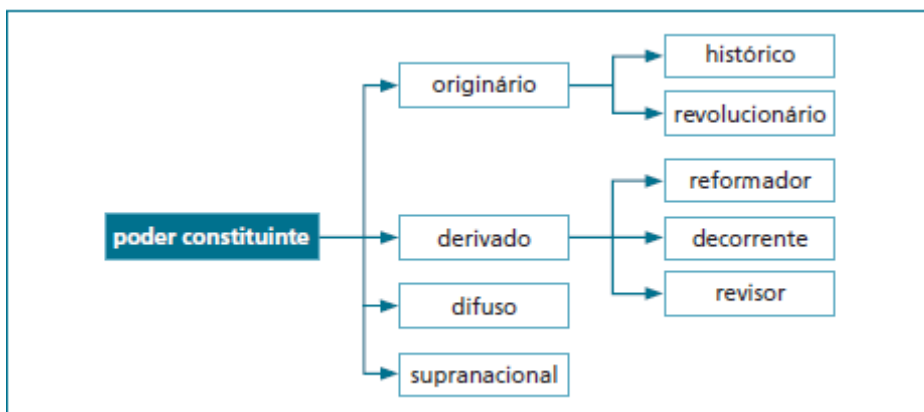
3.6.2. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)

- **E qual a natureza jurídica do ADCT?** O ADCT, como o nome já induz (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), tem natureza de norma constitucional e poderá, portanto, trazer exceções às regras colocadas no corpo da Constituição. Assim como no corpo encontramos regras (por exemplo, tratamento igual entre brasileiro nato e naturalizado, art. 12, § 2.º) e exceções a essas regras (por exemplo, art. 12, § 3.º, I, que reserva o cargo de Presidente da República somente para brasileiros natos), também o ADCT poderá excepcionar regras gerais do corpo, por apresentar a mesma natureza jurídica delas. Dessa forma, em razão de sua natureza constitucional, a alteração das normas do ADCT ou a inclusão de novas regras dependerão da manifestação do poder constituinte derivado reformador, ou seja, necessariamente **por meio de emendas constitucionais**.

¹⁰ Julgamento na ADI 2.076 -AC, Rel. Min. Carlos Velloso, 15.08.2002, DJ, 08.08.2003, e Inf. STF ns. 277/2002 e 320/2003, 08 a 12.12.2003.

4. Poder Constituinte

4.1. Esquema Geral



4.2. Características

- O poder constituinte pode ser conceituado como o poder de elaborar (e neste caso será originário) ou atualizar uma Constituição, mediante supressão, modificação ou acréscimo de normas constitucionais (sendo nesta última situação derivado do originário).
- A titularidade do poder constituinte, como aponta a doutrina moderna, pertence ao povo. O parágrafo único do art. 1.º da CF/88 estabelece que todo poder emana do povo. E quem compõe o povo? Os integrantes do povo, para Temer, são aqueles catalogados no art. 12 da CF/88.

4.3. HIATO CONSTITUCIONAL (REVOLUÇÃO — MUTAÇÃO — REFORMA — HIATO AUTORITÁRIO)

- O hiato constitucional, também chamado pelo autor de revolução, verifica –se quando há um choque (ou “divórcio”) entre o conteúdo da Constituição política (uma das formas do direito legislado) e a realidade social ou sociedade.
- Assim, a “revolução” deve ser encarada “... como uma quebra do processo político e histórico normal da organização política”. Partindo dessa ideia, qual seja, que o hiato constitucional caracteriza verdadeira lacuna, intervalo, interrupção de continuidade, entendemos que vários fenômenos poderão ser verificados, destacando -se:
 - convocação da Assembleia Nacional Constituinte e elaboração de nova Constituição;
 - mutação constitucional;
 - reforma constitucional;
 - hiato autoritário.

4.4. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO (GENUÍNO OU DE 1.º GRAU)

4.4.1. Conceito

- O poder constituinte originário (também denominado inicial, inaugural, genuíno ou de 1.º grau) é aquele que instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por

- completo com a ordem jurídica precedente.
- O objetivo fundamental do poder constituinte originário, portanto, é criar um novo Estado, diverso do que vigorava em decorrência da manifestação do poder constituinte precedente.

4.4.2. Uma subdivisão

- O poder constituinte originário pode ser subdividido em histórico (ou fundacional) e revolucionário. Histórico seria o verdadeiro poder constituinte originário, estruturando, pela primeira vez, o Estado. Revolucionário seriam todos os posteriores ao histórico, rompendo por completo com a antiga ordem e instaurando uma nova, um novo Estado.

4.4.3. Características

- O poder constituinte originário é inicial, autônomo, ilimitado juridicamente, incondicionado, soberano na tomada de suas decisões, um poder de fato e político, permanente.
 - a) inicial, pois instaura uma nova ordem jurídica, rompendo, por completo, com a ordem jurídica anterior;
 - b) autônomo, visto que a estruturação da nova constituição será determinada, autonomamente, por quem exerce o poder constituinte originário;
 - c) ilimitado juridicamente, no sentido de que não tem de respeitar os limites postos pelo direito anterior, com as ressalvas a seguir indicadas e que passam a ser uma tendência para os concursos públicos;
 - d) incondicionado e soberano na tomada de suas decisões, porque não tem de submeter-se a qualquer forma prefixada de manifestação;
 - e) poder de fato e poder político, podendo, assim, ser caracterizado como uma energia ou força social, tendo natureza pré-jurídica, sendo que, por essas características, a nova ordem jurídica começa com a sua manifestação, e não antes dela;
 - f) permanente, já que o poder constituinte originário não se esgota com a edição da nova Constituição, sobrevivendo a ela e fora dela como forma e expressão da liberdade humana, em verdadeira ideia de subsistência.

4.5. PODER CONSTITUINTE DERIVADO (INSTITUÍDO, CONSTITUÍDO, SECUNDÁRIO, DE 2.º GRAU OU REMANESCENTE)

4.5.1. Conceito e espécies

PODER CONSTITUINTE	
<ul style="list-style-type: none"> ■ Poder constituinte derivado — Natureza jurídica 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Poder constituinte originário — Poder de fato — Poder político — Energia ou força social — Natureza pré-jurídica — A ordem jurídica começa com o poder constituinte originário e não antes dele

- O poder constituinte derivado é também denominado instituído, constituído,

secundário, de segundo grau, remanescente. Como o próprio nome sugere, o poder constituinte derivado é criado e instituído pelo originário.

- Assim, ao contrário de seu “criador”, que é, do ponto de vista jurídico, ilimitado, incondicionado, inicial, o derivado deve obedecer às regras colocadas e impostas pelo originário, sendo, nesse sentido, limitado e condicionado aos parâmetros a ele impostos.

4.5.2. Poder constituinte derivado reformador

- O poder constituinte derivado reformador, chamado por alguns de competência reformadora, tem a capacidade de modificar a Constituição Federal, por meio de um procedimento específico, estabelecido pelo originário, sem que haja uma verdadeira revolução.
- O poder de reforma constitucional, assim, tem natureza jurídica, ao contrário do originário, que é um poder de fato, um poder político, ou, segundo alguns, uma força ou energia social.
- O originário permitiu a alteração de sua obra, mas obedecidos alguns limites como: quorum qualificado de 3/5, em cada Casa, em dois turnos de votação para aprovação das emendas (art. 60, § 2.º); proibição de alteração da Constituição na vigência de estado de sítio, defesa, ou intervenção federal (art. 60, § 1.º), um núcleo de matérias intangíveis, vale dizer, as cláusulas pétreas do art. 60, § 4.º, da CF/88 etc.
- Assim, além das limitações expressas ou explícitas (formais ou procedimentais — art. 60, I, II, III e §§ 2.º, 3.º e 5.º; circunstanciais — art. 60, § 1.º; e materiais — art. 60, § 4.º), a doutrina identifica, também, as limitações implícitas (como impossibilidade de se alterar o titular do poder constituinte originário e o titular do poder constituinte derivado reformador, bem como a proibição de se violar as limitações expressas, não tendo sido adotada, no Brasil, portanto, a teoria da dupla revisão, ou seja, uma primeira revisão acabando com a limitação expressa e a segunda reformando aquilo que era proibido)

4.5.3. Poder constituinte derivado decorrente

4.5.3.1. Estados -membros

- O poder constituinte derivado decorrente, assim como o reformador, por ser derivado do originário e por ele criado, é também jurídico e encontra os seus parâmetros de manifestação nas regras estabelecidas pelo originário.
- Sua missão é estruturar a Constituição dos Estados-membros. Tal competência decorre da capacidade de auto-organização estabelecida pelo poder constituinte originário.

4.5.3.2. Distrito Federal, Municípios e Territórios Federais

- O Distrito Federal, de acordo com o art. 32, caput, da CF/88, será regido por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de 10 dias e aprovada por 2/3 da Câmara Legislativa, que a promulgará. Tal lei orgânica deverá obedecer aos princípios estabelecidos na Constituição Federal. Dessa forma, muito embora a posição particular ocupada pelo DF na Federação, já que a sua autonomia é parcialmente tutelada pela União (arts. 21, XIII e XIV, e 22, XVII), além de acumular competências legislativas reservadas tanto aos Estados como aos Municípios (art. 32, § 1.º), a vinculação da lei orgânica será diretamente com a CF.

- Verifica-se a manifestação do poder constituinte derivado decorrente, qual seja, a competência que o DF tem para elaborar a sua lei orgânica (verdadeira Constituição distrital) sujeitando-se aos mesmos limites já apontados para os Estados -membros e, assim, aplicando -se, por analogia, o art. 11 do ADCT
- Os Municípios (que por força dos arts. 1.º e 18 da CF/88 fazem parte da Federação brasileira, sendo, portanto, autônomos em relação aos outros componentes, na medida em que também têm autonomia “F.A.P.” — Financeira, Administrativa e Política) elaborarão leis orgânicas como se fossem “Constituições Municipais”.
- Dessa forma, a capacidade de auto -organização municipal está delimitada no art. 29, caput, da CF/88, sendo que seu exercício caberá à Câmara Municipal, conforme o parágrafo único do art. 11 do ADCT, que estabelece: “promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de 6 meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual”

4.5.4. Poder constituinte derivado revisor

- O poder constituinte derivado revisor, assim como o reformador e o decorrente, é fruto do trabalho de criação do originário, estando, portanto, a ele vinculado.
- O art. 3.º do ADCT determinou que a revisão constitucional seria realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Instituiu -se um particular procedimento simplificado de alteração do texto constitucional, excepcionando a regra geral das PECs, que exige aprovação por 3/5 dos votos dos membros de cada Casa, e obedecendo, assim, às regras da bicameralidade (art. 60, § 2.º).
- O procedimento da revisão foi disciplinado na Resolução n. 1 -RCF, do Congresso Nacional, de 18.11.1993 (alterada pela Res. n. 2, de 1993).

4.5.5. NOVA CONSTITUIÇÃO E ORDEM JURÍDICA ANTERIOR

- Após estudarmos o tema do Poder Constituinte, devemos analisar o que acontece com as normas que foram produzidas na vigência da Constituição anterior com o advento de uma nova Constituição, um novo Estado. Elas são revogadas? Perdem a validade? Devem ser novamente editadas?

4.5.1. Recepção

- O que acontecerá com as normas infraconstitucionais elaboradas antes do advento da nova Constituição? Todas as normas que forem incompatíveis com a nova Constituição serão **revogadas**, por **ausência de recepção**.
- Vale dizer, a *contrario sensu*, a norma infraconstitucional que não contrariar a nova ordem será recepcionada, podendo, inclusive, adquirir uma nova “roupagem”. Como exemplo lembramos o CTN (Código Tributário Nacional — Lei n. 5.172/66), que, embora tenha sido elaborado com quorum de lei ordinária, foi recepcionado pela nova ordem como lei complementar, sendo que os ditames que tratam sobre matérias previstas no art. 146, I, II e III, da CF só poderão ser alterados por lei complementar.
- **Inconstitucionalidade superveniente?** O STF não admite a teoria da inconstitucionalidade superveniente de ato normativo produzido antes da nova Constituição e perante o novo paradigma. Nesse caso, ou se fala em compatibilidade e aí haverá recepção, ou em revogação por inexistência de

recepção. Nesse sentido, deixa claro o STF que vigora o princípio da contemporaneidade, ou seja, uma lei só é constitucional perante o paradigma de confronto em relação ao qual ela foi produzida.

4.5.2. Repristinação

- Vejamos a situação: uma norma produzida na vigência da CF/46 não é recepcionada pela de 1967, pois incompatível com ela. Promulgada a CF/88, verifica -se que aquela lei, produzida na vigência da CF/46 (que fora revogada — não recepcionada — pela de 1967), em tese poderia ser recepcionada pela CF/88, visto que totalmente compatível com ela. Nessa situação, poderia aquela lei, produzida durante a CF/46, voltar a produzir efeitos? Ou seja, repristinaria? Como regra geral, o Brasil adotou a impossibilidade do fenômeno da repristinação, salvo se a nova ordem jurídica expressamente assim se pronunciar.
- Nesse sentido, analisemos o posicionamento do STF sobre o assunto: “EMENTA: Agravo regimental — Não tem razão o agravante. A recepção de lei ordinária como lei complementar pela Constituição posterior a ela só ocorre com relação aos seus dispositivos em vigor quando da promulgação desta, não havendo que pretender-se a ocorrência de efeito repristinatório, porque o nosso sistema jurídico, salvo disposição em contrário, não admite a repristinação (artigo 2.º, § 3.º, da Lei de Introdução ao Código Civil — atualmente, acrescente -se, nos termos da Lei n. 12.376/2010, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Agravo a que se nega provimento” (AGRAG 235.800/RS, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 25.06.1999, p. 16, Ement. v. 01956 -13, p. 2660, 1.ª Turma).

4.5.3. Desconstitucionalização

- Trata-se do fenômeno pelo qual as normas da Constituição anterior, desde que compatíveis com a nova ordem, permanecem em vigor, mas com o status de lei infraconstitucional. Ou seja, as normas da Constituição anterior são recepcionadas com o status de norma infraconstitucional pela nova ordem.
- Exposta a doutrina, resta indagar: o fenômeno da desconstitucionalização é verificado no Brasil? Como regra geral, não! No entanto, poderá ser percebido quando a nova Constituição, expressamente, assim o requerer, tendo em vista ser o poder constituinte originário ilimitado e autônomo, podendo tudo, inclusive prever o aludido fenômeno, mas desde que o faça, como visto, de maneira inequívoca e expressa.

5. EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

5.1. EFICÁCIA JURÍDICA E EFICÁCIA SOCIAL

- Como regra geral, todas as normas constitucionais apresentam eficácia, algumas jurídica e social e outras apenas jurídica.
- Michel Temer observa que a “eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam”.
- As normas constitucionais, segundo José Afonso da Silva, podem ser de eficácia: **plena, contida e limitada**

5.2. NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA PLENA

- Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral são aquelas normas da Constituição que, no momento em que esta entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional (situação esta que pode ser observada, também, na hipótese de introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5.º, § 3.º). Como regra geral criam órgãos ou atribuem aos entes federativos competências. Não têm a necessidade de ser integradas. Aproximam-se do que a doutrina clássica norte-americana chamou de normas autoaplicáveis (self-executing, self-enforcing ou self-acting).
- Como exemplo, lembramos os arts. 2.º; 14, § 2.º; 17, § 4.º; 19; 20; 21; 22; 24; 28, caput; 30; 37, III; 44, parágrafo único; 45, caput; 46, § 1.º; 51; 52; 60, § 3.º; 69; 70; 76; 145, § 2.º; 155; 156; 201, §§ 5.º e 6.º (cf. AI 396.695 -AgR, DJ de 06.02.2004); 226, § 1.º; 230, § 2.º (gratuidade de transporte coletivo urbano para os maiores de 65 anos — cf. ADI 3.768, DJ de 26.10.2007), todos da CF/88.

5.3. NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA CONTIDA

- As normas constitucionais de eficácia contida ou prospectiva têm aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral. Embora tenham condições de, quando da promulgação da nova Constituição (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5.º, § 3.º), produzir todos os seus efeitos, poderá a norma infraconstitucional reduzir a sua abrangência.
- Como exemplo lembramos o art. 5.º, XIII, da CF/88, que assegura ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Ou seja, garante -se o direito do livre -exercício profissional, mas uma lei, como exemplo, o Estatuto da OAB, pode exigir que para nos tornarmos advogados sejamos aprovados em um exame de ordem. Sem essa aprovação, infelizmente, não poderemos exercer a profissão de advogado, sendo apenas bacharéis em direito. O que a lei infraconstitucional fez foi reduzir a amplitude do direito constitucionalmente assegurado. A questão foi posta, e o STF entendeu que “o exame de suficiência discutido seria compatível com o juízo de proporcionalidade e não alcançaria o núcleo essencial da liberdade de ofício. No concernente à adequação do exame à finalidade prevista na Constituição —

assegurar que as atividades de risco sejam desempenhadas por pessoas com conhecimento técnico suficiente, de modo a evitar danos à coletividade — aduziu-se que a aprovação do candidato seria elemento a qualificá-lo para o exercício profissional” (RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.10.2011, Plenário, Inf. 646/STF).

- Outros exemplos, ainda, podem ser constatados nos incisos VII, VIII, XV, XXIV, XXV,4 XXVII e XXXIII do art. 5.º; 15, IV; 37, I; 170, parágrafo único etc.

5.4. NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA

- São aquelas normas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5.º, § 3.º), não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. São, portanto, de aplicabilidade mediata e reduzida, ou, segundo alguns autores, aplicabilidade diferida.
- As normas de eficácia limitada, declaratórias de princípios institutivos ou organizativos (ou orgânicos) contêm esquemas gerais (iniciais) de estruturação de instituições, órgãos ou entidades. Como exemplos podemos citar os arts. 18, § 2.º; 22, parágrafo único; 25, § 3.º; 33; 37, XI; 88; 90, § 2.º; 91, § 2.º; 102, § 1.º; 107, § 1.º; 109, VI; 109, § 3.º; 113; 121; 125, § 3.º; 128, § 5.º; 131; 146; 161, I; 224...
- Já normas de eficácia limitada, declaratórias de princípios programáticos, veiculam programas a serem implementados pelo Estado, visando a realização de fins sociais (arts. 6.º — direito à alimentação; 196 — direito à saúde; 205 — direito à educação; 215 — cultura; 218, caput — ciência e tecnologia; 227 — proteção da criança...)

5.5. NORMAS DEFINIDORAS DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E O GRADUALISMO EFICACIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

- As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, de acordo com o art. 5.º, § 1.º, da CF/88, têm aplicação imediata.
- O termo “aplicação”, não se confunde com “aplicabilidade”, na teoria de José Afonso da Silva, que classifica, conforme visto, as normas de eficácia plena e contida como tendo “aplicabilidade” direta e imediata, e as de eficácia limitada possuidoras de aplicabilidade mediata ou indireta.
- Então, qual seria o sentido dessa regra inscrita no art. 5.º, § 1.º? José Afonso da Silva explica: “em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”.

6. DIVISÃO ESPACIAL DO PODER — ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

6.1. NOÇÕES PRELIMINARES

- A organização e estrutura do Estado podem ser analisadas sob três aspectos: forma de governo, sistema de governo e forma de Estado.
 - forma de governo: República ou Monarquia;
 - sistema de governo: presidencialismo ou parlamentarismo;
 - forma de Estado: Estado unitário ou Federação.
- O Brasil adotou a forma republicana de governo, o sistema presidencialista de governo¹ e a forma federativa de Estado.

6.2. FEDERAÇÃO

6.2.1. Características. Apesar de cada Estado federativo apresentar características peculiares, inerentes às suas realidades locais, encontramos alguns pontos em comum que podem assim ser sistematizados:

- descentralização política: a própria Constituição prevê núcleos de poder político, concedendo autonomia para os referidos entes;
- repartição de competência: garante a autonomia entre os entes federativos e, assim, o equilíbrio da federação;
- Constituição rígida como base jurídica: fundamental a existência de uma Constituição rígida no sentido de garantir a distribuição de competências entre os entes autônomos, surgindo, então, uma verdadeira estabilidade institucional;
- inexistência do direito de secessão: não se permite, uma vez criado o pacto federativo, o direito de separação, de retirada. Tanto é que, só a título de exemplo, no Brasil, a CF/88 estabeleceu em seu art. 34, I, que a tentativa de retirada ensejará a decretação da intervenção federal no Estado “rebelante”. Eis o princípio da indissolubilidade do vínculo federativo, lembrando, inclusive, que a forma federativa de Estado é um dos limites materiais ao poder de emenda, na medida em que, de acordo com o art. 60, § 4.º, I, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado;
- soberania do Estado federal: a partir do momento que os Estados ingressam na Federação perdem soberania, passando a ser autônomos. Os entes federativos são, portanto, autônomos entre si, de acordo com as regras constitucionalmente previstas, nos limites de sua competência; a soberania, por seu turno, é característica do todo, do “país”, do Estado federal, no caso do Brasil, tanto é que aparece como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1.º, I, CF/88).
- intervenção: diante de situações de crise, o processo interventivo surge como instrumento para assegurar o equilíbrio federativo e, assim, a manutenção da Federação;
- auto-organização dos Estados-membros: através da elaboração das constituições estaduais (vide art. 25 da CF/88);
- órgão representativo dos Estados-membros: no Brasil, de acordo com o art. 46, a representação dá -se através do Senado Federal;
- guardião da Constituição: no Brasil, o STF;
- repartição de receitas: assegura o equilíbrio entre os entes federativos (arts. 157 a 159).

6.2.2. Federação na CF/88 e princípios fundamentais

- **Composição e sistematização conceitual:** O art. 1.º, caput, da CF/88 preceitua

que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, sendo que o caput de seu art. 18 complementa, estabelecendo que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

- **Fundamentos da República Federativa do Brasil:** O art. 1.º enumera, como fundamentos da República Federativa do Brasil:
 - soberania — fundamento da República Federativa do Brasil e não da União enquanto ente federativo. A soberania é do conjunto formado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios;
 - cidadania;
 - dignidade da pessoa humana;
 - valores sociais do trabalho e da livre- iniciativa;
 - pluralismo político.
- **Objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:** vêm relacionados no art. 3.º da CF/88. Como advertiu Celso Bastos, “a ideia de objetivos não pode ser confundida com a de fundamentos, muito embora, algumas vezes, isto possa ocorrer. Os fundamentos são inerentes ao Estado, fazem parte de sua estrutura. Quanto aos objetivos, estes consistem em algo exterior que deve ser perseguido”. 18 A CF/88 assim os define:
 - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 - garantir o desenvolvimento nacional;
 - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
- **Princípios que regem a República Federativa do Brasil nas relações Internacionais:** O art. 4.º da CF/88 dispõe que a República Federativa do Brasil é regida nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
 - independência nacional;
 - prevalência dos direitos humanos;
 - autodeterminação dos povos;
 - não intervenção;
 - igualdade entre os Estados;
 - defesa da paz;
 - solução pacífica dos conflitos;
 - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
 - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
 - concessão de asilo político.
- **Vedações constitucionais impostas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:** Existe expressa vedação constitucional, prevista no art. 19 da CF/88, impossibilitando aos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios):
 - 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. O Brasil é um país leigo, laico, não confessional, ou seja, desde o advento da República não adota qualquer religião oficial;
 - recusar fé aos documentos públicos, ou seja, os documentos públicos presumem-se idôneos;
 - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si, inegável

desdobramento do princípio da isonomia

6.3. UNIÃO FEDERAL

- A União, segundo José Afonso da Silva, "... se constitui pela congregação das comunidades regionais que vêm a ser os Estados -Membros. Então quando se fala em Federação se refere à união dos Estados. No caso brasileiro, seria a união dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Por isso se diz União Federal..."
- A União possui "dupla personalidade", pois assume um papel interno e outro internacionalmente.
- Internamente, ela é uma pessoa jurídica de direito público interno, componente da Federação brasileira e autônoma na medida em que possui capacidade de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração, configurando, assim, autonomia financeira, administrativa e política .
- Internacionalmente, a União representa a República Federativa do Brasil (vide art. 21, I a IV). Observe-se que a soberania é da República Federativa do Brasil, representada pela União Federal.

6.4. ESTADOS-MEMBROS

- Os Estados federados são autônomos, em decorrência da capacidade de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação. Trata-se de autonomia, e não de soberania, na medida em que a soberania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Internamente, os entes federativos são autônomos, nos limites de suas competências, constitucionalmente definidas, delimitadas e asseguradas. Constituem pessoas jurídicas de direito público interno, autônomos, nos seguintes termos:
 - auto-organização: art. 25, caput, que, como vimos, preceitua que os Estados se organizarão e serão regidos pelas leis e Constituições que adotarem, observando-se, sempre, as regras e preceitos estabelecidos na CF;
 - autogoverno: os arts. 27, 28 e 125 estabelecem regras para a estruturação dos "Poderes": Legislativo: Assembleia Legislativa; Executivo: Governador do Estado; e Judiciário: Tribunais e Juízes;
 - autoadministração e autolegislação: arts. 18 e 25 a 28 — regras de competências legislativas e não legislativas
- **Formação dos Estados-membros:** O art. 18, § 3.º, da CF/88 prevê os requisitos para o processo de criação dos Estados-membros que deverão ser conjugados com outro requisito previsto no art. 48, VI.
 - Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar;
 - à Casa perante a qual tenha sido apre sentado o projeto de lei complementar referido no item anterior compete proceder a audiência das respectivas Assembleias Legislativas (art. 4.º, § 2.º, da Lei n. 9.709/98, regulamentando o art. 48, VI, da CF/88).

6.5. MUNICÍPIOS

- O Município pode ser definido como pessoa jurídica de direito público interno e

- autônoma nos termos e de acordo com as regras estabelecidas na CF/88.
- Muito se questionou a respeito de serem os Municípios parte integrante ou não de nossa Federação, bem como sobre a sua autonomia. A análise dos arts. 1.º e 18, bem como de todo o capítulo reservado aos Municípios (apesar de vozes em contrário), leva -nos ao único entendimento de que eles são entes federativos, dotados de autonomia própria, materializada por sua capacidade de auto -organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação. Ainda mais diante do art. 34, VII, “c”, que estabelece a intervenção federal na hipótese de o Estado não respeitar a autonomia municipal.
 - Internamente, os entes federativos são autônomos, na medida de sua competência, constitucionalmente definida, delimitada e assegurada. Vejamos:
 - auto -organização: art. 29, caput — os Municípios organizam- se por meio de Lei Orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal, na Constituição do respectivo Estado e os preceitos estabelecidos nos incisos I a XIV do art. 29 da CF/88;
 - autogoverno: elege, diretamente, o Prefeito, Vice -Prefeito e Vereadores (confira incisos do art. 29);
 - autoadministração e autolegislação: art. 30 — regras de competência
 - criação de Municípios:

REDAÇÃO ORIGINAL (1988)	REDAÇÃO DADA PELA EC N. 15/98
<p>■ Art. 18, § 4.º: A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em Lei Complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas.</p>	<p>■ Art. 18, § 4.º: A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.</p>

- **Competências não legislativas (administrativas ou materiais)**
 - comum (cumulativa ou paralela): trata -se de competência não legislativa comum aos quatro entes federativos, quais sejam, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, prevista no art. 23 da CF/88;
 - **privativa** (enumerada): art. 30, III a IX — assim definidas: “Art. 30. Compete aos Municípios: ... III — instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; IV — criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; V — organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; VI — manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental (redação dada pela EC n. 53/2006); VII — prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VIII — promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX — **promover a proteção do patrimônio histórico -cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual**”.

6.6. DISTRITO FEDERAL

- O Distrito Federal é, portanto, uma unidade federada autônoma, visto que possui capacidade de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação:
 - auto -organização: art. 32, caput — estabelece que o Distrito Federal se regerá por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal;
 - autogoverno: art. 32, §§ 2.º e 3.º — eleição de Governador e Vice – Governador e dos Deputados Distritais;
 - autoadministração e autolegislação: regras de competência legislativas e não legislativas, que serão abaixo estudadas.
 - impossibilidade de divisão do Distrito Federal em Municípios: o art. 32, caput, expressamente, veda a divisão do Distrito Federal em Municípios, ao contrário do que acontece com os Estados e Territórios;
 - autonomia parcialmente tutelada pela União: a) o art. 32, § 4.º, declara inexistir polícias civil, militar e corpo de bombeiros militar, pertencentes ao Distrito Federal. Tais instituições, embora subordinadas ao Governador do Distrito Federal (art. 144, § 6.º), são organizadas e mantidas diretamente pela União, sendo que a referida utilização pelo Distrito Federal será regulada por lei federal (cf. S. 647/STF, 24.09.2003 e capítulo sobre segurança pública, item 13.7.6); b) também observar que o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal serão organizados e mantidos pela União (arts. 21, XIII e XIV, e 22, XVII)

6.6. TERRITÓRIOS

- Apesar de ter personalidade, o território não é dotado de autonomia política. Trata - se de mera descentralização administrativo -territorial da União, qual seja, uma autarquia que, conforme expressamente previsto no art. 18, § 2.º, integra a União.
- Não existem mais territórios no Brasil. Até 1988 existiam três territórios: Roraima, Amapá e Fernando de Noronha.
 - Roraima: foi transformado em Estado, de acordo com o art. 14, caput, do ADCT;
 - Amapá: também foi transformado em Estado, de acordo com o art. 14, caput, do ADCT;
 - Fernando de Noronha: foi extinto, sendo a sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco

7. PODER EXECUTIVO

7.1 INTRODUÇÃO

- O órgão executivo, como já visto, pratica atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração. Atipicamente, o Executivo legisla, por exemplo, via medida provisória (art. 62) e julga, no “contencioso administrativo”, exercido em caso de defesa de multa de trânsito.

7.2. PRESIDENCIALISMO VERSUS PARLAMENTARISMO

- No sistema presidencialista, as funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo encontram -se nas mãos de uma única pessoa, qual seja, o Presidente da República. Já no parlamentarismo, a função de Chefe de Estado é exercida pelo Presidente da República (República parlamentarista) ou Monarca (Monarquia parlamentarista), enquanto a função de Chefe de Governo, pelo Primeiro -Ministro, chefiando o Gabinete.
- No presidencialismo fica mais bem caracterizada a separação de funções estatais. Isso porque, conforme anuncia Michel Temer, “no parlamentarismo verifica -se o deslocamento de uma parcela da atividade executiva para o Legislativo. Nesse particular fortalece -se a figura do Parlamento que, além da atribuição de inovar a ordem jurídica em nível imediatamente infraconstitucional, passa a desempenhar, também, função executiva”

7.3. O PODER EXECUTIVO NA CF/88

7.3.1. O exercício do Poder Executivo no Brasil

7.3.1.1. Âmbito federal

- O Poder Executivo no Brasil, conforme estabelece o art. 76, é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado. Como visto, percebe -se um acúmulo do exercício das funções de Chefe de Estado e de Governo na figura de uma única pessoa, no caso, o Presidente da República.

7.3.1.2. Âmbito estadual

- Em âmbito estadual, o Poder Executivo é exercido pelo Governador de Estado, auxiliado pelos Secretários de Estado, sendo substituído (no caso de impedimento) ou sucedido (no caso de vaga), pelo Vice -Governador, com ele eleito, observando-se algumas outras regras:
 - eleição do Governador e do Vice -Governador de Estado: será realizada no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em 1.º de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77 (art. 28, caput);
 - mandato: o mandato é de 4 anos, permitindo-se a reeleição para um único período subsequente (art. 28, caput, c/c o art. 14, § 5.º);
 - perda do mandato: perderá o mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na Administração Pública direta ou indireta, ressalvada a

- posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I, IV e V (art. 28, § 1.º);
- subsídios do Governador, Vice -Governador e Secretários de Estado: o subsídio do Governador, do Vice -Governador e dos Secretários de Estado será fixado por lei de iniciativa da Assembleia Legislativa, observado o que dispõem os arts. 37, XI; 39, § 4.º; 150, II; 153, III; e 153, § 2.º, I (art. 28, § 2.º, acrescentado pela EC n. 19/98).

7.3.1.3. Âmbito distrital

- eleição: o art. 32, § 2.º, estabelece que a eleição do Governador e do Vice – Governador do DF, observadas as regras do art. 77, coincidirá com a dos Governadores Estaduais;
- mandato: 4 anos, permitindo -se a reeleição para um único período subsequente (art. 32, § 2.º, c/c o art. 14, § 5.º).

7.3.1.4. Âmbito municipal

- O art. 29, I a III, estabelece as seguintes regras sobre o Poder Executivo municipal:
 - eleição: do Prefeito, do Vice -Prefeito, para mandato de 4 anos, mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o País no primeiro domingo de outubro do no anterior ao término do mandato dos que devam suceder, aplicadas as regras do art. 77 no caso de Municípios com mais de 200 mil eleitores, sendo permitida a reeleição para um único período subsequente (art. 14, § 5.º);
 - posse: do Prefeito e do Vice -Prefeito em 1.º de janeiro do ano subsequente ao da eleição;
 - perda do mandato: perderá o mandato o Prefeito que assumir outro cargo ou função na Administração Pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I, IV e V (art. 28, § 1.º — primitivo parágrafo único, transformado em § 1.º pela EC n. 19/98, c/c o art. 29, XIV, inciso renumerado pela EC n. 1/92).

7.3.1.5. Âmbito dos Territórios Federais

- A direção dos Territórios Federais dar-se-á por Governador, nomeado pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, conforme estabelecem os arts. 33, § 3.º; 52, III, “c”; e 84, XIV

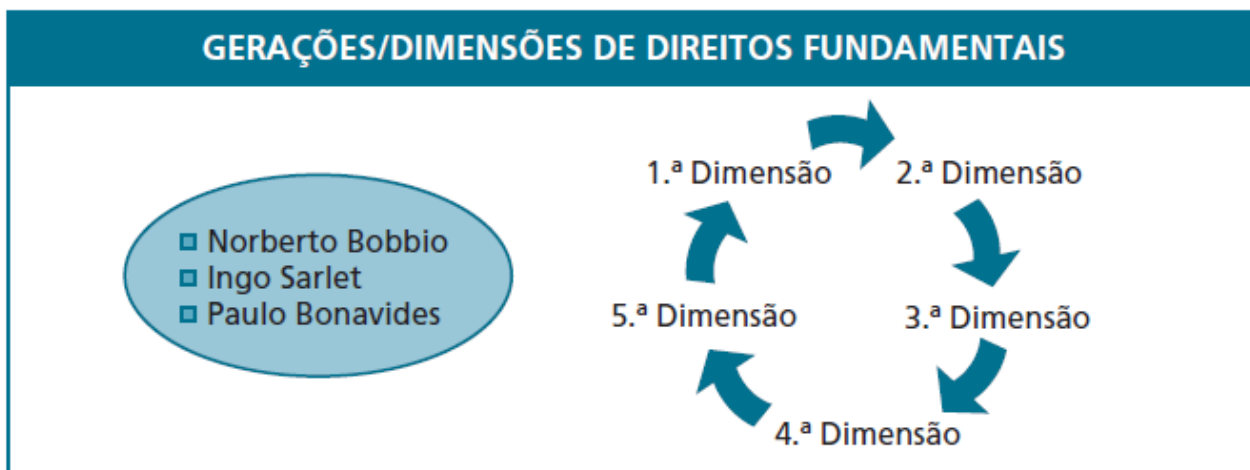
Aula 2 – Direitos e Garantias Fundamentais preconizados na Constituição e Direitos Humanos

8. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

8.1. LOCALIZAÇÃO

- A CF/88, em seu Título II, classifica o gênero direitos e garantias fundamentais em importantes grupos, a saber:
 - direitos e deveres individuais e coletivos;
 - direitos sociais;
 - direitos de nacionalidade;
 - direitos políticos;
 - partidos políticos.
- Estudo será restrito pelos direitos e deveres individuais e coletivos, lembrando, desde já, como manifestou o STF, corroborando a doutrina mais atualizada, que os direitos e deveres individuais e coletivos **não se restringem ao art. 5.º da CF/88**, podendo ser encontrados ao longo do texto constitucional, expressos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou, ainda, decorrentes dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte.

8.2. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (“GERAÇÕES” OU “DIMENSÕES” DE DIREITOS)



- A doutrina, dentre vários critérios, costuma classificar os direitos fundamentais em **gerações de direitos**, lembrando a preferência da doutrina mais atual sobre a expressão “**dimensões**” dos direitos fundamentais no sentido de que uma nova “dimensão” não abandonaria as conquistas da “dimensão” anterior e, assim, a expressão se mostraria mais adequada nesse sentido de proibição de evolução reacionária.
- Partindo dos lemas da Revolução Francesa — **liberdade, igualdade e fraternidade**, anunciavam-se os direitos de 1.ª, 2.ª e 3.ª dimensão e que iriam evoluir segundo a doutrina para uma 4.ª e 5.ª dimensão

8.2.1. Direitos fundamentais da 1.^a dimensão

- Os **direitos humanos da 1.^a dimensão** marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às **liberdades individuais**, em uma verdadeira perspectiva de absentéismo estatal.
- Mencionados direitos dizem respeito às **liberdades públicas** e aos **direitos políticos**, ou seja, **direitos civis e políticos** a traduzir o **valor liberdade**.
- São **direitos de resistência** ou de **oposição** perante o Estado

8.2.2. Direitos fundamentais da 2.^a dimensão

- O momento histórico que os inspira e impulsiona os **direitos humanos de 2.^a dimensão** é a **Revolução Industrial** europeia, a partir do século XIX.
- Busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social.
- O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de **direitos sociais**.
- Essa perspectiva de evidenciação dos **direitos sociais, culturais e econômicos**, bem como dos **direitos coletivos**, ou de **coletividade**, correspondendo aos direitos de igualdade (substancial, real e material e não meramente formal) mostra-se marcante em alguns documentos.
- Em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre são resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos (aquilo que hoje se fala em “**reserva do possível**”).

8.2.3. Direitos fundamentais da 3.^a dimensão

- Os **direitos fundamentais da 3.^a dimensão** são marcados pela alteração da sociedade por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), identificando-se profundas alterações nas relações econômico-sociais.
- Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de **preservacionismo ambiental** e as dificuldades para **proteção dos consumidores**, só para lembrar aqui dois candentes temas. O **ser humano é inserido em uma coletividade** e passa a ter direitos de **solidariedade** ou **fraternidade**

8.2.4. Direitos fundamentais da 4.^a dimensão

- Segundo orientação de **Norberto Bobbio**, referida geração de direitos decorreria dos avanços no campo da **engenharia genética**, ao colocarem em risco a própria existência humana, por meio da manipulação do patrimônio genético. Segundo o mestre italiano: “... já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar -se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”
- Paulo Bonavides afirma que a **globalização política** corresponderia à derradeira fase de **institucionalização** do Estado social, destacando -se os direitos a: **democracia (direta)**; **informação**; e **pluralismo**.
- Assim, para Bonavides, os direitos da 4.^a dimensão decorrem da globalização dos direitos fundamentais, o que significa universalizá-los no campo institucional.

8.2.5 Direitos fundamentais da 5.^a dimensão

- Bonavides entende que o **direito à paz** deva ser tratado em dimensão autônoma, chegando a afirmar que a paz é axioma da democracia participativa, ou, ainda, **supremo direito da humanidade**.

8.3. DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

- Como vimos, o art. 5.^o trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, espécie do gênero direitos e garantias fundamentais (Título II). Assim, apesar de referir-se, de modo expresso, apenas a direitos e deveres, também consagrou as garantias fundamentais. Resta diferenciá-los.
- **Direitos** são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as **garantias** são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados.
- Vejamos dois exemplos:
 - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre-exercício dos cultos religiosos — art. 5.^o, VI (**direito**) —, garantindo -se na forma da lei a proteção aos locais de culto e suas liturgias (**garantia**);
 - direito ao juízo natural (**direito**) — o art. 5.^o, XXXVII, veda a instituição de juízo ou tribunal de exceção (**garantia**).

8.4. ABRANGÊNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

- O art. 5.^o, caput, da CF/88 estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo -se aos **brasileiros** e aos **estrangeiros residentes no País** a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos dos seus 78 incisos e parágrafos. Trata -se de um rol meramente **exemplificativo**, na medida em que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (§ 2.^o - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte)
- Esse tema ganha bastante relevância com o art. 5.^o, § 3.^o, da CF/88, acrescentado pela **EC n. 45/2004**, que diz: “§ 3^o 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).
- O caput do art. 5.^o faz referência expressa somente a **brasileiros (natos ou naturalizados**, já que não os diferencia) e **estrangeiros residentes no País**. Contudo, a estes destinatários expressos, a doutrina e o STF vêm acrescentando, mediante **interpretação sistemática**, os **estrangeiros não residentes** (por exemplo, **turismo**), os **apátridas** e as **pessoas jurídicas**.
- Exemplo: um estrangeiro, de passagem pelo território nacional, ilegalmente preso, impetrasse habeas corpus (art. 5.^o, LXVIII) para proteger o seu direito de ir e vir. Deve-se observar, é claro, se o direito garantido não possui alguma especificidade,

como ação popular, que só pode ser proposta pelo **cidadão**.

8.5. NORMAS DEFINIDORAS DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E O GRADUALISMO EFICACIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

- As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, de acordo com o art. 5.º, § 1.º, da CF/88, têm **aplicação imediata**.

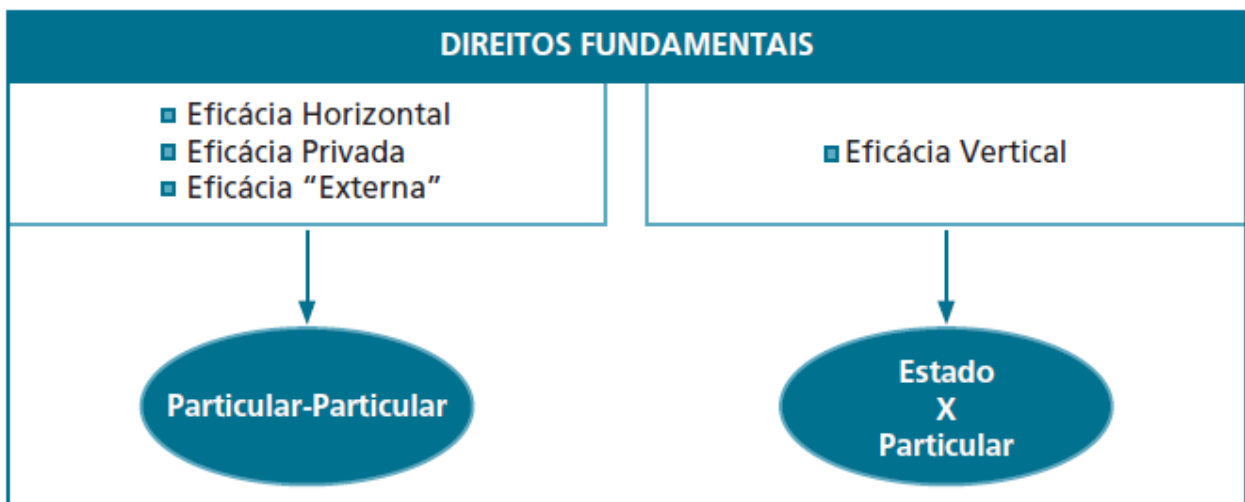
Art. 5º omissis

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata

- Conforme anota José Afonso da Silva, ter **aplicação** imediata significa que as normas constitucionais são *“dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam. A regra é que as normas definidoras de direitos e garantias individuais (direitos de 1.ª dimensão, acrescente -se) sejam de aplicabilidade imediata. Mas aquelas definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos (direitos de 2.ª dimensão, acrescente -se) nem sempre o são, porque não raro dependem de providências ulteriores que lhes completem a eficácia e possibilitem sua aplicação”*
- Prossegue o autor: “por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta”.¹⁹
- Exemplo de norma definidora de direito e garantia fundamental que depende de lei: podemos citar o **direito de greve** dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, ou o da **aposentadoria especial**, garantido nos termos do art. 40, § 4.º.
- **Então, qual seria o sentido dessa regra inscrita no art. 5.º, § 1.º?** José Afonso da Silva explica: “em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma **situação concreta** nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”. Nesse sentido, diante de **omissão** de medida para tornar efetiva norma constitucional, a CF/88 trouxe duas importantes novidades, quais sejam, a **ação direta de inconstitucionalidade por omissão — ADO** (agora regulamentada na Lei n. 12.063, de 27.10.2009) e o **mandado de injunção** (MI, art. 5.º, LXXI).

8.6 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

- A **eficácia horizontal dos direitos fundamentais**, também denominado pela doutrina eficácia **privada** ou **externa** dos direitos fundamentais, surge como importante contraponto à ideia de **eficácia vertical** dos direitos fundamentais.
- A aplicação dos direitos fundamentais nas **relações entre o particular e o Poder Público** não se discute. Por exemplo, certamente, em um concurso público deverá ser obedecido o princípio da isonomia. Agora, por outro lado, será **que nas relações privadas** deve o princípio da isonomia ser obedecido?



- Abaixo alguns precedentes em relação aos quais o Judiciário entendeu razoável a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas:
 - RE 160.222-8 — entendeu-se constituir “constrangimento ilegal” a revista íntima em mulheres em fábrica de lingerie;
 - RE 158.215-4 — entendeu-se violado o princípio do devido processo legal e ampla defesa na hipótese de exclusão de associado de cooperativa sem direito à defesa;
 - RE 161.243-6 — discriminação de empregado brasileiro em relação ao francês na empresa “Air France”, mesmo realizando atividades idênticas. Determinação de observância do princípio da isonomia;
 - RE 175.161-4 — contrato de consórcio que prevê devolução nominal de valor já pago em caso de desistência — violação ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade (devido processo legal substantivo);
 - HC 12.547/STJ — prisão civil em contrato de alienação fiduciária em razão de aumento absurdo do valor contratado de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24. Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (alertamos que o STF editou a SV n. 25/2009: “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”);
 - REsp 249.321 — cláusula de indenização tarifada em caso de responsabilidade civil do transportador aéreo — violação ao princípio da dignidade da pessoa humana;
 - RE 201.819 — exclusão de membro de sociedade sem a possibilidade de sua defesa — violação do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (Gilmar Mendes).

COLISÃO	
<ul style="list-style-type: none"> ■ Autonomia da Vontade ■ Livre-Iniciativa ■ Art. 1.º, IV ■ Art. 170, <i>caput</i> 	X
	<ul style="list-style-type: none"> ■ Dignidade da Pessoa Humana ■ Máxima efetividade dos direitos fundamentais ■ Art. 1.º, III ■ Art. 5.º, § 1.º

8.7. DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

8.7.1. Direito à vida (art. 5.º, *caput*)

- O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5.º, caput, abrange tanto o **direito de não ser morto**, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o **direito de ter uma vida digna**.
- Em decorrência do seu primeiro desdobramento (direito de não se ver privado da vida de modo artificial), encontramos a **proibição da pena de morte**, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX. Assim, mesmo por emenda constitucional é vedada a instituição da pena de morte no Brasil, sob pena de se ferir a **cláusula pétrea do art. 60, § 4.º, IV**, lembrando, ainda, a doutrina moderna que impede, ainda, a **evolução reacionária** ou o **retrocesso social**.
- **CÉLULA -TRONCO, ABORTO, EUTANÁSIA**
 - Aborto – ADPF 54 – ABORTO FETOS ANENCÉFALOS – O Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS, a fim de declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do CP. Prevaleceu o voto do Min. Marco Aurélio, relator, segundo o qual não se trata de aborto porque não há a possibilidade de vida do feto fora do útero. Portanto os médicos que fazem a cirurgia e as gestantes que decidem interromper a gravidez **não cometem qualquer espécie de crime**. Com a decisão, para interromper a gravidez de feto anencéfalo, as mulheres **não precisam de decisão judicial** que as autorize. Basta o diagnóstico de anencefalia.
 - Célula-tronco - ADI 3.510 - o STF teve que enfrentar a definição do conceito de vida, no julgamento que tratava da análise do art. 5.º da Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). Os argumentos do PGR eram no sentido de que a Lei de Biossegurança **violava o direito à vida** e a **dignidade da pessoa humana**, sendo que a vida humana começa a partir da fecundação. O STF entendeu, por votação bastante apertada, **6 X 5**, que as pesquisas com célula -tronco embrionária, nos termos da lei, **não violam o direito à vida**. A constatação de que a vida começa com a existência do cérebro (segundo o STF e sem apresentar qualquer análise axiológica ou filosófica) estaria estabelecida, também, no art. 3.º da Lei de Transplantes, que prevê a possibilidade de transplante depois da morte desde que se constate a morte encefálica. Logo, para a lei, o fim da vida estaria previsto com a morte cerebral e, novamente, sem cérebro, não haveria vida e, portanto, nessa linha, o conceito de vida estaria ligado (segundo o STF) ao surgimento do cérebro.
 - Eutanásia – dentro da ideia de **vida digna**, a eutanásia ganha destaque, pois o direito à vida quer significar, também, o direito de viver com dignidade. A eutanásia passiva vem adquirindo vários defensores (o desligamento das máquinas de doentes em estágio terminal, sem diagnóstico de recuperação), assim como o suicídio assistido. Alguns falam que a eutanásia ativa (o Estado — médico — provocando a morte) seria homicídio. O tema está lançado e precisa ser mais bem desenvolvido pela sociedade, inclusive em audiências públicas. A ideia de bom-senso, prudência e razoabilidade deve ser considerada. A vida deve ser vivida com dignidade. Definido o seu início (tecnicamente pelo STF), não se pode deixar de considerar o sentimento de cada um. A decisão individual terá que ser respeitada. A fé e esperança não podem ser menosprezadas e, portanto, a frieza da definição não conseguirá explicar e convencer os milagres da

vida. Há situações que não se explicam matematicamente e, dessa forma, a decisão pessoal (dentro da ideia de ponderação) deverá ser respeitada. O radicalismo não levará a lugar algum. A Constituição garante, ao menos, apesar de ser o Estado laico, o amparo ao sentimento de esperança e fé que, muitas vezes, dá sentido a algumas situações incompreensíveis da vida.

8.7.2. Princípio da igualdade (art. 5.º, caput, e I)

- O art. 5.º, caput, consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.
- Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a **igualdade material**, uma vez que a lei deverá tratar **igualmente os iguais e desigualmente os desiguais**, na medida de suas desigualdades. Isso porque, no Estado Social ativo, **efetivador dos direitos humanos**, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei.
- Essa busca por uma igualdade substancial, muitas vezes idealista, a própria Constituição se encarrega de aprofundar a regra da isonomia material: a) art. 3.º, I, III e IV; b) art. 4.º, VIII; c) art. 5.º, I, XXXVII, XLI e XLII; d) art. 7.º, XX, XXX, 26 XXXI, XXXII e XXXIV; e) art. 12, §§ 2.º e 3.º; f) art. 14, caput; g) art. 19, III; h) art. 23, II e X; i) art. 24, XIV; j) art. 37, I e VIII; k) art. 43, caput; l) art. 146, III, “d” (EC n. 42/2003 — Reforma Tributária); m) art. 150, II; n) art. 183, § 1.º, e art. 189, parágrafo único; o) art. 203, IV e V; p) art. 206, I; q) art. 208, III; r) art. 226, § 5.º; s) art. 231, § 2.º etc.
- Em outras, é o próprio constituinte quem estabelece as desigualdades, por exemplo, em relação à igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, nos termos da Constituição, destacando -se as seguintes diferenciações: a) art. 5.º, L (condições às presidiárias para que possam permanecer com os seus filhos durante o período de amamentação); b) art. 7.º, XVIII e XIX (licença -maternidade e licença -paternidade); c) art. 143, §§ 1.º e 2.º (serviço militar obrigatório); d) arts. 201, § 7.º, I e II; 201, § 8.º; art. 9.º da EC n. 20/98; art. 40 da CF/88; art. 8.º da EC n. 20/98; arts. 2.º e 6.º da EC n. 41/2003 — Reforma da Previdência — dentre outros (regras sobre aposentadoria).
- aplicação das denominadas **discriminações positivas**, ou **affirmative actions**, tendo em vista que, segundo David Araujo e Nunes Júnior, “... o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereceriam tratamento diverso. Enfocando -os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer **medidas de compensação**, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições”.
 - **ADPF 186 – POLÍTICA DE COTAS** - O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) **considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais** para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB). Por unanimidade, os ministros julgaram improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, ajuizada na Corte pelo Partido Democratas (DEM). Os ministros seguiram o voto do relator do caso, ministro Ricardo Lewandowski, o qual afirmou que as políticas de ação afirmativa adotadas pela UnB estabelecem um ambiente acadêmico plural e diversificado, e têm o objetivo de superar distorções sociais historicamente consolidadas. Além disso, segundo ele, os meios empregados e os fins

perseguidos pela UnB são marcados pela proporcionalidade, razoabilidade e as políticas são transitórias, com a revisão periódica de seus resultados. “No caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudante negros e ‘de um pequeno número delas’ para índios de todos os Estados brasileiros pelo prazo de 10 anos constitui, a meu ver, providência adequada e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos. A política de ação afirmativa adotada pela Universidade de Brasília não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se também sob esse ângulo compatível com os valores e princípios da Constituição”.

- **ADI 3330 - PROUNI** - O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, julgou improcedente o pedido feito na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3330, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen). A entidade questionava a Medida Provisória nº 213/04, convertida na Lei nº 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos (ProUni) e passou a regular a atuação de entidades de assistência social no ensino superior. No julgamento da ADI – à qual foi anexada a ADI 3314, proposta pelo partido DEM, por ter exatamente o mesmo objeto – o STF considerou que **o ProUni é coerente com diversos dispositivos constitucionais que preveem a redução de desigualdades sociais**. Em favor desse argumento, ele citou dados do Censo Anual de 2008 do Ministério da Educação (MEC) e do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisa Educacional (Inep), segundo o qual havia, naquele ano, uma oferta de 2,98 milhões de vagas nas universidades de todo o país, das quais 1,479 milhão estavam ociosas. Ainda segundo aquele censo, a maior parte dessas vagas ociosas se localizava em universidades privadas. E a causa disso era a dificuldade financeira das famílias de pagar o estudo superior de seus filhos. Assim, conforme o ministro, ao financiar a bolsa total para alunos de famílias com renda até 1,5 salário mínimo e parcial para aqueles egressos de famílias com renda de até 3 salários mínimos, o ProUni **representa um importante fator de inserção social**. E essa afirmação, segundo ele, é confirmada por uma pesquisa feita em março de 2009 pelo Ibope, segundo a qual 56% dos alunos apoiados pelo ProUni já trabalhavam quando iniciaram seu curso superior, mas seu nível de emprego aumentou para 80% após esse patrocínio, contribuindo para melhorar a renda de suas famílias. Além disso, conforme argumentou, o custo de cada bolsa do programa é inferior ao custo por aluno em universidades públicas e, também, privadas.

8.7.3 Princípio da legalidade (art. 5.º, II)

- O princípio da legalidade surgiu com o Estado de Direito, opondo-se a toda e qualquer forma de poder autoritário, antidemocrático. Esse princípio já estava previsto no art. 4.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. No direito brasileiro vem contemplado nos arts. 5.º, II; 37; e 84, IV, da CF/88.
- O inciso II do art. 5.º estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.
- Mencionado princípio deve ser lido de forma diferente para o **particular** e para a **administração**.
 - No âmbito das **relações particulares**, pode-se fazer **tudo o que a lei não proíbe**, vigorando o princípio da autonomia da vontade, lembrando a possibilidade de ponderação desse valor com o da dignidade da pessoa humana e, assim, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas

- relações entre particulares.
- Já em **relação à administração**, ela só poderá fazer o que a lei permitir. Deve andar nos “trilhos da lei”, corroborando a máxima do direito inglês: *rule of law, not of men*. Trata -se do princípio da legalidade estrita, que, por seu turno, não é absoluto! Existem algumas restrições, como as medidas provisórias, o estado de defesa e o estado de sítio.

8.7.4. Proibição da tortura (art. 5.º, III)

- Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, sendo que a lei considerará crime inafiançável a prática da tortura (art. 5.º, XLIII). A Lei n. 9.455/97 integrou a referida norma constitucional, definindo os crimes de tortura.
- **USO DE ALGEMAS** - Conforme jurisprudência do STF, “o uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade” (HC 89.429, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22.08.2006, DJ de 02.02.2007).
- Nesse sentido, devemos destacar a **SV n. 11/2008** (SUMULA VINCULANTE), com a seguinte redação: ***“só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”***.

8.7.5. Liberdade da manifestação de pensamento (art. 5.º, IV e V)

- A Constituição assegurou a liberdade de manifestação do pensamento, vedando o anonimato. Caso durante a manifestação do pensamento se cause dano material, moral ou à imagem, assegura -se o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização.
 - **DELAÇÃO ANONIMA** - Em interessante julgado, o Min. Celso de Mello entendeu não ser possível a utilização da denúncia anônima, pura e simples, para a instauração de procedimento investigatório, por violar a vedação ao anonimato, prevista no art. 5.º, IV. Em seu voto ele declara que “(...) os escritos anônimos **não** podem justificar, só por si, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração da persecutio criminis, eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante sequestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o crimen falsi, p. ex.). Nada impede, contudo, que o Poder Público (...) **provocado por delação anônima** — tal como ressaltado por Nélson Hungria, na lição cuja passagem reproduzi em meu voto — adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em **averiguação sumária**, com prudência e discricção, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude

penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a **verossimilhança** dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da persecutio criminis” (Inq. 1.957, Rel. Min. Carlos Velloso, voto do Min. Celso de Mello, j. 11.05.2005)

- **MARCHA DA MACONHA** - O STF, em 15.06.2011, por 8 X 0, no julgamento da ADPF 187, entendeu como legítimo o movimento, encontrando respaldo nos direitos fundamentais de livre manifestação do pensamento (art. 5.º, IV) e de reunião (art. 5.º, XVI), assegurando-se, inclusive, o direito das minorias, no sentido de se evidenciar a função contramajoritária da Corte. Ainda, a manifestação evidenciava a “interconexão entre as liberdades constitucionais de reunião — direito -meio — e de manifestação do pensamento — direito -fim” (Inf. 631/STF). De acordo com o entendimento do STF, “**a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não se confundiria com ato de incitação à prática do crime, nem com o de apologia de fato criminoso.** Concluiu -se que a defesa, em espaços públicos, da legalização das drogas ou de proposta abolicionista a outro tipo penal, não significaria ilícito penal, mas, ao contrário, representaria o exercício legítimo do direito à livre manifestação do pensamento, propiciada pelo exercício do direito de reunião” (Inf. 631/STF). dado interpretação conforme à Constituição, com efeito vinculante, ao art. 287 do CP. Parâmetros:

- a **reunião deve ser pacífica**, sem armas, previamente noticiada às autoridades públicas quanto à data, ao horário, ao local e ao objetivo, e sem incitação à violência;
- **não se pode admitir a incitação, incentivo ou estímulo ao consumo** de entorpecentes na sua realização;
- naturalmente, **não poderá haver consumo de entorpecentes** na ocasião da manifestação ou evento público;
- nas manifestações, está **proibida a participação de crianças e adolescentes.**

8.7.6. Liberdade de consciência, crença e culto (art. 5.º, VI a VIII)

- Assegura -se a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre -exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.
- o Brasil um país **leigo, laico** ou **não confessional**, não existindo, portanto, qualquer religião oficial da República Federativa do Brasil. Partindo dessa interpretação, o art. 5.º, VI, CF/88, enaltece o **princípio da tolerância** e o **respeito à diversidade**.
 - Desdobramentos:
 - ensino religioso nos Colégios – matrícula facultativa (art. 210, §1º);
 - feriados religiosos – Frei Galvão (Lei 11532/2007 – a data passa a constar oficialmente no calendário histórico -cultural brasileiro e, assim, não se reconhecendo, em razão da laicidade, o feriado religioso);
 - casamento perante autoridades religiosas – (art. 226, §2º - o casamento em centro espírita ou mesmo em templo, catedral, sinagoga, terreiro, casa religiosa, enfim, o casamento celebrado por líder de qualquer religião ou crença tem o mesmo efeito civil do casamento realizado na religião católica);
 - transfusão de sangue nas “testemunhas de Jeová” (não pode o direito

à vida ser suplantado diante da liberdade de crença, até porque a Constituição não ampara ou incentiva atos contrários à vida).

- Curandeirismo (art. 284 do Código Penal tipifica o exercício do curandeirismo, que é crime contra a saúde pública - não estará configurado o crime se a promessa de cura decorrer de crença religiosa e dentro de um contexto individual de razoabilidade).
- fixação de crucifixos em repartições públicas, dentre outros tantos (A única saída, que vem sendo adotada por algumas decisões (cf. Pedidos de Providências n. 1344, 1345, 1346 e 1362/CNJ, no âmbito do Judiciário), é a ideia de se tratar de símbolo cultural e não religioso.);
- imunidade religiosa¹¹ (impede que o Estado utilize, eventualmente, de seu poder de tributar para embaraçar o funcionamento dos cultos religiosos ou igrejas);
- guarda sabática (o Estado ter que designar data alternativa para realização de concursos públicos

8.7.7. Liberdade de atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação. Indenização em caso de dano (art. 5.º, IX e X)

- É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.
- Dois temas importantes foram decididos pelo STF:
 - **ADPF 130 — “Lei de Imprensa”** — j. 30.04.2009: o STF entendeu que a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) não foi recepcionada pelo novo ordenamento, eis que marcada por aspectos não democráticos;
 - **ADI 4.451 — “Lei Eleitoral sobre o Humor”** — j. 02.09.2010: o STF entendeu, referendando a liminar do Min. Ayres Britto, que o art. 45, II e III e §§ 4.º e 5.º da Lei n. 9.504/97 (Lei das Eleições) violam a liberdade de imprensa, já que o humor pode ser considerado imprensa. Referidos dispositivos afrontam, também, a plena liberdade de informação jornalística, nos termos do art. 220, § 1.º, CF/88. Ainda, a manifestação, mesmo que seja pelo humor, não pode ser restringida, já que ela instrumentaliza e permite o direito de crítica, de opinião.

8.8.8. Intimidade e vida privada e o sigilo bancário (art. 5.º, X)

- De acordo com o art. 5.º, X, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.
- Intimidade e a vida privada e a quebra de sigilo bancário. O STF entendeu a necessidade de autorização judicial para a quebra do sigilo bancário no julgamento do RE 389.808 (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.12.2010, Plenário, DJE de 10.05.2011).

8.7.9. Inviolabilidade domiciliar (art. 5.º, XI)

¹¹ STF, “a imunidade prevista no art. 150, VI, “b”, CF, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços ‘relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas encionadas’. O § 4.º do dispositivo constitucional serve de vetor interpretativo das alíneas ‘b’ e ‘c’ do inciso VI do art. 150 da CF...” (RE 325.822, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, j. 15.12.2002, Plenário, DJ de 14.05.2004).

- “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”; ou seja, sem o consentimento do morador só poderá nela penetrar:
 - por **determinação judicial**: somente **durante o dia**;
 - em caso de **flagrante delito, desastre**, ou para **prestar socorro**: poderá penetrar sem o consentimento do morador, **durante o dia ou à noite, não necessitando de determinação judicial**.
- O que deve ser entendido por dia ou noite? Concordamos com Alexandre de Moraes que o melhor critério seria conjugar a definição de parte da doutrina (6 às 18h) com a posição de Celso de Mello, que utiliza um critério físico -astronômico: a aurora e o crepúsculo
- E o que devemos entender por casa? Segundo a doutrina e a jurisprudência, casa abrange não só o domicílio, como também o escritório, oficinas, garagens etc. (RT 467/385), ou, até, os quartos de hotéis.

8.7.10. Sigilo de correspondência e comunicações (art. 5.º, XII)

- “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”
- SIGILO FISCAL - seguindo o entendimento do STF no julgamento do RE 389.808, a tendência é se afirmar também a necessidade de autorização judicial para a quebra ou em razão de ato de CPI:
 - SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. (RE 389808, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218 RTJ VOL-00220- PP-00540)

8.7.11. Liberdade de profissão (art. 5.º, XIII)

- A Constituição assegura a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Trata -se, portanto, de norma constitucional de eficácia contida, podendo lei infraconstitucional limitar o seu alcance, fixando condições ou requisitos para o pleno exercício da profissão.
- Exame de Ordem (art. 8.º, IV, da Lei n. 8.906/94), cuja aprovação é um dos requisitos essenciais para que o bacharel em direito possa inscrever-se junto à OAB como advogado e que, inclusive, foi declarado constitucional pelo STF no julgamento do RE 603.583 (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.10.2011, Plenário)
 - TRABALHO – OFÍCIO OU PROFISSÃO – EXERCÍCIO. Consoante disposto no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, “é livre o exercício de

qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. BACHARÉIS EM DIREITO – QUALIFICAÇÃO. Alcança-se a qualificação de bacharel em Direito mediante conclusão do curso respectivo e colação de grau. ADOGADO – EXERCÍCIO PROFISSIONAL – EXAME DE ORDEM. O Exame de Ordem, inicialmente previsto no artigo 48, inciso III, da Lei nº 4.215/63 e hoje no artigo 84 da Lei nº 8.906/94, no que a atuação profissional repercute no campo de interesse de terceiros, mostra-se consentâneo com a Constituição Federal, que remete às qualificações previstas em lei. Considerações. (RE 603583, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-102 DIVULG 24-05-2012 PUBLIC 25-05-2012)

8.7.12 Liberdade de informação (art. 5.º, XIV e XXXIII)

- É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Trata -se do direito de informar e de ser informado. Completando tal direito fundamental, o art. 5.º, XXXIII, estabelece que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.
- Regulando o acesso a informações previsto no art. 5.º, XXXIII, destacamos a Lei n. 12.527, de 18.11.2011
 - Decisão: Trata-se de pedido de suspensão de liminar formulado pela União contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) no julgamento da liminar no mandado de segurança 2011002016962-5. Cuida-se, na origem, de ação mandamental com pedido de decisão liminar proposta pela Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios (Amagis-DF) contra ato do presidente do TJDFT que **determinou a divulgação pública e individualizada dos subsídios dos juízes ativos e inativos daquela corte de justiça**, em cumprimento à Lei 12.527/2011. (...) **Como relatado, os principais fundamentos da decisão liminar foram a opinião no sentido de que a divulgação do nome do agente público seria violadora da sua intimidade e o fato de que a divulgação dos nomes dos magistrados não estaria contemplada no diploma, tendo sido determinada por meio de ato regulamentar que teria extrapolado o conteúdo da lei.** Vale advertir, nesse contexto, que o mero fato de a divulgação integral dos dados encontrar-se prevista em resolução aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça permite concluir que, para infirmar a sua legitimidade, o mandado de segurança deveria ter sido proposto contra aquele ato normativo, uma vez que, quanto a esse tema, de índole nitidamente administrativa, a autoridade apontada como coatora não poderia divergir da orientação expedida por aquele órgão de controle. No que se refere à suposta ausência de previsão legal para a divulgação do nome do agente público, parece inequívoco que a conclusão adotada pelo acórdão impugnado só pode ser alcançada mediante interpretação restritiva do texto da lei, em tudo contrária ao regramento constitucional da matéria. Nesse ponto, a conclusão diverge das deliberações deste **Supremo Tribunal Federal que, em sede de pedido de suspensão de liminar, afirmaram que Lei 12.527/2011 atende aos princípios constitucionais da publicidade e do direito ao amplo acesso à informação. Ainda nesse**

ponto, vale observar que em nenhuma passagem a Constituição ou a Lei 12.527/2011 vedam a divulgação dos nomes dos agentes públicos e de sua respectiva remuneração. As vedações constitucionais sobre o tema referem-se, como se sabe, às informações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado (parte final do inc. XXXIII do art. 5º). No que concerne ao resguardo da intimidade, previsto no inc. X do art. 5º, as decisões desta Corte têm assentado que o vínculo funcional com o poder público pressupõe restrição à compreensão daquela garantia em termos absolutos, **uma vez que o ingresso no serviço público traz consigo a sujeição a um regime jurídico próprio, no qual se insere o encargo de respeitar de forma ampla o princípio da publicidade, inclusive no que se refere aos detalhes de sua condição remuneratória.** Assim, o fato é que a Lei 12.527/2011 consagrou, de maneira inequívoca, uma visão ampliadora do direito à informação, a qual não permite falar na possibilidade de restrições de acesso diversas das que já estão consagradas na Constituição e no próprio texto legal. (SL 689, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) JOAQUIM BARBOSA, julgado em 15/04/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-073 DIVULG 18/04/2013 PUBLIC 19/04/2013)

8.7.13 Liberdade de locomoção (art. 5.º, XV e LXI)

- A locomoção no território nacional em tempo de paz é livre, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens. Nesse sentido, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei, ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5.º, LXI).
- Esse direito poderá ser restringido na vigência de estado de defesa, quando se cria a possibilidade de prisão por crime de Estado determinada pelo executor da medida (art. 136, § 3.º, I), exceção à regra acima exposta (flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente).

8.7.14. Direito de reunião (art. 5.º, XVI)

- Garante -se o direito de reunião, de forma pacífica, sem armas e em locais abertos ao público. Este direito poderá ser exercido independentemente de prévia autorização do Poder Público, desde que não frustre outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente. (Ex.: Marcha da Machonha)

8.7.15. Direito de associação (art. 5.º, XVII, XVIII, XIX, XX e XXI)

- A liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar, é plena. Portanto, ninguém poderá ser compelido a associar -se e, uma vez associado será livre, também, para decidir se permanece associado ou não. A criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento. Têm elas autonomia para formular os seus estatutos.

8.7.16. Direito de propriedade (art. 5.º, XXII, XXIII, XXIV, XXV e XXVI)

- Como regra geral, assegura -se o direito de propriedade, que deverá atender à sua

- função social, nos exatos termos dos arts. 182, § 2.º, e 186 da CF/88.
- Esse direito não é absoluto, visto que a propriedade poderá ser desapropriada por necessidade ou utilidade pública e, desde que esteja cumprindo a sua função social, será paga justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5.º, XXIV).
 - Por outro lado, caso a propriedade não esteja atendendo a sua função social, poderá haver a chamada desapropriação-sanção pelo Município com pagamentos em títulos da dívida pública (art. 182, § 4.º, III) ou com títulos da dívida agrária, pela União Federal, para fins de reforma agrária (art. 184), não abrangendo, nesta última hipótese de desapropriação para fins de reforma agrária, a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, e não tendo o seu proprietário outra, e a propriedade produtiva (art. 185, I e II).
 - No tocante à propriedade urbana, a desapropriação-sanção é a última medida, já que, primeiro, procede -se ao parcelamento ou edificação compulsórios e, em seguida, à imposição de IPTU progressivo no tempo, para, só então, passar -se à desapropriação-sanção.
 - Com a redação conferida ao art. 156, § 1.º, I e II, pela EC n. 29/2000, sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4.º, II, o IPTU poderá ser progressivo em razão do valor do imóvel (progressividade fiscal — art. 145, § 1.º, c/c o art. 156, § 1.º, I) e ter alíquotas diferentes, de acordo com a localização e o uso do imóvel, dependendo, para esta última hipótese (art. 156, § 1.º, II), de caráter nitidamente extrafiscal, de edição de plano diretor, estabelecendo as exigências fundamentais de ordenação da cidade.

8.7.17. Direito de herança e estatuto sucessório (art. 5.º, XXX e XXXI)

- Como corolário do direito de propriedade, o art. 5.º, XXX, garante o direito de herança.
- O Ministro Maurício Corrêa destacou que “... a Constituição garante o direito de herança, mas a forma como esse direito se exerce é matéria regulada por normas de direito privado” (ADI 1.715 -MC/DF, DJ de 30.04.2004, p. 27).
- Por fim, a Constituição traz regra específica no art. 5.º, XXXI, sobre a sucessão de bens de estrangeiros situados no País, que será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*.

8.7.18. Propriedade intelectual (art. 5.º, XXVII, XXVIII e XXIX)

- Os incisos em referência garantem o direito de propriedade intelectual, quais sejam, a propriedade industrial e os direitos do autor. A Constituição os define da seguinte maneira:
 - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;
 - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;
 - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos

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

8.7.19. Defesa do consumidor (art. 5.º, XXXII)

- Influenciada por ambas (portuguesa e espanhola), a Constituição Federal de 1988 também estabeleceu regras protetivas para o consumidor, destacando -se os seguintes dispositivos legais:
 - Art. 5.º, XXXII: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.
 - Art. 24: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VIII — responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.
 - Art. 129: “São funções institucionais do Ministério Público: (...) III — promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.
 - Art. 150, § 5.º: “A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”.
 - Art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre -iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V — defesa do consumidor”.
 - Art. 48 (ADCT): “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor

8.7.20. Direito de petição e obtenção de certidões (art. 5.º, XXXIV)

- Assegura -se a todos, independentemente do pagamento de taxas:
 - o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
 - a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal

8.7.21. Princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV)

- O princípio da inafastabilidade da jurisdição é também nominado direito de ação, ou princípio do livre acesso ao Judiciário, ou, conforme assinalou Pontes de Miranda, princípio da ubiquidade da Justiça.
- Nesse sentido, o art. 5.º, XXXV, da CF/88 estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.
- veio sedimentar o entendimento amplo do termo “direito”, dizendo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, não mais restringindo a sua amplitude
- A partir de 1988, passa a se assegurar, de forma expressa e categórica, em nível constitucional, a proteção de direitos, sejam eles privados, públicos ou transindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos)
- Em decorrência do princípio em análise, não mais se admite no sistema constitucional pátrio a chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado. Para ingressar (“bater às portas”) no Poder Judiciário não é

necessário, portanto, o prévio esgotamento das vias administrativas.

- Também destacamos o art. 7.º, § 1.º, da Lei n. 11.417/2006 (súmula vinculante) ao estabelecer que “contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas”.

8.7.22. Limites à retroatividade da lei (art. 5.º, XXXVI)

- Como regra, conferindo estabilidade às relações jurídicas, o constituinte originário dispôs que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.
- O art. 6.º da LINDB — Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto - lei n. 4.657/42) assim define os institutos:
 - direito adquirido: direito que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aquele cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem;
 - ato jurídico perfeito: ato já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou;
 - coisa julgada: decisão judicial de que não caiba mais recurso.
- Lembramos, ainda, no tocante ao direito penal, do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, previsto no art. 5.º, XL, da CF.

8.7.23. Princípio do promotor natural (art. 5.º, LIII)

- Conforme já foi visto, o acusado tem o direito e a garantia constitucional de somente ser processado por um órgão independente do Estado, vedando -se, por consequência, a designação arbitrária, inclusive, de promotores ad hoc ou por encomenda (art. 5.º, LIII e art. 129, I, c/c o art. 129, § 2.º).
- O STF aceitou a ideia de promotor natural no julgamento do HC 67.759 (leading case).

8.7.24. Princípio do juiz natural ou legal (art. 5.º, XXXVII e LIII)

- A Constituição estabelece que não haverá juízo ou tribunal de exceção, não podendo ninguém ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Segundo a doutrina, “o conteúdo jurídico do princípio pode ser resumido na inarredável necessidade de **predeterminação do juízo competente**, quer para o processo, quer para o julgamento, proibindo -se qualquer forma de designação de tribunais para casos determinados. Na verdade, o princípio em estudo é um desdobramento da regra da igualdade.

8.10.25. Tribunal Penal Internacional — “TPI” (art. 5.º, § 4.º — EC n. 45/2004)

- a Reforma do Judiciário estabeleceu a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.
- O art. 7.º do ADCT da CF/88 já dispunha que o Brasil lutaria em defesa da formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.
- O Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, foi aprovado em 17.07.1998. O Brasil assinou o aludido estatuto em 07.02.2000 e o Congresso Nacional o aprovou, por meio do Decreto Legislativo n. 112, em 06.06.2002, tendo sido promulgado, em 26.09.2002, pelo Decreto presidencial n. 4.388. A carta de ratificação fora depositada em 20.06.2002, entrando em vigor em 1.º.07.2002. Para o Brasil, internacionalmente, nos termos de seu art. 126, passou a vigorar em 1.º de setembro de 2002.
- Nos termos do art. 1.º do Estatuto, o “TPI” será uma instituição permanente, com

jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional (fixados nos termos do Estatuto), e será complementar às jurisdições penais nacionais.

- Consagra -se, dessa forma, o princípio da complementaridade, preservando -se o sistema jurídico interno, na medida em que o “TPI” só exercerá jurisdição em caso de incapacidade ou omissão dos Estados.

8.7.26. Federalização dos crimes contra direitos humanos (art. 109, V -A e § 5.º — EC n. 45/2004) — Incidente de deslocamento de competência — IDC

- Como sabemos, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III), que, em suas relações internacionais, rege -se, dentre outros, pelos princípios da prevalência dos direitos humanos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo e pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4.º, II, VIII e IX).
- Os direitos da pessoa humana, outrossim, nos termos do art. 34, VII, “b”, foram erigidos a princípios sensíveis, a ensejar até mesmo a intervenção federal nos Estados que os estiverem violando.
- Assim, na hipótese de descumprimento e afronta a direitos humanos no território brasileiro, a única e exclusiva responsável, no plano internacional, será a União, não podendo invocar a cláusula federativa, nem mesmo “lavar as mãos” dizendo ser problema do Estado ou do Município. Isso não é aceito no âmbito internacional.
- Nesse sentido, adequando o funcionamento do Judiciário brasileiro ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos, a EC n. 45/2004 fez a seguinte previsão:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...)

V -A — as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5.º deste artigo; (...)

§ 5.º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador - Geral da 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 processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal” (original sem grifos).

- Segundo o STJ (na decisão proferida no IDC 2), o deslocamento da competência do juízo estadual para o federal vai depender do preenchimento dos seguintes pressupostos:
 - existência de grave violação a direitos humanos;
 - risco de responsabilização internacional decorrente do descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais;
 - incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas
- **IDC 2/DF — assassinato de Manoel Bezerra de Mattos Neto:** “... o advogado e vereador pernambucano Manoel Bezerra de Mattos Neto foi assassinado em 24.01.2009, no Município de Pitimbu/PB, depois de sofrer diversas ameaças e vários atentados, em decorrência, ao que tudo leva a crer, de sua persistente e conhecida atuação contra grupos de extermínio que agem impunes há mais de uma década na divisa dos Estados da Paraíba e de Pernambuco, entre os Municípios de Pedras de Fogo e Itambé”. No caso concreto, o STJ entendeu preenchidos os requisitos para o deslocamento, especialmente a omissão e “incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas”. Assim, determinou o deslocamento de competência para a Justiça Federal no

Estado da Paraíba, devendo a ação ser distribuída ao Juízo Federal Criminal com jurisdição no local do fato principal (3.^a Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27.10.2010 — DJe de 22.11.2010).

8.7.27. Tribunal do Júri (art. 5.º, XXXVIII)

- A CF/88 reconhece a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurando: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.
- Essa regra de competência, contudo, não é absoluta. Isso porque, sempre que houver instituição de competência especial por prerrogativa de função no texto maior (CF/88), haverá afastamento da norma geral.

8.7.28. Legalidade e anterioridade da lei penal incriminadora. Irretroatividade da lei penal “in pejus” (art. 5.º, XXXIX e XL)

- O art. 5.º, XXXIX, consagra a regra do nullum crimen nulla poena sine praevia lege. Assim, de uma só vez, assegura tanto o princípio da legalidade (ou reserva legal), na medida em que não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal, como o princípio da anterioridade, visto que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.
- Por sua vez, a regra do inciso XL do art. 5.º, consagra, duplamente:
 - irretroatividade da lei penal in pejus;
 - retroatividade da lei penal mais benéfica.

8.7.29. Práticas discriminatórias, crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia e crimes inafiançáveis e imprescritíveis (art. 5.º, XLI a XLIV)

- discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais: será punida pela lei;
- prática do racismo: crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
- crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia: prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

8.7.30 Regras constitucionais sobre as penas (art. 5.º, XLV a XLVIII)

- a pena é personalíssima: nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens, nos termos da lei, ser estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;
- tipos de pena: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.
- vedação das penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;
- cumprimento da pena: em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

8.7.31. Direitos assegurados aos presos (art. 5.º, XLIX, L, LXII, LXIII, LXIV)

- respeito à integridade física e moral;
- asseguram -se às presidiárias: condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;
- comunicação imediata da prisão e o local onde se encontre: ao juiz competente, à família do preso ou à pessoa por ele indicada;
- informação ao preso de seus direitos: dentre os quais o de permanecer calado, sendo -lhe assegurada a assistência da família e de advogado;
- identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.

8.7.32. Regras sobre extradição (art. 5.º, LI e LII)

- brasileiro nato: nunca será extraditado;
- brasileiro naturalizado: será extraditado: a) em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou b) de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei, praticado antes ou depois da naturalização;
- estrangeiros: poderão ser extraditados, exceto em caso de crime político ou de opinião.

8.7.33. Presunção de inocência (não culpabilidade) (art. 5.º, LVII)

- Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, nada mais natural que a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência é presumida, cabendo ao MP ou à parte acusadora (na hipótese de ação penal privada) provar a culpa. Caso não o faça, a ação penal deverá ser julgada improcedente.

8.7.34. Identificação criminal (art. 5.º, LVIII)

- O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal (pelo processo datiloscópico, se possível, e pela juntada aos autos da folha de antecedentes — art. 6.º, VIII, do CPP), salvo nas hipóteses previstas em lei (art. 5.º, LVIII). Nesse sentido, acompanhamos a posição do Professor Damásio, que entende que a Súmula 568 do STF foi cancelada, só se procedendo à identificação criminal se não tiver sido realizada a civil, ou em casos excepcionais, como a falta de apresentação do documento, rasuras, indícios de falsificação etc

8.7.35 Devido processo legal, contraditório e ampla defesa (arts. 5.º, LV, e 3.º, I)

- Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Corolário a esse princípio, asseguram -se aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.
- SV n. 21/STF, com o seguinte teor: “é inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”.
- SV n. 28/STF, que fixa o seguinte entendimento: “é inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário”.
- SV n. 14/STF: “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”.
- Devido processo legal substantivo ou material (proporcionalidade) preenchimento de três importantes requisitos:
 - **necessidade**: por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa;
 - **adequação**: também denominada pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido;
 - **proporcionalidade em sentido estrito**: em sendo a medida necessária e adequada, deve -se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição.

8.7.36. Provas ilícitas (art. 5.º, LVI)

- As provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo.
- Desse princípio decorre também o de que as provas derivadas de provas obtidas por meios ilícitos também estarão maculadas pelo vício da ilicitude, sendo, portanto, inadmissíveis (**teoria dos frutos da árvore envenenada**)

8.7.37. Publicidade dos atos processuais (e dever de motivação das decisões judiciais) (art. 5.º, LX)

- Dentre vários outros instrumentos garantidores da imparcialidade do juiz, mesmo com o aumento de seus poderes instrutórios, está o dever de motivar as decisões jurisdicionais.

8.7.38. Erro judiciário (art. 5.º, LXXV)

- O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença

9. DIREITOS HUMANOS – A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

9.1. Contexto Histórico - O desenvolvimento da proteção universal dos direitos humanos

- A construção do conceito de direito humano, iniciada há 250 anos, é um resultado do Iluminismo e uma realização filosófica. Produziu um sistema de valores que pode hoje reivindicar validade universal. No **centro desse pensamento** estão a **vida** e a **dignidade do homem**.
- Os direitos humanos são o requisito para que as pessoas possam construir sua vida em liberdade, igualdade e dignidade. Eles são compostos por direitos civis, políticos, econômicos, sociais e coletivos.
- Os direitos humanos não devem igualar, mas – ao contrário – devem assegurar a individualidade de cada um e do grupo social ao qual pertence.
- Os direitos humanos não são estáticos. Por via de regra, são construídos como uma **reação** a situações de **ameaça** e **opressão**.
- Até a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos eram assunto interno dos Estados.
- Após a 2ª Grande Guerra Mundial, com as atrocidades cometidas pelo Nazismo de Hitler, fez-se necessário um movimento que visasse reconstruir os direitos humanos, então, dilacerados pela destruição e subjugação da pessoa humana, que culminou no extermínio de mais de 11 milhões de pessoas.
 - O genocídio dos nazistas contra os judeus na Europa e sua brutal repressão aos opositores políticos foi uma catástrofe no século. Foi mostrado que violações tão graves dos direitos humanos têm consequências não somente dentro do Estado; ao contrário, por meio dos fluxos migratórios e das ações violentas de regimes terroristas contra países vizinhos, elas têm uma dimensão que atravessa as fronteiras.
 - A agressividade do regime de Hitler contra parte de seu próprio povo, em última instância, transformou-se em uma agressão militar aberta contra outros Estados.
 - Desde os horrores da Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional traçou, em 1945, a meta de “preservar as gerações vindouras dos flagelos da guerra”, que deveria ser alcançada por meio de um sistema de segurança coletiva, através da ONU.
 - Concluiu-se que todos os Estados-Membros deveriam cooperar estreitamente em todas as áreas da vida internacional. Por meio da cooperação, graves violações dos direitos humanos deveriam ser evitadas e boas experiências, trocadas. Essa abordagem está consubstanciada no art. 55 da Carta das Nações Unidas: ***“Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão [...] c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”***.
- Diante desse contexto histórico é que a Organização da Nações Unidas, em assembleia geral realizada em **10 de dezembro de 1948**, aprovou a **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, como marco de reconstrução dos Direitos Humanos em busca do processo de universalização desses direitos, com o objetivo de evitar que esses acontecimentos ocorressem novamente.

- Definiu-se o conceito de DIREITOS HUMANOS:
 - No **preâmbulo da Declaração**, são conhecidos a dignidade inerente e os direitos inalienáveis de todos os membros da sociedade como condição para liberdade, justiça e paz no mundo.
 - *Preâmbulo*
 Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

 - Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum

 - Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão

 - Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

 - Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

 - Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

 - Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mis alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

 - A Assembléia Geral proclama

 - A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.
 - Em seus trinta artigos, são listados direitos políticos e liberdades civis (arts. 1–22), bem como direitos econômicos, sociais e culturais (arts. 23–27).
 - **direitos políticos e liberdades civis (arts. 1–22)**: pertencem, entre outros, o direito à vida e à integridade física, a proibição da tortura, da escravatura e de discriminação (racial), o direito de propriedade, o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, o direito à liberdade de opinião e de expressão e à liberdade de reunião.
 - **direitos econômicos, sociais e culturais (arts. 23–27)**: inclui, entre outros, o direito à segurança social, o direito ao trabalho, o direito à livre escolha da profissão e o direito à educação..
- Trata de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, com a ideia de garantir um mínimo de DIGNIDADE para os homens:
 - **Conceito**: “a soma dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais culturais e coletivos estipulados pelos instrumentos internacionais e regionais e pelo costume internacional” (definição originalmente sugerida por Manfred

Nowak, posteriormente modificada por Walter Kälin e Jörg Künzli).

- A **dignidade humana** foi incorporada aos principais documentos internacionais, como a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e inúmeros outros tratados e pactos internacionais, passando a desempenhar um **papel central no discurso sobre direitos humanos**

9.2. Vantagens e desvantagens da Declaração Universal dos Direitos Humanos

- Vantagens:
 - DUDH considera todos os direitos humanos em sua unidade, pois os direitos humanos econômicos, sociais e culturais não são de maneira alguma de segunda classe. Mais do que isso, o direito à educação ou à alimentação é considerado um pré-requisito para a percepção dos direitos políticos.
 - O documento foi aprovado por unanimidade pela Assembleia Geral (somente a União Soviética e a Arábia Saudita se abstiveram).
- Desvantagens:
 - a DUDH não se refere à autodeterminação dos povos, pois esta é vista frequentemente como requisito para a percepção dos direitos humanos em sua totalidade. O exemplo dos palestinos, a quem a realização do seu direito à autodeterminação ainda é negada, mostra que eles não podem também exercer outros direitos humanos, como os de liberdade de locomoção, trabalho e saúde.
 - É uma resolução da Assembléia Geral, sendo considerada apenas uma declaração política. Têm impacto moral, mas não são exequíveis. Requer a transformação em Lei nacional. Há pois exigência de uma codificação dos direitos humanos venha sob a forma de um tratado de direitos humanos

9.3. Dignidade da Pessoa Humana

- A dignidade, como assinalado, é um conceito cujo sentido e alcance sofrem influências históricas, religiosas e políticas, sendo suscetível de variação nas diferentes jurisdições.
- conexão estreita entre a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos (ou fundamentais). Em verdade, dignidade humana e direitos humanos são duas faces de uma só moeda: uma, voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; a outra, voltada para o Direito, traduz posições jurídicas titularizadas pelos indivíduos, tuteladas por normas coercitivas e pela atuação judicial.
- três conteúdos essenciais da dignidade: valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana.

9.3.1. Valor intrínseco da pessoa humana

- elemento ontológico da dignidade, ligado à natureza do ser, ao que é comum e inerente a todos os seres humanos
- Do valor intrínseco da pessoa humana decorre um postulado anti-utilitarista e outro anti-autoritário.
 - Anti-utilitarista: se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos sociais de outros;

- Anti-autoritário: o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário.
- É por ter o valor intrínseco da pessoa humana como conteúdo essencial que a dignidade não depende de concessão, não pode ser retirada e não é perdida mesmo diante da conduta individual indigna do seu titular.

9.3.2. Autonomia da vontade

- A autonomia é o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas
- a capacidade de **autodeterminação**, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade

9.3.3. Valor comunitário

- a dignidade como valor comunitário, também referida como dignidade como heteronomia – abriga o seu elemento social. O indivíduo em relação ao grupo. Ela traduz uma concepção ligada a valores compartilhados pela comunidade, segundo seus padrões civilizatórios ou seus ideais de vida boa.

9.4. Direitos humanos: o que é?

- regras jurídicas que visam proteger a dignidade da pessoa humana por meio da limitação do poder. Esse poder a ser limitado pode ser o poder estatal ou o de outros indivíduos.
- erro do totalitarismo é exercer o domínio completo das esferas públicas e privadas, negando ao homem a sua própria humanidade e não permitindo que prevaleça uma “igualdade na diversidade”.
- Os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição.
- Os direitos humanos incluem o direito à vida e à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre e muitos outros. Todos merecem estes direitos, sem discriminação.

9.5. Características mais importantes dos direitos humanos

- Os direitos humanos são fundados sobre o respeito pela dignidade e o valor de cada pessoa;
- Os direitos humanos são universais, o que quer dizer que são aplicados de forma igual e sem discriminação a todas as pessoas;
- Os direitos humanos são inalienáveis, e ninguém pode ser privado de seus direitos humanos; eles podem ser limitados em situações específicas. Por exemplo, o direito à liberdade pode ser restringido se uma pessoa é considerada culpada de um crime diante de um tribunal e com o devido processo legal;
- Os direitos humanos são indivisíveis, inter-relacionados e interdependentes, já que é insuficiente respeitar alguns direitos humanos e outros não. Na prática, a violação de um direito vai afetar o respeito por muitos outros;
- Todos os direitos humanos devem, portanto, ser vistos como de igual importância, sendo igualmente essencial respeitar a dignidade e o valor de cada pessoa.

9.6. A internalização de um tratado internacional

- No que se refere ao Brasil, o § 3º do art. 5º da Constituição Federal (CF) prevê que tratados internacionais sobre direitos humanos, que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, são equivalentes às emendas constitucionais.
- Quanto aos tratados de direitos humanos que não satisfazem esses estipulados requisitos, o Supremo Tribunal Federal entende de que valem como normas supralegais
- Os tratados internacionais sobre direitos humanos não são automaticamente aplicáveis, mas precisam ser transformados na esfera legal interna

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III)
da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948

Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A Assembléia Geral proclama

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo I

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo II

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo III

Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo IV

Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Artigo V

Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo VI

Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei.

Artigo VII

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo VIII

Toda pessoa tem direito a receber dos tributos nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituía delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Artigo XII

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Artigo XIII

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

2. Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

Artigo XIV

1. Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.
2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XV

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Artigo XVI

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.
2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

Artigo XVII

1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Artigo XVIII

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Artigo XIX

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Artigo XX

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas.
2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

Artigo XXI

1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Artigo XXII

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo XXIII

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV

Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas.

Artigo XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Artigo XXVI

1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Artigo XXVII

1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.
2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Artigo XXVIII

Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Artigo XXIX

1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

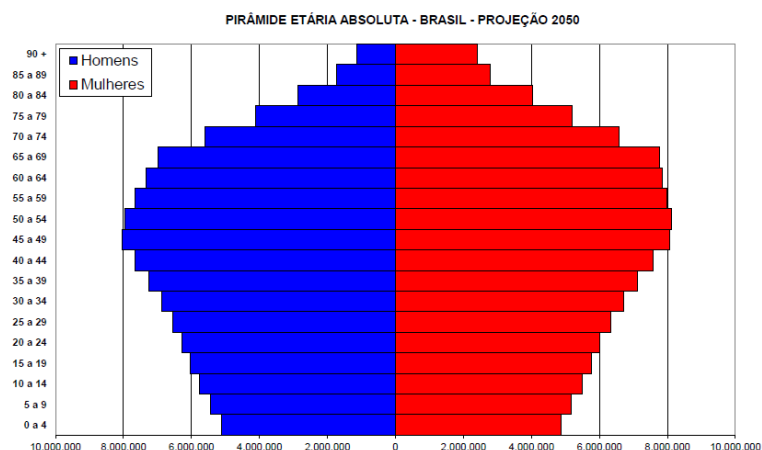
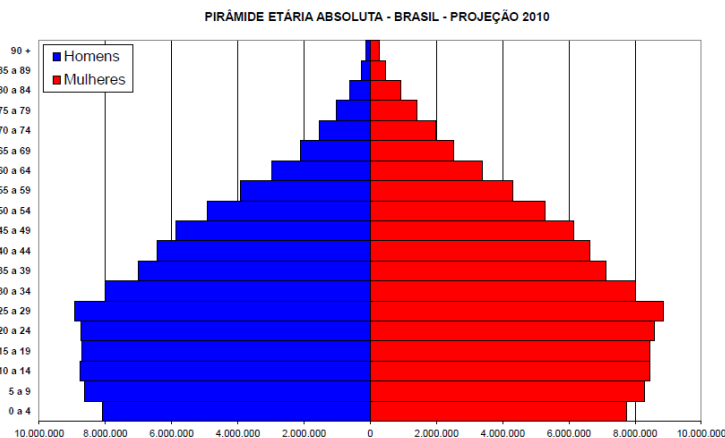
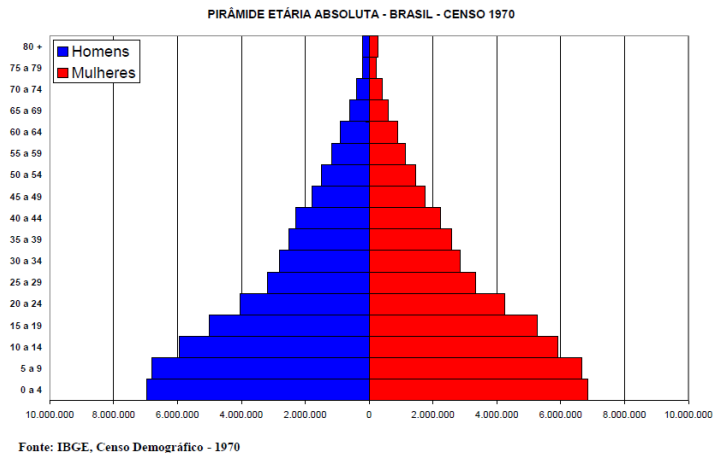
Artigo XXX

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

10. Noções sobre Estatuto do Idoso - LEI Nº 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003.

10.1. Introdução

- Aos poucos, a pirâmide etária brasileira vai se invertendo, embalada pela queda da natalidade, desenvolvimentos tecnológicos, avanços da medicina e, por incrível que pareça, pela melhora na qualidade de vida, favorecendo o crescimento do número de idosos, que, ao final da primeira metade do século XXI, representará cerca de 15% da população total, segundo estimativas oficiais



- O advento do Estatuto do Idoso representa uma mudança de paradigma, já que amplia o sistema protetivo desta camada da sociedade, caracterizando verdadeira ação afirmativa em prol da efetivação da igualdade material.

10.2. O Estatuto do Idoso – Aspectos relevantes

- Instituído pela **LEI Nº 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003**, que “Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências”.

10.2.1 Quem é a pessoa idosa para fins de aquisição de Direitos?

- Falta coerência quanto à sistematização, o que traz certa dificuldade no que tange a interpretação e aplicação das normas referentes aos idosos.
 - Lei 8.842, de 04 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso e dá outras providências (regulamentado pelo Decreto 1.948, de 03 de julho de 1996), que, em seu art. 2º, considera pessoa idosa aquela com **idade maior a 60 (sessenta anos)**.
 - Estatuto do Idoso, Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, na mesma linha, prevê expressamente a **idade de 60 anos** para que uma pessoa seja considerada idosa.
 - Alguns direitos exigem dos idosos uma idade mais avançada, v. g., o direito à gratuidade no **transporte coletivo**, que exige a **idade mínima de 65 (sessenta e cinco) anos**, vide art. 230, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 - CRFB/88.
 - **65 anos** também é a idade exigida para obter **prioridade na tramitação de processos judiciais**, de acordo com a Lei 10.173, de 09 de janeiro de 2001.
 - Na Lei de Organização da Assistência Social - LOAS, Lei 8.742, de 07 de dezembro de 1993, que trata do pagamento do benefício da prestação continuada ao idoso carente e sem renda para se manter ou ser mantido pela família, **a idade fixada foi de 67 (sessenta e sete) anos**, mas com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso, **a idade passou a ser de 65 (sessenta anos)**.

10.2.2. Significado Jurídico do Estatuto do Idoso

- Seus 118 (cento e dezoito) artigos formam um **guarda-chuva de garantias legais** que a sociedade devia aos seus idosos.
- ampla proteção jurídica para usufruir direitos da civilização sem depender de favores, sem amargurar humilhações e sem pedir para existir.
- Garantia da dignidade da pessoa humana
- Necessidade de adesão de toda a cidadania para que tais direitos se materialize, transformando a Lei em efetivo direito na vida dos idosos.

10.2.3. As Garantias Fundamentais

- Os direitos fundamentais do idoso estão elencados nos Capítulos I ao X do Título II da LEI Nº 10.741/2003.
- O Capítulo I do Estatuto cuida, em seus artigos 8º e 9º, do Direito à vida, onde o envelhecimento é tratado como um direito personalíssimo.
- Os artigos 11 a 21 do Código Civil em vigor, estão disciplinadas as normas inerentes aos direitos da personalidade, destacando-se dentre outros:
 - a dignidade da pessoa humana;
 - o respeito;
 - a relação com o Estado e o Poder Público;
 - a questão da saúde, do transporte e da segurança;
 - a liberdade física e intelectual.
- Os direitos da personalidade caracterizam-se por serem **irrenunciáveis**, **irrestringíveis** e **inalienáveis**.

- No tocante à proteção do idoso referente à sua dignidade; os idosos devem ser protegidos por meio do que chamamos de direitos sociais, passando estes a ter prioridade no atendimento das políticas públicas, quais sejam: saúde, educação, moradia, transporte, etc.
 - Lei 10.741/03 - "*Art. 9º - É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade, se é dever do Estado, conclui-se que a omissão de tais obrigações ensejam medidas energéticas, como a instauração de inquérito civil para a celebração de termo de ajustamento de conduta, propositura de ações civis públicas, mandados de injunção e tantas outras medidas cabíveis*".
- **Outras garantias** também são de extrema relevância para o estudo em tela, sendo apontadas aqui, algumas de **maior importância** e que ensejam **grandes discussões**:
 - (a) O atendimento preferencial e imediato junto aos órgãos públicos e privados que prestam serviços à população (exemplos.: bancos, correios e outros órgãos públicos);
 - (b) Garantia de acesso à assistência social e aos serviços de saúde (eficiência no atendimento em hospitais públicos e particulares);
 - (c) O direito à pensão alimentícia, esta fornecida pelo Poder Público, para famílias com dificuldades financeiras;
 - (d) Estimulação de empresas privadas com redução em suas cargas tributárias para a contratação de pessoas que já estejam nesta faixa etária;
 - (e) Transporte coletivo gratuito para os que contam 65 (sessenta e cinco) anos, embora o tema seja tratado, geralmente, por meio de leis municipais;
 - (f) Prioridade na tramitação de processos judiciais ou administrativos;
 - (g) A polêmica dos planos de saúde que não podem cobrar valores mais elevados para os idosos;
 - (h) Redução da idade de 67 (sessenta e sete) para 65 (sessenta e cinco) anos para que os idosos carentes se beneficiem com 1 salário mínimo, como previsto na Lei 8.742 de 7 de dezembro de 1993 que dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências (no Estatuto, vide art. 34);
 - (i) Atendimento preferencial no Sistema Único de Saúde - SUS;
 - (j) O cidadão passa a ter a obrigação de comunicar qualquer tipo de violação que o idoso vier a sofrer, às autoridades competentes;
 - (k) Prioridade nos programas habitacionais, sendo-lhes reservados 3% (três por cento) das anuidades e, finalmente,
 - (l) As empresas prestadoras de serviços públicos deverão ter em seus quadros um mínimo de 20% (vinte por cento) de trabalhadores com 45 anos ou mais.

10.2.4. MEDIDAS DE PROTEÇÃO E A POLÍTICA DE ATENDIMENTO AO IDOSO

- Prevista nos arts. 43 e 45 do Estatuto. Dedicar-se à conservação dos laços familiares e uma conseqüente inserção da sociedade.
- Cabe ao Ministério Público a fiscalização dos interesses dos idosos com o intuito de fazer valer a lei.
- Na esfera constitucional no art. 230, caput da Constituição Pátria, o legislador elegeu a família como o primeiro ente responsável pelo idoso.

10.2.4.1 Medidas Específicas de Proteção

- inciso I do art. 45 do Estatuto, trata do **termo de responsabilidade**. Esta medida é determinada pelo Ministério Público ou pelo Poder Judiciário, a requerimento daquele e deve ser encaminhado à família ou ao curador do idoso. Tem por finalidade estabelecer compromissos básicos, firmados para o bem-estar do idoso. Neste documento são especificados o tipo de tratamento que o idoso deve receber, como por exemplo: compra de remédios, acompanhamento médico sempre que preciso, etc. Também constará no referido termo, o tratamento dado ao idoso por sua família, como passeios, um lar agradável, onde ele seja respeitado, adaptações na estrutura da casa para que o idoso possa se locomover com mais facilidade e continue exercendo suas atividades diárias, sem riscos de quedas e tantas outras medidas.

10.2.5. A Política de Atendimento ao Idoso

- A política de atendimento ao idoso, vide Título IV - **arts. 46 a 68 do Estatuto**, é essencial para que sejam cumpridas com êxito os benefícios legados aos idosos.
- Sistema da **co-responsabilidade social**, ligado ao princípio da indissolubilidade do vínculo federativo, ou seja, os entes federativos elencados no art. 46, não podem ficar inertes ante a defesa das políticas de atendimento ao idoso. E mais, esses entes deverão trabalhar em conjunto, de forma harmônica, sempre com vistas ao atendimento dos direitos dos idosos.
- O art. 47 e seus incisos, estabelece o rol das políticas públicas. Este rol é **exemplificativo**, sendo todos os incisos referentes à dignidade da pessoa humana.

10.2.6. Entidades de Atendimento ao Idoso

- As entidades governamentais e não-governamentais responsáveis pela assistência aos idosos deverão inscrever seus programas de atendimento à terceira idade junto ao órgão competente da Vigilância Sanitária e ao Conselho Municipal da Pessoa Idosa. Caso este Conselho seja inexistente, a competência será do Conselho Estadual ou Nacional da Pessoa Idosa, onde são especificados os regimes de atendimento, respeitados os requisitos dos incs. I a IV do art. 48 da Lei 10.741/03. Também serão observadas as normas da Lei 8.842/94 - A Política Nacional do Idoso.
- Obrigação de cumprir as exigências contidas no art. 50 e seus incisos. Uma das obrigações mais relevantes é a do inc. I que trata da celebração de contrato escrito para a prestação de serviços ao idoso. Este contrato se sujeita às regras do Código de Defesa do Consumidor, visto que é a melhor maneira de resguardar os direitos da parte mais vulnerável.
- Caso não sejam atendidas quaisquer das exigências do supracitado artigo, caracterizar-se-á o **delito de maus tratos ao idoso**.

10.2.6.1. Fiscalização das Entidades

- A fiscalização é feita pelo Conselho do Idoso (criado pela Lei 8.842/94 no âmbito da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, com o escopo de formular, coordenar, supervisionar e avaliar a política nacional do idoso, nas respectivas atuações); Ministério Público; Vigilância Sanitária e, tantos outros, previstos em lei.
- A fiscalização poderá realizar-se em conjunto ou separadamente, sendo que para o Ministério Público a fiscalização também se opera na esfera penal.
- A fiscalização tem como um de seus princípios regentes o Princípio da Publicidade,

observado nas prestações de contas, tanto de recursos públicos, quanto privados, que seguem os ritos da Lei de Responsabilidade Fiscal; a Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990) e a Lei da Contabilidade Pública. A não aprovação das contas pelos Tribunais de Contas, dá margem à improbidade administrativa e ao desvio de verbas públicas.

- Caso as entidades de atendimento ao idoso descumpram os preceitos legais previstos no Estatuto, ficarão sujeitas tanto às sanções penais, quanto à responsabilidade civil. Tais sanções regem-se pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.
- O Estatuto não mencionou nada sobre a responsabilidade penal dessas entidades concernentes às pessoas jurídicas, reportando-se, apenas, aos dirigentes e aos prepostos.
- **Infrações Administrativas:**
 - **Entidades de atendimento aos idosos:** são aplicadas pelo juiz competente a requerimento dos legitimados à fiscalização. Incidência de multa se o fato não for caracterizado como crime. Pode haver, ainda, a interdição do estabelecimento para a devida averiguação do Ministério Público.
 - Os idosos que estiverem em estabelecimento interdito, serão transferidos para outra instituição, tudo por conta e risco do estabelecimento interdito, enquanto perdurar a fiscalização.
 - **Omissão do profissional de saúde** que tendo conhecimento de crimes contra o idoso, não os comunica à autoridade competente. Esta punição também será aplicada aos responsáveis por estabelecimentos de saúde e às instituições de longa permanência.
 - **Descumprimento da concessão de prioridade no atendimento ao idoso:** O dever de prioridade estende-se a todos os que tomem o idoso por sua responsabilidade. Multa e responsabilidade civil.

10.2.7. Procedimento para a Imposição das Penalidades Originadas das Infrações Administrativas

- O procedimento para a imposição das penalidades encontra-se previsto no artigo 60 e seus §§ do Estatuto.
- Inicia-se com a requisição do Ministério Público ao Conselho do Idoso. Se o procedimento tiver início por um auto de infração, este deverá ser elaborado por servidor efetivo e, de preferência, por duas testemunhas, com as devidas assinaturas.
 - O Ministério Público é quem possui legitimidade exclusiva para a requisição das medidas protetivas, bem como para as sanções aplicáveis no processo administrativo.
- Após o procedimento descrito acima, o autuado deverá, no prazo de 10 (dez) dias, contados da data da intimação, apresentar sua defesa.

11. Noções sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente - LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990

11.1. O contexto brasileiro: o nascimento da doutrina de proteção integral

- No Brasil, a partir dos anos 80, por ocasião da redemocratização, as pressões dos movimentos sociais em defesa da infância, em torno da Assembléia Constituinte, marcaram uma das maiores conquistas pelos direitos da criança: a incorporação de uma nova visão sobre a infância na Carta Magna.
- Na Assembléia Constituinte, um grupo de trabalho sobre a temática da criança e do adolescente incluiu um artigo na Constituição da República de 88, introduzindo a **doutrina da proteção integral à criança**, preconizada nos tratados internacionais da ONU, no direito brasileiro:
 - Art.227- É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Constituição Federal, 1988).
- A Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história brasileira, aborda a questão da criança como prioridade absoluta, tornando sua proteção dever da família, da sociedade, do Estado.

11.2. O Estatuto da Criança e do Adolescente

- A Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), elaborada por uma comissão formada por representantes da sociedade civil, juristas e técnicos dos órgãos governamentais, com a participação fundamental do Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (MNMRR) e da Pastoral da Criança.
- O ECA é a lei que reconhece a criança e o adolescente como sujeito de direitos em nosso país, defendendo o seu interesse superior.
- A prioridade absoluta que preceitua o artigo 227 da CF/1988 foi reafirmada no seu art. 4º. Senão vejamos:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
 - b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
 - c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
 - d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude,
- A sistemática do ECA ressalta, dentre o **rol dos direitos fundamentais** que estão interligados, o direito à vida e à saúde e em seu art. 7º preconiza:

“Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”

- O direito à vida possibilita a concretização dos outros direitos, como direito à educação, ao esporte e ao convívio familiar. Assim, a proteção à vida e à saúde permeia todas as políticas públicas voltadas à criança e ao adolescente.

11.2.1. O ECA e os sistemas de garantias

- Conforme Saraiva (2005), no ECA encontram-se os fundamentos dos três grandes sistemas de garantias (primário, secundário e terciário) que estabeleceram as diretrizes para uma política pública que prioriza as crianças e os adolescentes, reconhecendo a sua condição de pessoa em processo de desenvolvimento. São eles:
- **Sistema primário** – refere-se às políticas públicas de caráter universal para atendimento a toda população infanto-juvenil brasileira sem quaisquer distinções (traduzido especialmente pelos arts. 4º, 86 e 87, do ECA)

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento:

- I - políticas sociais básicas;
- II - políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que deles necessitem;
- III - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;
- IV - serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos;
- V - proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente.
- VI - políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período

de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

VII - campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

- **Sistema secundário** – possui natureza preventiva e abrange as medidas de proteção dirigidas a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social que sejam vítimas, cujos direitos fundamentais foram violados (especialmente os arts. 98 e 101). Essas medidas protetivas são aplicáveis às crianças e adolescentes vitimados.

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III - em razão de sua conduta.

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - acolhimento institucional; (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

IX - colocação em família substituta

- **Sistema terciário** – trata das medidas socioeducativas destinadas a adolescentes em conflito com a lei por terem cometido atos infracionais, ou seja, aqueles que passam da condição de vitimizados a vitimizadores (refletido especialmente nos arts. 103 e 112).

Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

V - inserção em regime de semi-liberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional;

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

- Pela legislação brasileira, o direito à proteção especial às crianças e adolescentes abrange
 - os aspectos relativos ao trabalho, como idade mínima de 14 anos para a admissão, aquisição de direitos trabalhistas e previdenciários;
 - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;
 - conhecimento da atribuição de ato infracional com defesa técnica por profissional qualificado;
 - respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, obedecendo aos princípios da excepcionalidade na aplicação de medidas privativas de liberdade;
 - estímulo do poder público para o acolhimento por guarda de órfãos ou abandonados;
 - acesso a programas de prevenção e atendimento especializado aos dependentes químicos.
 - punição contra abuso, a violência e a exploração sexual infanto-juvenil.
- Importante – O ECA (Lei nº. 8069/1990) prevê a aplicação das medidas protetivas, mediante a ameaça ou violação a direitos, pela ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis pelas crianças e adolescentes. O acionamento do sistema secundário de prevenção, enquanto medida de proteção da criança ou adolescente vitimizado tem **caráter preventivo da delinquência**.
- mediante alguma falha do **sistema primário** de prevenção, o **sistema secundário** é acionado para proteger a criança ou adolescente, por meio do **Conselho Tutelar**. No caso de adolescente em **conflito com a lei** ou de **ato infracional** atribuído a este, são determinadas as medidas socioeducativas do **terceiro sistema** de prevenção, através da intervenção da Polícia, do Ministério Público, Defensoria e órgãos executores das medidas socioeducativas.

12. Noções sobre a Lei Maria da Penha - LEI nº. 11.340 de 07 de agosto de 2006

12.1. Breve histórico

- Historicamente a mulher sempre foi relegada a um plano inferior. No Código Civil de 1916 a mulher casada era considerada uma pessoa relativamente incapaz, que deveria ser protegida, inclusive com a instituição do dote
- A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) veio regulamentar a necessidade de proteção da mulher no ambiente doméstico.
- Recebeu este nome em homenagem a uma bioquímica de Fortaleza que denunciou o Brasil à OEA (Organização dos Estados Americanos) pela ausência de punição efetiva ao seu esposo e agressor.
- Não estabelece crimes, apenas prevê um sistema de proteção à família e ao membro potencialmente hipossuficiente nas relações domésticas.

12.2. Violência doméstica e limites de aplicação da Lei

- Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
 - I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
 - II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
 - III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.
- Integridade física = mínimo necessário para que o ser humano possua dignidade:
 - O significado de **integridade** diz respeito a completude ou perfeição, ou seja, o que **não sofreu redução** e é suscetível de manter-se íntegro ou desenvolver-se normalmente, **porque está ileso**, logo, o bem da integridade física é definido como modo de ser físico da pessoa, perceptível mediante os sentidos. De fato, o direito à integridade física **protege a incolumidade do corpo e da mente**, por intermédio da conservação física e lucidez mental da pessoa, opondo-se a qualquer ato que venha a comprometê-los.
- A Lei é destinada a **proteger a mulher** contra a violência doméstica e familiar.
 - **não** se aplica às vítimas do **sexo masculino**.
 - Exclusiva para proteger a mulher que se encontra em situação de risco, porque entende que esta merece uma proteção especial, já que, na maioria dos casos, existe uma situação de desigualdade em relação ao homem, seja do ponto de vista físico, seja do ponto de vista das relações domésticas, familiares e até sociais.

12.3. Infrações penais mais comuns em caso de violência doméstica ou familiar

- É muito comum a ocorrência de:
 - contravenção penal de **vias de fato** (ex: empurrões, tapas sem deixar

- marcas)
- **crimes contra a honra** (ex: xingamentos, agressões verbais)
- **ameaça** (ex: o agressor diz que vai matar ou bater na vítima)
- **lesão corporal leve** (ex: lesões que deixam marcas, mas os ferimentos não são graves)
- **lesão corporal grave ou gravíssima** (ex: ferimentos mais graves em que a vítima fica incapacitada para as suas ocupações habituais por mais de trinta dias e outras situações previstas na Lei).
 - **Obs.:** a classificação da lesão em leve, grave ou gravíssima, depende de uma avaliação técnica, feita pelos médicos legistas (IML), em um primeiro momento, e depois pelo Ministério Público e pelo Juiz.
- Há crimes muito graves que podem também ser praticados contra a mulher no contexto de violência doméstica ou familiar, podendo-se citar como exemplos a **tortura**, a **tentativa de homicídio** e o **homicídio consumado** (quando ocorre a morte).

12.4. Novo tratamento jurídico dado à violência doméstica

- Tratamento dispensado ao agressor **antes da Lei Maria da Penha** a esses casos mais frequentes:
 - **infrações penais mais simples** = encaminhamento ao Juizado Especial Criminal, juntamente com a vítima, onde em uma audiência preliminar, que ocorria com um juiz leigo ou com o próprio Juiz de Direito, presente o Ministério Público, era indagado se a vítima queria representar contra o autor dos fatos.
 - pena não seria de privação de liberdade.
 - Baixo índice de representação contra o agressor
 - Alto índice de reincidência ante a inexistência de efetiva sanção e reeducação
 - Não havia o temor da pena e não havia a tentativa de ressocializar o agressor, de forma a se poder restaurar a harmonia familiar e os danos sofridos pela vítima.
- Com o **advento da Lei Maria da Penha**, qual o tratamento que passou a ser dispensado ao agressor:
 - impõe um tratamento mais rigoroso, mais restaurador e ao mesmo tempo mais garantidor dos direitos da mulher.
 - a apuração, pelo menos nos casos de agressões físicas, **não depende mais da vontade da vítima**.
 - possibilidade do agressor ser punido com uma pena privativa de liberdade (prisão), ainda naqueles casos que seriam mais simples como a lesão corporal leve.
 - caso de prisão em flagrante se admite a liberdade provisória mediante fiança para aqueles crimes em que a pena mínima prevista não exceda 2 (dois) anos e desde que preenchido os demais requisitos.
 - a liberdade provisória sem fiança é cabível nos demais casos, desde que não estejam presentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva, sendo possível o magistrado permitir que o agressor permaneça em liberdade durante a ação penal, ouvido previamente o Ministério Público.

- casos de lesão corporal leve, é possível, em havendo condenação, o juiz conceder o que se chama de **sursis (suspensão condicional da pena)**:
 - condenado não vai para a cadeia, fica com a sua pena suspensa mediante condições, por um prazo geralmente de dois anos, durante o qual deve:
 - comparecer mensalmente ao Fórum,
 - não pode sair da cidade sem autorização do juiz,
 - fica proibido de freqüentar determinados locais
 - e, agora, **com a Lei Maria da Penha, pode ser obrigado a comparecer a programas de recuperação e reeducação.**
- não sendo cabível o benefício do sursis, nada impede que o condenado, que começar a cumprir a pena no regime aberto ou ingressar neste regime mais brando, tenha dentre as condições para a execução da pena uma condição especial que é o **comparecimento obrigatório a programas de recuperação e reeducação.**
- o objetivo não é prender, mas reeducar.
- Medidas de proteção à mulher, de forma a evitar que as agressões continuem ou que voltem a ocorrer.
- Tratamento mais rigoroso ante o entendimento de que a **agressão à mulher é violação de direitos humanos** e, portanto, é muito grave.

12.5. Medidas judiciais que o legislador criou para proteger a mulher em situação de violência doméstica ou familiar

- 2 tipos de medidas de proteção.
 - Obrigam o agressor
 - Protegem a vítima
- As medidas protetivas de urgência que **obrigam o agressor** estão previstas no **art. 22** da Lei, sendo elas:
 - a) suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente;
 - b) afastamento do lar, domicílio ou local de conveniência com a vítima;
 - c) proibição de determinadas condutas, como aproximação da vítima, de seus familiares e das testemunhas, devendo o juiz fixar o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
 - d) proibição de contato com a vítima, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
 - e) proibição de que o agressor frequente determinados lugares, a fim de preservar a integridade física e psicológica da vítima;
 - f) restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores (filhos); e
 - g) prestação de alimentos provisionais ou provisórios à mulher e aos filhos.
- As medidas protetivas de urgência **destinadas à vítima** estão relacionadas nos **arts. 23 e 24**, da Lei, sendo elas:
 - a) encaminhamento da vítima e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
 - b) recondução da vítima e de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
 - c) afastamento da vítima do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
 - d) separação de corpos;
 - e) restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à vítima;

- f) proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização do juiz;
- g) suspensão das procurações conferidas pela vítima ao agressor; e
- h) prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a vítima.

12.6. Providência para implementação das medidas

- Necessidade da vítima procurar a Delegacia.
- A autoridade policial mandará lavrar o boletim de ocorrência policial e colherá as declarações da vítima.
- A Lei só exige o boletim de ocorrência policial e as declarações da vítima para se conceder as medidas. Diante da **pouca exigência quanto à prova**, pois **a Lei se baseia praticamente na palavra da mulher**. Apesar do risco de abuso, levou-se em consideração a **posição da mulher**, geralmente a vítima de agressões e que por isso merece **especial proteção**, bem como a **necessidade de impedir que uma violência maior possa ocorrer**, o legislador **dispensou uma prova mais aprofundada** nesta fase, para deferir as medidas de proteção.
- Medidas de proteção devem ser adotadas devem ser decretadas em um prazo de 48 horas.
- Percebendo que as medidas não estão adequadas poderá alterar essas medidas ou, ser for o caso, até revogá-las.
- A Lei é um **instrumento de proteção da mulher** e **não um instrumento de vingança**, logo caso uma falsa vítima venha a fazer o registro de uma ocorrência que não aconteceu, atribuindo ao seu marido, companheiro, namorado ou parente uma infração penal que ele não praticou, é muito provável que ela venha a ser punida por crime de denunciação caluniosa, cuja pena pode chegar até 8 (oito) anos de reclusão (art. 339, do Código Penal).