

Lourivaldo da Conceição

**CURSO DE
DIREITOS
FUNDAMENTAIS**





Universidade Estadual da Paraíba

Prof. Antonio Guedes Rangel Junior | *Reitor*

Prof. José Etham de Lucena Barbosa | *Vice-Reitor*



Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Luciano do Nascimento Silva | *Diretor*

Antonio Roberto Faustino da Costa | *Diretor-Adjunto*

Conselho Editorial

Presidente

Luciano do Nascimento Silva

Conselho Científico

Alberto Soares Melo

Cidoval Moraes de Sousa

Hermes Magalhães Tavares

José Esteban Castro

José Etham de Lucena Barbosa

José Tavares de Sousa

Marcionila Fernandes

Olival Freire Jr

Roberto Mauro Cortez Motta



Editora filiada a ABEU

EDITORA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

Rua Baraúnas, 351 - Bairro Universitário - Campina Grande-PB - CEP 58429-500

Fone/Fax: (83) 3315-3381 - <http://eduepb.uepb.edu.br> - email: eduepb@uepb.edu.br

Lourivaldo da Conceição

Curso de Direitos Fundamentais

Copyright © EDUEPB

A reprodução não-autorizada desta publicação, por qualquer meio, seja total ou parcial, constitui violação da Lei nº 9.610/98.

Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Luciano do Nascimento Silva | *Diretor*

Antonio Roberto Faustino da Costa | *Diretor-Adjunto*

Design Gráfico

Erick Ferreira Cabral

Jefferson Ricardo Lima Araujo Nunes

Leonardo Ramos Araujo

Comercialização e Distribuição

Danielle Correia Gomes

Divulgação

Zoraide Barbosa de Oliveira Pereira

Revisão Linguística

Elizete Amaral de Medeiros

Normalização Técnica

Jane Pompilo dos Santos

Depósito legal na Biblioteca Nacional, conforme decreto nº
1.825, de 20 de dezembro de 1907.

C744c Conceição, Lourivaldo da.
Curso de direitos fundamentais [Livro eletrônico]. / Lourivaldo da Conceição. Campina Grande: EDUEPB, 2016.
3100kb. 803 p.

Modo de acesso: Word Wide Web <http://www.uepb.edu.br/ebooks/>

ISBN: 978-85-7879-345-6

1. Direito. 2. Direitos Fundamentais. 3. Habeas corpus. 4. Ação popular. 5. Direitos Sociais. 6. Constituição de 1988. I. Título.

21. ed. **CDD 340**

Dedicatória

Dedico este livro a MARIA STELA DE FARIAS CONCEIÇÃO, minha companheira de muitos anos, e a LOURIVALDO DA CONCEIÇÃO JR., meu filho, eles que são a razão de ser do esforço empreendido para elaborar o presente trabalho. Dedico ainda o livro:

- a ROSENDO SILVA, meu irmão de quem o destino me afastou e me privou de sua amizade e de sua companhia durante muitos anos.
- a Dr. ANTÔNIO DE LIRA TAVARES e DONA MARIA DA GRAÇA DE LIRA TAVARES (in memoriam), pessoas que me ajudaram tanto em minha vida que considero meus verdadeiros pais.
- a LUIZ ANTÔNIO DE LIRA TAVARES (in memoriam), MARIA AUXILIADORA DE LIRA TAVARES, LÚCIO ANTÔNIO DE LIRA TAVARES e LUCIANO ANTÔNIO DE LIRA TAVARES, que me honraram tanto com seu amor fraterno e amizade que os considero também outros verdadeiros irmãos.

Agradecimento

Além disso, agradeço a JOÃO ROBERTO DAS NEVES FARIAS, pela sua valiosa ajuda na localização e aquisição de bibliografia para o presente trabalho, e ao Prof. Dr. Alexandre Henrique Salema e a Mailde Rodrigues da Silva, pela colaboração na elaboração e formatação do presente trabalho.

Sumário

PREFÁCIO	18
----------------	----

Parte I

TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Capítulo I

DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	23
1.1. Direitos subjetivos.....	23
1.2. Direitos (subjetivos) fundamentais.....	24
1.3. Definição de direito fundamental.....	27

Capítulo II

POR QUE DIREITOS FUNDAMENTAIS?.....	32
2.1 Considerações gerais.....	32
2.2 Imprecisão terminológica.....	34
2.3 Direitos subjetivos constitucionais e direitos fundamentais.....	34
2.4 Por que direitos fundamentais?.....	36
2.5. A dupla dimensão dos direitos fundamentais.....	42

Capítulo III

DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	46
---	----

Capítulo IV

DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	48
--	----

Capítulo V

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	53
5.1 Fase pré-constitucional.....	54

5.2	Constitucionalização das declarações de direitos	56	
5.3	O processo de internacionalização	61	
5.4	O processo de especificação	65	
Capítulo VI			
AS GERAÇÕES OU DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .. 67			
Capítulo VII			
FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS			70
7.1	Modelo historicista	70	
7.2	Modelo individualista	75	
7.3	Modelo estatista	79	
7.4	Modelo individualista e estatista	83	
7.5	Modelo individualista e historicista	83	
7.6	Modelo historicista e estatista	84	
Capítulo VIII			
TIPOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS			90
Capítulo IX			
TITULARES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS			94
9.1	Titularidade dos direitos de defesa	94	
9.2	Titularidade dos direitos sociais	96	
9.3	Titulares dos direitos políticos	97	
Capítulo X			
DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS			98
Capítulo XI			
LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS			99
11.1	Considerações gerais	99	
11.2	Restrições	100	
11.3	Conformação (configuração)	114	
11.4	Requisitos para a limitação dos direitos fundamentais ...	117	
Capítulo XII			
A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS			128
12.1	Considerações gerais	128	

12.2 A estrutura das normas definidoras de direitos fundamentais.....	128
12.3 A eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, enquanto regras.....	134
12.4 Eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais enquanto princípios.....	148
12.5 Eficácia das norma definidora das definidoras de direitos fundamentais, enquanto princípios e regras.....	148
12.6 A incidência do § 1º do art. 5º.....	152

Capítulo XIII

EXTENSÃO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE DIREITO PRIVADO.....	154
13.1 Considerações gerais.....	154
13.2 doutrinas sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	156
13.3 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas na doutrina e na jurisprudência brasileira.....	162

Capítulo XIV

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E GARANTIAS INSTITUCIONAIS..	164
14.1 Considerações gerais.....	164
14.2 Garantias constitucionais.....	164
14.3 Garantias institucionais.....	166

Capítulo XV

RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	174
15.1 Considerações gerais.....	174
15.2 Conceito.....	174
15.3 Natureza e fundamento do poder de disposição individual sobre posições de direitos fundamentais.....	176
15.4 A admissibilidade de renúncia a direitos fundamentais...177	
15.5 Pressupostos da renúncia a direitos fundamentais e requisitos de sua validade concreta.....	180
15.6 Critérios orientadores do controle.....	183

Parte II

A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Capítulo I

DIREITOS POLÍTICOS	193
1.1. A afirmação dos direitos políticos no Império e na Primeira República	193
1.2. A afirmação dos direitos políticos no período de 1930 a 1964	204
1.3. A afirmação dos direitos políticos no período de 1964 a 1985	211

Capítulo II

DIREITOS CIVIS	216
2.1 A afirmação dos direitos civis no Império e na Primeira República	216
2.2 A afirmação dos direitos civis no período de 1930 a 1964	220
2.3 A afirmação dos direitos civis no período de 1964 a 1985	221

Capítulo III

DIREITOS SOCIAIS	223
3.1 A afirmação dos direitos sociais no Império e na Primeira República	223
3.2 A afirmação dos direitos sociais no período de 1930 – 1945	226
3.3 A afirmação dos direitos sociais no período de 1964 a 1985	232

Capítulo IV

A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS, CIVIS E SOCIAIS NO PERÍODO DE 1985 ATÉ O PRESENTE	234
--	-----

Parte III

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

TÍTULO I

O CATÁLOGO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	242
--	-----

Capítulo I

FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO	245
---	-----

Capítulo II

CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTANTES DO CATÁLOGO	249
---	-----

- | | |
|--|-----|
| 2.1 Direitos fundamentais do homem-indivíduo – direitos da 1ª
geração (art. 5º)..... | 249 |
| 2.2 Direitos fundamentais do homem-membro de uma
coletividade – direitos da 1ª geração (art. 5º)..... | 250 |
| 2.3 Direitos fundamentais do homem social (direitos
econômicos, sociais e culturais) – direitos da 2ª geração
(arts. 6º a 11)..... | 250 |
| 2.4 Direito fundamental do homem nacional – direito de
nacionalidade (arts. 12 e 13) | 251 |
| 2.5 Direitos fundamentais do homem cidadão – direitos
políticos (art. 14 e 17)..... | 251 |

Capítulo III

DIREITOS FUNDAMENTAIS FORA DO CATÁLOGO	252
--	-----

TÍTULO II

DIREITOS INDIVIDUAIS.....	257
---------------------------	-----

Capítulo 1

DIREITOS À VIDA	259
-----------------------	-----

1.1 Considerações gerais.....	259
1.2 O estatuto jurídico do embrião	260
1.3 Direito de nascer.....	282
1.4 Direito à integridade física e moral.....	296
1.5 Direito de dispor do próprio corpo.....	308
Capítulo II	
DIREITOS À PRIVACIDADE	320
2.1 Indefinição terminológica.....	321
2.2 Delimitando o problema.....	321
2.3 A privacidade na Constituição de 1988	327
2.4 Direito à própria imagem.....	356
2.5 Direito à honra	358
Capítulo III	
DIREITOS À IGUALDADE.....	362
3.1 O princípio da igualdade	362
3.2 Igualdade perante a lei.....	363
3.3 Igualdade nos/dos direitos (igualdade na lei).....	365
3.4 Igualdade de oportunidades (igualdade material).....	371
3.5 Igualdade jurídica	376
Capítulo IV	
DIREITOS À LIBERDADE.....	378
4.1 O significado da liberdade.....	378
4.2 O princípio da liberdade	381
4.3 Liberdade individual/liberdade física	381
4.4 Liberdade de locomoção	384
4.5 Liberdade de pensamento/de opinião	388
Capítulo V	
DIREITO DE PROPRIEDADE.....	432
5.1 Considerações gerais.....	432
5.2 O conceito de propriedade	435
5.3 Propriedade intelectual.....	437

5.4 Restrições ao direito de propriedade.....	438
5.5 Desapropriação por necessidade pública ou por utilidade pública.....	439
5.6 Desapropriação por interesse social.....	441
5.7 Usucapiões especiais.....	449
5.8 Requisição.....	450
Capítulo VI	
DIREITO À SEGURANÇA.....	451
6.1 Considerações Gerais.....	451
6.2 Segurança pública e o direito fundamental à segurança.....	452
TÍTULO III	
DIREITOS COLETIVOS.....	500
Capítulo I	
LIBERDADE DE REUNIÃO.....	502
1.1 Considerações gerais.....	502
Capítulo II	
LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO.....	505
TÍTULO IV	
DIREITOS SOCIAIS.....	507
1. Considerações gerais.....	507
2. Definição de Direitos Sociais.....	508
3. Aspectos específicos dos Direitos Sociais.....	509
4. Natureza jurídica dos Direitos Sociais.....	512
5. Direitos Sociais – direitos a prestações materiais do estado.....	532
Capítulo I	
DIREITO À SEGURIDADE SOCIAL.....	534
1.1 Conceito.....	534

1.2	Evolução da seguridade social na Europa e nos Estados Unidos.....	538
1.3	A Seguridade Social no Brasil.....	547
1.4	Configuração institucional da seguridade social.....	552

SEÇÃO I

DIREITO À SAÚDE.....	558
1.1 Considerações gerais.....	558
1.2 O que é saúde?.....	559
1.3 Configuração institucional do direito à saúde.....	560
1.4 Relevância pública da saúde.....	574
1.5 A iniciativa privada na assistência à saúde.....	575
1.6 Participação da comunidade na gestão do SUS.....	576
1.7 A exigibilidade do direito à saúde.....	577
1.7 A exigibilidade do direito à saúde.....	578

SEÇÃO II

DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	580
2.1 Considerações gerais.....	580
2.2 A evolução da previdência social no Brasil.....	581
2.3 Conceito de previdência.....	585
2.5 Previdência complementar.....	617
2.6 As emendas constitucionais de nº 20/98 e 41/2003.....	618

SEÇÃO III

DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL.....	621
3.1 Generalidades.....	621
3.2 Conceito de assistência social.....	622
3.3 Evolução da assistência social brasileira.....	624
3.4 Configuração institucional da assistência social.....	635

Capítulo II

DIREITO À EDUCAÇÃO.....	644
2.1 Generalidades.....	644
2.2 Configuração institucional do direito à educação.....	651

TÍTULO V

DIREITOS DE NACIONALIDADE.....	675
--------------------------------	-----

Capítulo I

CONCEITO DE NACIONALIDADE.....	675
--------------------------------	-----

Capítulo II

NACIONALIDADE E CIDADANIA.....	678
--------------------------------	-----

Capítulo III

POSITIVAÇÃO DO DIREITO DE NACIONALIDADE.....	680
3.1 Critérios de atribuição da nacionalidade.....	680
3.2- Brasileiros, natos e naturalizados, e estrangeiros.....	681
3.3 Perda da nacionalidade brasileira.....	683

TÍTULO VI**DIREITOS POLÍTICOS****Capítulo I**

CONCEITO DE CIDADANIA.....	685
----------------------------	-----

Capítulo II

EXERCÍCIO DA CIDADANIA E DA SOBERANIA POPULAR.....	687
2.1 Democracia indireta e representação.....	687
2.2 Democracia direta e democracia semidireta.....	691

Capítulo III

CONTEÚDO DA CIDADANIA (DIREITOS POLÍTICOS).....	694
---	-----

Capítulo IV

AQUISIÇÃO E PERDA DOS DIREITOS POLÍTICOS.....	698
---	-----

Capítulo V

PARTIDOS POLÍTICOS.....	699
-------------------------	-----

TÍTULO VII

REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS.....	704
-------------------------------	-----

Capítulo I

HABEAS CORPUS.....	705
--------------------	-----

Capítulo II

MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL.....	712
--------------------------------------	-----

2.1 Considerações gerais.....	712
-------------------------------	-----

2.3 Objeto do mandado de segurança – ato ilegal ou abuso de poder	717
--	-----

2.4 Direito líquido e certo.....	720
----------------------------------	-----

Capítulo III

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.....	722
------------------------------------	-----

3.1 Considerações gerais.....	722
-------------------------------	-----

3.2 Direitos coletivos (transindividuais) e direitos individuais homogêneos.....	725
---	-----

3.3 O mandado de segurança coletivo.....	727
--	-----

3.4 Legitimação	729
-----------------------	-----

3.5 Objeto	730
------------------	-----

3.6 Efeitos da coisa julgada.....	732
-----------------------------------	-----

Capítulo IV

MANDADO DE INJUNÇÃO.....	733
--------------------------	-----

4.1 Considerações gerais.....	733
-------------------------------	-----

4.2 Conceito de mandado de injunção	734
---	-----

4.3 Pressupostos do mandado de injunção.....	736
--	-----

4.4 Legitimação	738
------------------------------	------------

4.5 A decisão do juiz.....	739
----------------------------	-----

Capítulo V

HABEAS DATA.....	740
5.1 Considerações gerais.....	740
5.2 Antecedentes.....	740
5.3 O habeas data	742
5.3 O habeas data e o direito de obter informações das repartições públicas.....	746

Capítulo VI

AÇÃO POPULAR.....	749
6.1 Conceito.....	750
6.2 Legitimidade.....	750
6.2 Objeto.....	752
6.3 Pressupostos.....	752

Capítulo VII

DIREITO DE PETIÇÃO.....	754
-------------------------	-----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	758
Parte I.....	758
Parte II.....	771
Parte III.....	777

PREFÁCIO

A disciplina DIREITO CONSTITUCIONAL é ministrada, geralmente, em dois períodos – Direito Constitucional I, no segundo semestre do 1º Ano, e Direito Constitucional II, no primeiro semestre do 2º Ano.

Em Direito Constitucional I, o professor dedica-se inteiramente à Teoria da Constituição, conjunto de noções que nos vieram da Alemanha, através de autores alemães traduzidos para português, como ALEXY, ou através de autores espanhóis e portugueses - como JORGE MIRANDA e CANOTILHO, ou ainda através de professores brasileiros que estudaram na Alemanha, como SARLET e GILMAR MENDES (as citações são simplesmente exemplificativas). Já em Direito Constitucional II, o professor fica no seguinte dilema: ou dedica o tempo ao estudo do estatuto do Poder (do art. 18 em diante) ou estuda os direitos fundamentais (do art. 5º ao art. 17).

Essa situação parece paradoxal, na medida em que vivemos, no Brasil e na maioria dos países do Ocidente, aquilo que HENKIN (1990), chama uma **age of rights** (uma idade de direitos), com uma ênfase muito grande sobre os direitos fundamentais. E o resultado desse paradoxo é o pouco espaço dedicado aos direitos fundamentais nos manuais de Direito Constitucional ora editados no Brasil.

Diante dessa situação, propus ao Conselho Acadêmico, quando professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), a inclusão de Constitucional III, dedicado inteiramente ao estudo dos direitos fundamentais, proposição aceita, embora ainda não concretizada.

O presente livro é uma humilde contribuição para aquilo que, no meu entender, deveria ser ministrado nesse período dedicado aos direitos fundamentais ou, em outros termos, para aquilo que deveria ser o conteúdo de um curso de direitos fundamentais.

O livro está dividido em três partes.

Parte 1 – dedicada inteiramente à Teoria dos Direitos Fundamentais, versando assuntos como: conceito de direito fundamental, sua constitucionalização, gerações de direitos fundamentais, seus fundamentos, titulares, limitações, eficácia das normas declaratórias de direitos fundamentais, eficácia dos direitos fundamentais nas relações de direito privado, garantias institucionais, renúncia aos direitos fundamentais.

Parte 2 – dedicada à afirmação dos direitos fundamentais no Brasil.

O Brasil já teve sete (7) constituições, contando com a vigente de 1988. Todas essas constituições, a partir da de 1824, contêm extensas declarações de direitos. No entanto, a despeito disso, inexiste uma doutrina brasileira de direitos fundamentais, com exceção da doutrina brasileira do **habeas corpus**.

A população brasileira, até pouco atrás, era preponderantemente rural, analfabeta, dominada, financeira, social e politicamente, pelos donos da terra. A maioria das pessoas não tinha condições de recorrer à Justiça na defesa de seus direitos por uma série de motivos:

- (I) era analfabeta como se disse anteriormente, não tendo conhecimento de seus direitos;
- (II) não tinha recursos para entrar com uma ação na Justiça, vez que a Justiça é sempre muito cara;

- (III) esta, por sua vez, estava muito longe para ser acessada, vez que as comarcas geralmente estavam situadas nas grandes e médias cidades;
- (IV) havia o receio, frequentemente muito bem fundado, de retaliações por parte das autoridades acusadas de violações desses direitos

Essa situação fez com que as declarações de direito se tornassem letras mortas, simples declarações de intenções impressas em papel, sem nenhum ou com pouco efeito real na vida da maioria das pessoas. Fez com que também essas declarações não fossem vivificadas pela atuação dos advogados, promotores e juízes em torno de casos concretos de violações de direitos e de aplicação efetiva dos dispositivos previstos nas constituições, dando-lhes uma feição e um conteúdo real, de acordo com a nossa realidade.

O resultado disso é que quase nada se aprende sobre a evolução dos direitos fundamentais no Brasil compulsando-se os comentaristas das constituições, que se limitam a repetir doutrinas estrangeiras. O jeito foi recorrer a historiadores e cientistas políticos.

Parte 3 – estuda cada um dos direitos positivados na Constituição de 1988:

- **individuais** – direito à vida (com ênfase no problema do aborto), à privacidade, à igualdade, à liberdade, à propriedade e à segurança;
- **coletivos** – direito de reunião e de associação;
- **sociais** – direito à seguridade social (saúde, previdência social e assistência social) e direito à educação
- **direito da nacionalidade**
- **direitos políticos.**
- **remédios constitucionais**

Este é um manual destinado a alunos dos primeiros anos do Curso de Direito. Esta é sua finalidade que orientou todo o trabalho de sua elaboração, mas que também estabeleceu os seus limites. Nele não se devem procurar inovações ou a elaboração de novas teorias, nem mesmo a discussão das teorias e doutrinas existentes. É uma simples e honesta exposição do que se encontra nos livros especializados no assunto.

Por outro lado, sendo um livro destinado a alunos, sua linguagem é simples, sem rodeios, sem circunlóquios, sem preciosismos de linguagem e sem demonstrações inúteis de erudição.

Finalmente, cabe-me agradecer a atenção que for prestada ao presente trabalho.

Campina Grande-PB, 31 de março de 2014

PARTE I

TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. Direitos subjetivos

O direito objetivo regula as relações da vida social (FERRARA, 1921, p. 295). Essas relações sociais reconhecidas e reguladas pelo direito objetivo são chamadas de relações jurídicas (FERRARA, 1921, p. 295).

Toda relação jurídica, considerada em sua forma concreta, manifesta-se, de um lado, como uma relação de poder, a que corresponde, do outro lado, uma relação de dever (FERRARA, 1921, p. 296).

Toda relação jurídica envolve, portanto, normalmente, um direito subjetivo e um dever jurídico (FERRARA, 1921, p. 296).

Não existe unanimidade na doutrina acerca da definição de direito subjetivo. Basicamente, o direito subjetivo é interpretado de duas maneiras distintas: a teoria voluntarista e a teoria do interesse.

Para a doutrina voluntarista (WINDSCHEID, ZITERMANN), o direito subjetivo é o poder ou a faculdade de uma pessoa de agir contra outras pessoas; é o poder da vontade individual de realizar tudo o que serve para a realização dos fins garantidos pela ordem jurídica (FERRARA, 1921, p. 317).

Já para a teoria do interesse de IHERING, o direito subjetivo é um interesse juridicamente protegido. A ordem jurídica, diz IHERING, não tutela a vontade, mas os interesses humanos (FERRARA, 1921, p. 319).

Uma terceira corrente procura combinar os elementos vontade e interesse na definição de direito subjetivo. Segundo JELLINEK e MICHOU, direito subjetivo é um bem ou interesse protegido pelo reconhecimento do poder humano de querer (FERRARA, 1921, p. 319).

Finalmente, segundo FERRARA (1921), direito subjetivo é um poder jurídico que tem como fonte o direito objetivo e que se dirige

contra os outros homens para obter o cumprimento dos deveres oriundos das normas, com o fim de satisfazer os interesses humanos (p. 321).

Direito subjetivo consiste no poder de exigir coercitivamente o cumprimento dos deveres jurídicos em vantagem própria (p. 329).

KELSEN (1976) decompõe o conceito genérico direito subjetivo nas seguintes situações:

- Direito subjetivo como interesse juridicamente protegido, no sentido de que o Direito protege e tutela esse interesse e que liga uma sanção à sua ofensa;
- Direito subjetivo como poder jurídico, no sentido de autorização ou atribuição de competência;
- Direito subjetivo como permissão – afirmação de que o indivíduo tem o direito de se conduzir de uma determinada maneira;
- Direito subjetivo como direitos políticos, no sentido de capacidade ou o poder de infruir na formação da vontade do Estado.

No mesmo sentido, é a análise de HOHFELD (2008), para quem o termo direito (subjetivo) é aplicado, às vezes indevidamente, nas seguintes acepções: direito (pretensão), privilégio (liberdade), poder (competência) e imunidade (isenção), tendo como correlativos: dever, não-direito, sujeição e impotência.

1.2. Direitos (subjetivos) fundamentais

A questão é se os direitos fundamentais têm a natureza jurídica, o estatuto teórico, a estrutura formal dos direitos subjetivos. A essa questão a doutrina tem dado uma resposta afirmativa, como é o caso, por exemplo, de ALEXY (2002) que decompõe o direito subjetivo em: direitos a algo, liberdades e competências.

Na realidade, a expressão direito subjetivo data do séc. XIX, mas o conceito de direito subjetivo vem sendo trabalhado desde fins do séc. XIII.

O termo direito subjetivo era desconhecido na antiguidade clássica greco-romana, bem como na filosofia de Santo Tomás de Aquino. Em todas essas épocas, toda a filosofia do direito girava em torno da ideia de justiça distributiva, o **jus** (direito) sendo definido como **id quod justum** (o que é justo), a justa parte que cabe a cada um (**suum cuique tribuere**).

Na Idade Média, com o desmoronamento da ordem jurídica romana, uma nova ordem social começou a surgir, baseada na liberdade individual, de que são prova os reinos, produtos de conquistas militares, e o grande movimento de associações – convenções espontâneas, cartas, contratos, etc., de onde surgem corporações, comunas, agrupamentos de estados, etc.

Nessa época, começam a aparecer também as listas de direitos (**jura**) – direitos do imperador contra o papa, direitos dos reis contra os seus súditos, direitos de cada senhor, de cada corpo, de cada classe. Mas, então, o termo **jus**, deixa de ser um bem (algo objetivo) e passa a ter o significado de poder (**potestas**).

É a partir dessa realidade que GUILHERME D'OCCAM elaborou o conceito e a doutrina do direito subjetivo, em fins do século XIII. Ele juntou o termo clássico **jus** ao popular, medieval, **potestas** (poder).

A partir de então, inicia-se a lenta conquista da noção de direito subjetivo, através dos últimos séculos da escolástica medieval, do Renascimento, na escolástica espanhola e nos tratados da jurisprudência humanista.

Uma outra contribuição importante, para a formação do moderno conceito de direito subjetivo, foi a de Hobbes. A doutrina política de Hobbes, diferentemente do que ocorre com Aristóteles, não parte da hipótese da existência natural da cidade, cuja lei é a fonte dos direitos dos seus cidadãos. Para Hobbes, o direito do indivíduo tem seu

fundamento em uma lei, não uma lei da cidade, mas a lei natural, que cada indivíduo encontra em sua consciência ou instinto, que o obriga ou o inclina para a sua própria conservação. Essa lei natural cria, para o indivíduo, o dever de se conservar, donde deriva o seu direito de usar de todos os meios necessários a essa sua conservação.

Nesse sentido, o direito deixa de ser uma coisa, um objeto, como na concepção clássica originada de Aristóteles, e passa a ser algo tirado do próprio sujeito, um seu atributo, uma sua qualidade, um poder do indivíduo. **Qualitas moralis personae**, dirá GROCIO que, nesse ponto, seguirá os passos de Hobbes.

Outra diferença importante, em relação à concepção clássica, é que nesta o **jus**, que era definido como a parte de cada um na divisão dos bens sociais, é essencialmente limitado, enquanto, na concepção de Hobbes, o direito é, em princípio, um poder ilimitado. No estado de natureza, não havia lei, nem, portanto, o meu e o teu. É verdade que, no estado social, a lei estabelece limites para esse direito, mas, onde ela não o limita, este permanece um poder absoluto, total, arbitrário de usar a coisa, de dela usufruir ou abusar.

Seguindo a mesma hipótese do estado de natureza, embora com um sentido mais positivo, LOCKE também acredita que os homens têm de obedecer à lei natural e, portanto, têm o dever de se conservar. Por isso, têm o direito de usar de todos os meios necessários para esse fim. Têm, portanto, uma série de direitos naturais.

Essa concepção dos direitos naturais foi apropriada pelos revolucionários burgueses do sec. XVIII. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, os enumera: liberdade, propriedade, segurança e de resistência à opressão.

Além disso, ao constituir o Estado, através do contrato social, os indivíduos delegaram a este o poder legislativo, isto é, o poder de elaborar o direito positivo estatal que nada mais é que um sistema de direitos subjetivos (VILLEY a, 1969; VILLEY b, 1977).

O que se quis demonstrar, com essa longa digressão, é que o conceito de direito subjetivo nasceu no direito público, tendo, posteriormente, passado para o direito privado.

1.3. Definição de direito fundamental

LUÑOa (2003) distingue três tipos de definição de direitos humanos/fundamentais:

- a) Definições tautológicas – os direitos do homem são os que correspondem ao homem pelo fato de ser homem (p. 25).
- b) Definições formais - os direitos do homem são aqueles que pertencem ou devem pertencer a todos os homens e dos quais nenhum homem pode ser privado.
- c) Definições teleológicas – os direitos do homem são aqueles imprescindíveis para o aperfeiçoamento da pessoa humana, para o progresso social ou para o desenvolvimento da civilização.

Para o autor, apoiando-se em BOBBIO, essas definições são equivocadas, imprecisas ou pouco satisfatórias, porque pouco ou nada esclarecem sobre o conteúdo, os fundamentos e os caracteres dos direitos humanos/fundamentais.

Após essas críticas, propõe a seguinte definição de direitos humanos/fundamentais: um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, que devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional (p. 48).

E explica: muito embora essa definição possa parecer tautológica e teleológica, na realidade foge desses dois defeitos, bem como das criticadas equivocidade e imprecisão, ao explicitar o objeto e fundamento de toda teoria dos direitos humanos (valores da dignidade, da liberdade

e da igualdade humanas), bem como o caráter histórico das faculdades e instituições que os concretizam - muitos dos direitos humanos considerados fundamentais no mundo de hoje – os direitos sociais, por exemplo – não constavam das declarações do séc. XVIII.

Dez anos após a publicação da 1ª edição de DERECHOS HUMANOS, ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIÓN, LUÑO acrescenta um epílogo à 8ª edição de sua obra, onde dá uma justificação explicativa de sua definição de direitos humanos.

De acordo com o autor, sua definição de direitos humanos responde a três ideias-guia:

- (1) jusnaturalismo em seu fundamento;
- (2) historicismo em sua forma; e
- (3) axiologismo em seu conteúdo (p. 549).

a) Jusnaturalismo

Em sua fundamentação jusnaturalista, os direitos humanos conjugam sua raiz ética com sua vocação jurídica (p. 549).

Os direitos humanos não são meras exigências éticas, mas exigências éticas recepcionadas pelo Direito Positivo.

Quando ocorre essa recepção, nos encontramos com os direitos fundamentais: aqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo – na maioria das vezes, nas Constituições – e que costumam gozar de uma tutela reforçada (p. 549).

b) Historicismo

Como categorias históricas, surgem com as revoluções liberais do séc. XVIII, com um caráter nitidamente individualista, como exigências do Estado liberal de Direito. São os chamados **direitos individuais ou liberdades individuais, direitos de defesa frente ao poder estatal.**

No séc. XIX, como decorrência necessária da transição do Estado liberal de Direito para o Estado Social de Direito, surgem os direitos sociais – direitos que reivindicam uma atuação ativa do Estado no campo econômico e social, mediante sua intervenção no mercado e a prestação de certos serviços públicos aos indivíduos com o objetivo de capacitá-los para exercer as suas liberdades.

No séc. XX, há uma mudança qualitativa nos direitos fundamentais; há uma reação global contra a contaminação das liberdades, causada pela globalização. Reivindicam-se assim os direitos à paz, à qualidade de vida, à proteção do consumidor. A mudança qualitativa está em que os titulares desses direitos não são, via de regra, os indivíduos, mas coletividades, como nações, minorias, etc.

Em resumo: a natureza histórica dos direitos humanos explica as suas várias gerações (p. 558 e ss.).

c) Axiologismo

Os direitos especificações históricas de um valor universal: a justiça, entendida de acordo com as condições de cada época da história. Justiça, para o jusnaturalismo racional, se identifica com a noção de dignidade humana. Para os liberais dos séculos XVIII, XIX e XX, justiça é liberdade.

Já para os socialistas e defensores do Estado social de Direito, justiça é igualdade (p. 572 e ss.).

As definições dos autores nacionais abaixo transcritas são basicamente formais em outro sentido: elas enfatizam o caráter normativo dos direitos humanos/fundamentais.

DIMOULIS e MARTINS (2007) dão a seguinte definição de direitos fundamentais: Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do

Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (p. 54).

SARLETA (2003) propõe duas definições de direitos fundamentais:

- (I) direitos fundamentais são aqueles que como tais foram reconhecidos pela Constituição (p. 83); ou
- (II) direitos fundamentais são aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto constitucional e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal [...] (p. 85).

Aos direitos fundamentais são normalmente reconhecidos os seguintes atributos: universais, indisponíveis, inalienáveis, intangíveis.

De acordo com FERRAJOLI (2010), para se entender esses atributos dos direitos fundamentais há que fazer uma contraposição entre estes e os direitos patrimoniais (propriedade privada sobre os direitos de crédito).

a) Universais

Os direitos fundamentais são universais no sentido de que são reconhecidos universalmente a todos os homens (direito à vida, direito à liberdade, etc.) ou a todos os indivíduos de uma determinada classe (crianças, mulheres, idosos, etc). Em contraposição, os direitos patrimoniais são atribuídos a indivíduos ou a grupos de indivíduos singulares – proprietários rurais, posseiros, credores, etc.

b) Indisponíveis, inalienáveis e intangíveis

Os direitos patrimoniais podem ser atingidos em sua estrutura, isto é, podem ser aumentados, diminuídos e até extintos. Podem ser adquiridos, vendidos, trocados ou expropriados pelo poder público. Já os direitos fundamentais têm uma mesma quantidade para todos os seus titulares, nem mais nem menos. Não podem ser aumentados, nem diminuídos, nem extintos pelo uso ou pelo desuso. Estão subtraídos às decisões do mercado ou da política, no sentido de que não podem ser comprados, vendidos, trocados, nem expropriados pelo poder público (37/48).

POR QUE DIREITOS FUNDAMENTAIS?

2.1 Considerações gerais

De acordo com LUÑOB (2007), a expressão direitos fundamentais (**droits fondamentaux**) surgiu na França no ano de 1770 no marco de um movimento político e cultural que culminou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Adquiriu especial relevo na Alemanha, onde, com a denominação de **Grundrechte**, se articulou, especialmente depois da Constituição de Weimar de 1919, o sistema de relações entre o indivíduo e o Estado, enquanto fundamento de toda a ordem jurídico-política (p. 29).

O mesmo autor espanhol descreve, de forma resumida, a evolução desde as primeiras concepções dos estoicos sobre a unidade do gênero humano e da concepção cristã da igualdade essencial de todos os homens:

- I) A partir dessas premissas, o jusnaturalismo medieval desenvolveu a teoria do Direito Natural – conjunto de postulados supra-positivos que serviriam para legitimar o exercício do poder dos governantes.
- II) Nos séculos XVI e XVII, houve uma transposição dos postulados do Direito Natural para o plano da subjetividade. Passou-se a falar em direitos naturais – direitos que os indivíduos possuem com base no Direito Natural.
- III) Com LOCKE, os direitos naturais à liberdade e à propriedade passaram a ser considerados a finalidade da sociedade política, isto é, do Estado, enquanto para ROUSSEAU os direitos naturais constituiriam o fundamento do próprio Estado, visto

como este tem sua origem em contrato social firmado livremente por todos os indivíduos.

- IV) Com Kant, o processo de depuração da doutrina dos direitos naturais de seus elementos empíricos e pseudo-históricos alcança seu ponto culminante, ao fundá-los em postulados a **priori**: todos os direitos naturais estariam compreendidos na liberdade, enquanto esta possa coexistir com a liberdade dos outros segundo uma lei universal. Tal liberdade corresponde a todos os homens com base em sua própria humanidade.
- V) Com o aparecimento da obra de THOMAS PAINE – **The Rights of Man** (1791/2), a expressão direitos naturais foi sendo substituída por direitos do homem e por direitos fundamentais, expressão surgida na mesma época, o que já denota a aspiração do jusnaturalismo iluminista de positivar (converter em preceitos normativos) os direitos naturais (p.30/2).
- VI) No decorrer do século XX, o proletariado, com industrialização, protagonismo político e consciência de o avanço da vai adquirindo protagonismo político e consciência de classe e começa a exigir outro tipo de direitos, além das liberdades clássicas: os chamados direitos econômicos e sociais (direito ao trabalho, aos seus frutos e à seguridade social). Considera-se como ponto de partida desse novo movimento o Manifesto Comunista, de MARX e ENGELS, de 1848. Seguem, na mesma linha, a Constituição Francesa de 1848, que se propunha ser para os direitos sociais o que fora a Declaração de 1789 para a liberdade, a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, promulgada em 1918 na União Soviética, a Constituição do México de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919, a mais importante e a que melhor refletiu o novo estatuto dos direitos fundamentais.

2.2 Imprecisão terminológica

A Constituição de 1988 usa de várias expressões para designar os direitos do homem: direitos humanos (art. 4º, II), direitos e garantias fundamentais (Título II e art. 5º, § 1º), direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI) direitos fundamentais da pessoa humana (art. 17), direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º) e direitos individuais (art. 68, § 1º, II).

Na Constituição de 1988, a expressão direitos e garantias fundamentais (Título II) compreende os direitos e deveres individuais e coletivos (Cap. I, art. 5º), os direitos sociais (Cap. II, arts. 6º a 11), o direito de nacionalidade (Cap. III, arts. 12 e 13), os direitos políticos (Cap. IV, arts. 14 a 16) e a regulamentação dos partidos políticos (Cap. V, art. 17.).

2.3 Direitos subjetivos constitucionais e direitos fundamentais

Seguindo os ensinamentos de MARTINS NETO (2003), convém, em primeiro lugar, distinguir os direitos subjetivos constitucionais (aqueles que constam da Constituição) dos direitos subjetivos infraconstitucionais (aqueles que constam de normas jurídicas infraconstitucionais).

Essa distinção é importante porque, em nosso ordenamento jurídico de constituição rígida, as normas constitucionais, (declaratórias de direitos subjetivos ou não) só podem ser modificadas ou revogadas pelo poder constituinte derivado, observando-se o processo legislativo previsto nos §§ 2º e 3º do art. 60 da Constituição, estando, portanto, imunes à ação do legislador ordinário.

Entretanto, nem todo direito subjetivo constante da Constituição de 1988 é fundamental (PONTES DE MIRANDA, IV, p. 621)

O direito do funcionário público ao seu vencimento mensal, o do magistrado à vitaliciedade, o do parlamentar ao exercício de seu mandato, são direitos subjetivos constitucionais, mas não fundamentais.

A fundamentalidade de certos direitos subjetivos constitucionais está ligada à sua intangibilidade, outorgada pela Constituição de 1988 às cláusulas pétreas elencadas no § 4º do art. 60º:

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I – a forma federativa de Estado;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos Poderes;
- IV – os direitos individuais.

Isto é, os direitos fundamentais estão imunes não só à ação do legislador ordinário, mas também à do poder constituinte derivado e isto porque representam valores fundamentais necessários à existência do Estado Democrático de Direito e à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Questão bastante debatida na doutrina nacional é a abrangência do inciso IV do Art. 60. Questiona-se se a proteção de intangibilidade outorgada pela Constituição às cláusulas pétreas aplica-se apenas aos direitos individuais constantes do Art. 5º (interpretação literal) ou se abarca todos os direitos fundamentais previstos na Constituição (Arts. 5º a 17), além de outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (Art. 5º, § 2).

A maioria da doutrina nacional se inclina por essa última interpretação (SARLETa, 2003; MARTINS NETO, 2003; FERREIRA FILHO, 1997, entre outros).

De acordo com MENDESa (2007), no inciso IV do § 4º do art. 60, o constituinte terá dito menos do que queria, terá havido uma lacuna de

formulação, devendo-se ali ler os direitos sociais, ao lado dos direitos e garantias individuais (p.214/5).

2.4 Por que direitos fundamentais?

Os autores da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 afirmaram três coisas importantes para o constitucionalismo moderno:

- (I) que os homens nascem titulares de alguns direitos, que eles chamavam de naturais;
- (II) que esses direitos eram anteriores e superiores ao Estado, cuja finalidade era garanti-los; e
- (III) que esses direitos eram valores, princípios fundamentais da Constituição e superiores a ela, portanto, ao constituinte e ao legislador ordinário (DUGUIT, HAURIU).

Após o período revolucionário e durante todo o século XIX e começos do século XX, essa afirmação doutrinária foi contestada fortemente pelos juristas do Estado Liberal de Direito europeu- continental (GERBER, JELLINEK e KELSEN na Alemanha, CARRÉ DE MALBERG na França e VITTORIO EMANUELE ORLANDO na Itália).

Os doutrinadores do Estado Liberal de Direito sustentavam:

- (I) a inexistência de direitos naturais; os direitos e liberdades dos indivíduos têm fundamento exclusivo na lei do Estado soberano;
- (II) o Estado não é produto da vontade conjunta dos cidadãos politicamente ativos através do contrato social (negavam a existência de um poder constituinte originário), mas um produto histórico-natural; e
- (III) a inexistência de dois direitos – direito natural e direito positivo. Existe apenas o direito positivo estabelecido pelo Estado

soberano, não subordinado a nenhum direito externo ao Estado, a nenhuma ordem de valores (COLLIARD, 1975; FIORAVANTI, 2003; LUÑO, 2003; ZAGREBELSKY, 2005).

De acordo com JELLINEK (apud MIRANDA, IV, 2008)):

- (I) cada direito subjetivo atesta a existência de um ordenamento jurídico, pelo qual é criado, reconhecido e protegido. É, pois o ordenamento objetivo do Direito público que constitui o fundamento do direito subjetivo público.
- (II) Qualquer direito público existe no interesse geral, o qual é idêntico ao interesse do Estado. Só como membro do Estado o homem é, em geral, sujeito de direito.
- (III) Pelo fato de pertencer ao Estado, o indivíduo é qualificado sob diversos aspectos. As possíveis relações em que pode encontrar-se com o Estado colocam-no numa série de condições juridicamente relevantes. As pretensões jurídicas que decorrem dessas condições são o que se designa com o nome de direitos subjetivos públicos (p. 53/4).

É bem característica desta doutrina a seguinte passagem de MALBERG (1962):

Para apreciar o valor dessas críticas, convém, antes de tudo, examinar as proposições dos adversários da teoria da autolimitação, visando substituí-la por um princípio de limitação fora do Estado e de sua vontade. Essas proposições são de várias espécies. Uma derivam da doutrina dos direitos individuais inatos na pessoa de cada nacional, impondo-se, por conseguinte, ao respeito do Estado como direitos superiores à sua vontade. É a ideia dos homens da Revolução: foi proclamada pela Declaração de 1789 (art. 2). Mas ela procede de um erro certo: pois os direitos em questão, direitos do homem e do cidadão, não adquirem valor jurídico que à condição de haver sido declarados, isto é, reconhecidos e consagrados pela lei e, em todo caso, compete à lei

fixar as condições de seu exercício, regulamentar sua operacionalização e assegurar sua sanção positiva (t. I, p. 236).”

Ainda que repetitiva, cabe citar o seguinte trecho de GUIZOT (apud SANCHISa, 2003):

“Se se pretende que existem ou devem existir dois poderes no seio da sociedade, um ordinário e outro extraordinário, um constitucional e outro constituinte, se diz uma insensatez cheia de perigos e fatal [...]. Estejam tranquilos [...] os três poderes constitucionais são os únicos órgãos legítimos da soberania nacional (p. 78).

Em resumo, segundo SANCHISa (2003):

“É a apoteose do estatismo: a soberania popular se dissolve na soberania estatal, o poder constituinte é diretamente assumido pelos poderes constituídos, o próprio povo é concebido como um órgão do Estado que, quando vota, exerce uma função pública e, finalmente, os direitos abandonam sua condição de reservas do Direito Natural do indivíduo frente ao poder para se converter simplesmente nos direitos definidos pela lei, graças a um processo de autolimitação do poder do Estado (p. 78/9)”

Após Segunda Guerra Mundial, houve um retorno a 1789. Reafirma-se:

- (I) a existência de valores anteriores, independentes e superiores ao Estado e ao seu Direito, valores como a dignidade da pessoa humana;
- (II) a existência do Estado como produto da decisão do conjunto dos cidadãos politicamente ativos (existência do poder constituinte originário); e
- (III) a subordinação do Estado e de sua lei a esses valores, sob pena de ser fulminada com anulação por inconstitucional (FIORAVANTI, 2003; VIEIRA, 1999; PIOVESAN (2008).

A prova disso está no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948: **Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.**

Como afirma BARRETO (1999), há como um renascimento do direito natural (p. 382).

Em decorrência desse posicionamento doutrinário, as Constituições aparecidas após a Segunda Guerra Mundial, o Direito Constitucional moderno e a jurisprudência contemporânea afirmam que os direitos à vida, à igualdade, à liberdade, à propriedade, à segurança, a uma vida digna (direitos sociais), de participar da vida política de seu Estado (cidadania) e de nacionalidade não são apenas direitos subjetivos reconhecidos e garantidos pelo Estado a cada indivíduo (aspecto subjetivo), mas constituem um sistema de valores objetivos dotados de uma unidade material e são a suprema expressão da ordem axiológica da comunidade (HESSE, 1998; ALEXY,2002; LUÑO, 2003; SARLETa,2003; DIMOULIS e MARTINS,2007).

No Brasil, as Constituições de 1824, 1891 e 1934 seguiram os postulados clássicos do liberalismo surgido da Revolução Francesa. Já com a Constituição de 1937, houve uma mudança de rumo: o Estado Novo não reconhece aos indivíduos nenhum direito natural, anterior e superior à sua Constituição, simplesmente reconhece aos indivíduos uma esfera de autonomia dentro da qual ele pode exercer a sua liberdade, desde que não vá de encontro aos objetivos e finalidades do Estado.

Nesse sentido, são bem esclarecedoras as seguintes passagens de AZEVEDO AMARAL (1981):

O Estado Novo, afastando-se tão radicalmente do conceito totalitarista como da ideologia democrático-liberal, diverge do primeiro pelo acatamento que consagra à posição do indivíduo como elemento irreduzível na organização social e opõe-se à segunda pelo reconhecimento

da supremacia do interesse coletivo sobre as conveniências dos componentes individuais da Nação. Assim, o Estado Novo é, ao mesmo tempo, individualista e coletivista (p.149/50).

Dessa combinação harmoniosa da aceitação dos postulados individualistas e do reconhecimento da ideia coletivista da ascendência necessária do interesse social redundava a apresentação do problema da liberdade sob um ponto de vista peculiar e mais complexo. Ao lado das limitações necessárias da liberdade individual, como efeito da interferência do exercício da liberdade pelas outras unidades componentes da sociedade, questão precípua no apreço do conceito de liberdade dentro das configurações do liberalismo, concorre a solução do outro problema, que é o da demarcação da esfera dos direitos e das iniciativas do indivíduo em obediência às injunções do bem coletivo. [...].

No novo regime brasileiro, o indivíduo possui, como na democracia liberal, uma esfera de liberdade delimitada pela ação igualmente livre dos outros cidadãos. Sobrepujando, porém, essas relações individuais, está o bem coletivo, diante do qual nenhuma liberdade e nenhum direito podem subsistir (p. 150).

Aliás, em passagem anterior, AZEVEDO AMARAL (1981) é mais explícito no que interessa ao presente trabalho:

Em um regime como o que ora se acha estabelecido no Brasil, o Estado atribui aos indivíduos e aos grupos especiais por eles formados na sociedade uma órbita muito ampla de liberdade de iniciativa. Essa liberdade é particularmente extensa no tocante à elaboração das ideias e à manifestação das expressões do pensamento em qualquer plano de atividade intelectual (II4). [...]

Na lógica da sua organização e das diretrizes que o encaminham para as suas finalidades nacionais, o Estado Novo [...] não poderia consentir que a liberdade de consciência e de ampla expressão do pensamento fosse interpretada por uma forma latitudinária envolvendo o consentimento em atividades de caráter político incompatíveis com a segurança da organização estatal e com o seu sentido ideológico (p.114/5).

A Constituição de 1946 voltou aos postulados clássicos dos direitos humanos, mas, com a Constituição de 1967/9, um novo regime autoritário ressuscitou a concepção dos direitos humanos como concessão do Estado, que podia limitá-los por razões de Estado.

Finalmente, a Constituição de 1988, sob a influência do constitucionalismo do pós-Grande Guerra e principalmente da Lei Fundamental de Bonn de 1949, adota a concepção dos direitos fundamentais em sua dupla dimensão: como direitos subjetivos da pessoa humana e como princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

Na lição de MENDES^b (1999):

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – [...] – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático (p. 36).

Por outro lado, essa fundamentalidade pode ser considerada sob dois aspectos. Há uma fundamentalidade formal, ligada aos seguintes aspectos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusula pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF); c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as autoridades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF).

E há uma fundamentalidade material que decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elementos constitutivos da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade (SARLET^a, 2003, p. 82/3).

2.5. A dupla dimensão dos direitos fundamentais

Como se viu anteriormente, os direitos fundamentais têm duas dimensões: (a) têm uma dimensão subjetiva, enquanto direitos subjetivos, enquanto posições jurídicas dos indivíduos frente ao Estado; e (b) têm uma dimensão objetiva, enquanto princípios estruturadores e conformadores do Estado. Constituem um sistema de valores adotados pelo constituinte e por ele introduzidos na Constituição e em toda a ordem jurídica.

Na expressão de BÖCKENFÖRDE (1993), são normas objetivas de princípio ou decisões axiológicas com vigência universal em todos âmbitos do ordenamento jurídico (95).

SARLETA (2003) enumera uma série de aspectos objetivos dos direitos fundamentais:

- (I) desde os primórdios do constitucionalismo direitos fundamentais foram vistos como limites ao poder, na medida em que criam zonas de autonomia nas quais é vedada, em princípio, a interferência do Estado;
- (II) há uma imbricação entre direitos fundamentais e Estado de Direito, no sentido de que inexistente Estado de Direito sem o reconhecimento e garantia daqueles, como já explicitava o art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789;
- (III) os direitos constituem parâmetros de validade dos atos estatais, que podem ser invalidados se os violarem ou ameaçarem;
- (IV) do mesmo modo, há uma imbricação entre direitos fundamentais e democracia, no sentido de que, sem liberdade (de opinião, de expressão, de consciência, etc), sem igualdade (perante a lei e de participação no processo político) e sem um mínimo de direitos sociais (meios de subsistência e de educação e informação), torna-se impossível o funcionamento de um verdadeiro regime democrático (p. 63 e ss).

2.5.1 Efeito irradiante dos direitos fundamentais

Uma das consequências concretas da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está no seu efeito irradiante.

Com efeito, segundo a doutrina moderna, como ordem objetiva de valores, que resultam de uma decisão constitucional, os direitos fundamentais, como princípios da Constituição, projetam sua influência sobre toda a ordem jurídica, dirigindo, aos poderes políticos - ao legislador, à administração e ao poder judiciário-, impulsos e diretrizes de atuação.

Segundo NOVAISa (2003), seriam consequências diretas do efeito irradiante dos direitos fundamentais:

- (I) a proibição de qualquer disposição de qualquer ramo do Direito - e não apenas do Direito Civil - contrariar esse sistema de valores, sob pena de inconstitucionalidade;
- (II) todas as normas jurídicas devem ser interpretadas em conformidade com os direitos fundamentais;
- (III) no preenchimento das lacunas, bem como na criação de Direito novo, os direitos fundamentais devem ser levados em consideração (p. 81).

Todavia, NOVAISa (2003), baseado em copiosa bibliografia, chama a atenção para os potenciais perigos dessa irradiação dos direitos fundamentais:

- (I) a possível construção de conglomerado entre Direito constitucional e Direito ordinário diluidor da especificidade de cada ramo do Direito;
- (II) potencial consequência no princípio da separação dos poderes, visto que, podendo as decisões do Legislador e da Administração ser controladas pelo Judiciário, haveria um reforço na posição deste Poder (p. 85).

Foi partindo da aceitação desse efeito irradiante dos direitos fundamentais que se foi construindo, a partir de decisão do Tribunal Constitucional alemão no caso Lüth, em 1958, as teorias da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, que serão tratadas mais adiante.

2.5.2 Dever estatal de proteção

Outra consequência concreta da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o dever que tem o Estado de proteger os bens e interesses constitucionalmente protegidos dos indivíduos, enquanto valores da comunidade, contra violações ou ameaças de violações de terceiros.

Esse dever de proteção decorreria do monopólio estatal da força, necessário para a conservação da sociedade enquanto ordem de paz e da consequente proibição da autodefesa. Ao Estado incumbiria tomar todas as medidas necessárias à segurança dos seus cidadãos, seja através da ação do legislador ordinário, seja através da atuação concreta do Poder Judiciário, seja através de atos concretos de polícia da Administração. Se não se discute a existência desse dever ou dessa obrigação para o Estado, o mesmo não ocorre quanto à existência de um direito subjetivo correspondente dessa obrigação.

De acordo com NOVAISa (2003), fora dos casos em que a Constituição ou uma lei determina a obrigação estatal de proteção de um determinado bem ou interesse individual, ou em que a omissão estatal pode atingir o mínimo existencial, cabe ao Estado, principalmente ao legislador ordinário, determinar quando e como se dará essa proteção, tornando praticamente impossível determinar o direito do indivíduo e correspondente obrigação estatal. Mesmo porque, segundo o mesmo autor, a proteção de um determinado direito pode implicar em prejuízo a direitos ou interesses de outros indivíduos, devendo o legislador proceder a ponderações e juízos de valor visando a conciliar

os vários interesses individuais e comunitários em jogo. Aliás, o autor cita vários exemplos de como essa concordância prática entre bens e interesses variados parece difícil para o Estado, máxime para o legislador ordinário:

- (I) para proteger a vida contra a ameaça da AIDS, o que é mais recomendável: determinar campanhas educativas associadas à distribuição de preservativos ou determinar a obrigatoriedade de exame de sangue para todos os indivíduos?;
- (II) em caso de sequestro, visando à proteção da vida ou da integridade física das vítimas, deve-se ou não negociar com os sequestradores, atendendo as suas exigências?, Etc. (p. 89 e ss).

De acordo com LUÑO^b (2007), os direitos fundamentais foram fruto de uma dupla confluência:

- (I) de um lado, são fruto do encontro da tradição filosófica humanista, representada principalmente pelo jusnaturalismo de tradição democrática, com as técnicas de positivação e proteção das liberdades, próprias do movimento constitucionalista, encontro de onde se plasma o Estado de Direito;
- (II) de outro lado, representam um ponto de mediação e de síntese entre as exigências das liberdades tradicionais, de caráter individual, com o sistema de necessidades de caráter econômico, cultural e coletivo, de cuja tutela e satisfação tratam os direitos sociais (p. 43).

Ainda de acordo com o mestre espanhol, os direitos fundamentais representam o ponto culminante do processo de positivação dos direitos naturais nos textos constitucionais do Estado de Direito (p. 43/4).

Por isso, as expressões direitos fundamentais e direitos humanos são usadas como sinônimas.

No entanto, a tendência atual é reservar a expressão direitos fundamentais para designar os direitos do homem positivados nos textos constitucionais de um determinado Estado, enquanto a expressão direitos humanos seria aplicada aos direitos do homem inscritos nas declarações e convenções internacionais.

Ou de uma forma mais elaborada: direitos humanos seriam um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade

humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional ou internacional, enquanto direitos fundamentais seriam aqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maioria dos casos em sua normatização constitucional, e que costumam gozar de uma tutela reforçada (LUÑOb, 2007, p. 46).

Ainda sobre o mesmo tema ensina BARRETO (2010): enquanto os direitos fundamentais declaravam aqueles direitos considerados básicos em determinado Estado, os direitos humanos apontavam para uma dimensão propriamente humana do cidadão, não restrito ao direito positivo nacional (p. 59).

De acordo com COMPARATO (1999): Foi sobre esta concepção medieval de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano, não obstante as diferenças individuais e grupais, de ordem biológica ou cultural. E é essa igualdade essencial da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos. A expressão não é pleonástica, pois que se trata de direitos comuns a toda a espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas (p.19).

Normalmente não se faz a distinção entre direitos fundamentais e direitos da personalidade.

Ambos têm um ponto em comum: são direitos subjetivos, isto é, são poderes ou faculdades de agir; são expressões do individualismo.

Mas divergem quanto à origem, ao sentido, à finalidade, à disciplina e à proteção jurisdicional.

Com efeito, os direitos fundamentais são fruto das declarações de direitos das revoluções burguesas do sec. XVIII e são a concretização jurídica dos direitos naturais preconizados pela Escola do Direito Natural.

Contra o poder do monarca absoluto, baseado no princípio da legitimidade hereditária, contrapunham-se certos direitos do indivíduo, que os possuía não por concessão de lei positiva do monarca, mas pelo simples fato de haver nascido humano. Por isso, eram chamados direitos naturais ou inatos, direitos que criavam uma zona de autonomia em benefício do indivíduo, proibindo, em princípio, que nela interferisse o poder do monarca, sendo, portanto, um limite a esse poder.

Veja-se a seguinte passagem de LAFER (1988):

[...] num primeiro momento, na interação entre governantes e governados que antecede a Revolução Americana e a Revolução Francesa, os direitos do homem surgem e se afirmam como direitos do indivíduo face ao poder do soberano no Estado absolutista. Representavam, na doutrina liberal, através do reconhecimento da liberdade religiosa e de opinião dos indivíduos, a emancipação do poder político das tradicionais peias do poder religioso e, através da liberdade de iniciativa econômica, a emancipação do poder econômico dos indivíduos do jugo e do arbítrio do poder político (p. 126).

De acordo com as declarações de direitos do sec. XVIII, esses direitos eram liberdade, igualdade, propriedade e segurança.

Liberdade

- (I) de consciência - impedindo que o monarca impusesse sua religião aos súditos;
- (II) de pensamento - contra o poder real de censura;
- (III) contratual e de iniciativa econômica - contra a interferência do Estado mercantilista na atividade econômica;
- (IV) de trabalho, indústria e ofício contra as amarras impostas pelas corporações de ofício, etc.

Igualdade – limitando o poder legislativo do monarca, ao proibir a edição de lei particular de privilégio.

Propriedade – impedindo o confisco.

Segurança – limitando o poder real de punição através das garantias constitucionais como a de juiz natural, legalidade do delito e da pena, contraditório, júri, etc.

Após a vitória das revoluções burguesas, esses direitos naturais passaram a ser reconhecidos e regulados pela Constituição ou leis constitucionais, mas sempre mantendo o caráter de limite ao poder estatal e visando sempre a regular as relações do indivíduo com o Estado.

Consolidado o Estado burguês no sec.XIX, tentou-se destruir as conquistas das revoluções do sec. XVIII.

Negou-se a existência de um direito natural contraposto ao direito positivo do Estado; negou-se a existência de direitos naturais, não concedidos pelo Estado, mas cabendo aos indivíduos pela sua própria natureza humana; negou-se, finalmente, a possibilidade de se contestar o poder do Estado soberano com base nesses direitos naturais.

Então as constituições e suas respectivas declarações de direitos foram esvaziadas de significado e de efeito jurídico; perderam seu efeito normativo, passando a simples princípios a nortear a legislação do novo soberano,

O Código Civil foi erigido em lei suprema a reger todas as relações sociais entre os indivíduos em sociedade, cabendo à Constituição a simples função de organização e funcionamento do poder. Nas relações do indivíduo com o Estado- administração haveria o Direito Administrativo (FIORAVANTI, 2003, p. 108 e ss).

É nesse ambiente ideológico que começam a surgir os chamados direitos da personalidade nos Códigos Civis do sec. XIX. Não são pensados como direitos a serem esgrimidos contra o poder do Estado, mas visam a estabelecer padrões éticos nas relações entre privados (DE CUPIS, 1950). Tanto que a sua respectiva declaração tem conteúdo diferente: direito à vida, direito à integridade física, direito à liberdade, direito à intimidade, direito à honra, etc.

Evidentemente que essa última diferença quase desapareceu quando as modernas declarações de direitos fundamentais passaram a incorporar também direitos como o direito à vida, à integridade física, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, por influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948.

No entanto, remanesce a distinção fundamental: direitos fundamentais são os direitos contidos, principalmente, no art. 5º da Constituição, e regulam as relações do indivíduo com o Estado; direitos da personalidade são os direitos contidos no Código Civil, Parte Geral – Das pessoas, Tit. I – Das pessoas naturais, Cap. II – Dos direitos da personalidade, arts. 11 a 21, e regem as relações entre privados.

É bem verdade que esta não é uma opinião unânime na doutrina, nacional e estrangeira. Foi adotada porque mais simples e adequada para os fins didáticos do presente trabalho. Mas tem seus defensores.

JORGE MIRANDA (1998) afirma:

“Não obstante largas zonas de coincidência, não são, contudo, assimiláveis direitos fundamentais e direitos de personalidade. Basta pensar nos demais direitos inseridos no texto constitucional que extravasam dali: o direito

de acesso aos tribunais (...), o direito à cidadania (...), as garantias da liberdade e da segurança (...) a liberdade de imprensa (...), o direito de antena (...), os direitos políticos (...), a grande maioria dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (...) e dos direitos econômicos, sociais e culturais (...) ou os direitos fundamentais dos administrados (...). Mas, para além disto, são distintos o sentido, a projeção, a perspectiva de uns e outros direitos. Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relações de igualdade. Os direitos fundamentais têm uma incidência publicística imediata, ainda quando ocorram efeitos nas relações entre os particulares [...]; os direitos de personalidade uma incidência privatística, ainda quando sobreposta ou subposta à dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais pertencem ao domínio do Direito constitucional, os direitos de personalidade ao do Direito Civil (p. 58/9).

JABUR (2000) opina na mesma direção:

“É preciso, entretanto, fazer enxergar que o terreno dos direitos humanos ou fundamentais é, de fato, mais largo. Os bens personalíssimos neles são encontrados, mas não são os únicos que ali estão compreendidos. Muitos são fundamentais frente ao Estado, por conveniência política ou legislativa. Mas nem os direitos individuais ou fundamentais são, pela mesma razão, da personalidade. [...]. A irredutibilidade dos salários, por exemplo, é direito fundamental, mas não é personalíssimo. [...]. A garantia da nacionalidade é outro exemplo. Não se opõe ao particular, nem haveria finalidade ou meios para isso, porque defluiu do Estado, único que a declara e a chancela. [...]. Outros direitos políticos [...] e dos partidos políticos [...], também foram inseridos no mesmo Título II da Constituição, apenas oponíveis ao Estado. Daí serem fundamentais e não personalíssimos. Já o direito à vida, à liberdade, à segurança [...], à liberdade de manifestação do pensamento, da crença e do culto, à vida privada, à honra, à imagem [...], entre outros, posicionam-se não só frente ao Estado, potencial agente violador, mas também ante os particulares, igualmente aptos a vulnerá-los (p. 80/1).

Esta também é a orientação de FARIAS (2000):

Ponto de relevo a **summa divisio** do direito, isto é, a divisão entre direito público e direito privado, verificaremos que os direitos da personalidade se encontram subsumidos ao âmbito do direito privado. A divisão mencionada põe claramente de manifesto que, embora a categoria dos direitos fundamentais mantenha uma estreita relação com a categoria dos direitos da personalidade, ambas pertencem a planos distintos do direito. É dizer: os direitos da personalidade reportam-se ao âmbito específico do direito civil, que implica tensão entre particulares. Sua esfera de operatividade se estende tão só às relações **inter privados**. Só quando esses direitos da personalidade são recepcionados pela **Lex Superior**, como direitos fundamentais, é que a primeira consequência de sua constitucionalização fundamentais radica, exigibilidade frente aos poderes públicos (p. 133).

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A positivação dos direitos encontra sua justificativa já no jus-naturalismo racionalista, seja diretamente por ser a única forma de as pretensões morais justificadas adquirirem eficácia social, seja indiretamente através da concepção contratualista, que vincula Direito e Poder (PECES-BARBA, 2004, p.105).

Essa ideia de positivação dos direitos fundamentais já se encontra nos textos das colônias americanas, bem como no art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, segundo o qual: [...] toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição (idem, ibidem, p. 107).

Segundo PECES-BARBA (2004), ela se apoia em duas ideias:

- (I) a concepção clássica do Estado Moderno, formulada por BODIN – a lei é a expressão da vontade do soberano; e
- (II) a concepção liberal – a lei é a expressão da vontade do povo ou da nação.

Ainda seguindo os ensinamentos do autor citado, nos séculos XIX e XX, a positivação é considerada uma condição essencial para a eficácia dos direitos fundamentais. No entanto, nos mesmos séculos XIX e XX, além da lei, cresce de importância, na positivação dos direitos fundamentais, o chamado direito judicial. É a garantia judicial que torna os direitos fundamentais efetivamente eficazes.

Todavia, adverte PECES-BARBA, a positivação dos direitos fundamentais é processo. O conteúdo e a forma desta são influenciados pelas contribuições liberal, democrática e socialista.

Esse processo de positivação teve várias fases que serão contempladas de forma resumida no presente trabalho.

5.1 Fase pré-constitucional

5.1.1 Magna Carta

A Magna Carta foi a primeira tentativa de limitar o poder estatal (do monarca, no caso específico) através do reconhecimento de direitos fundamentais.

Após sua derrota na França, o rei João sem Terra, na tentativa de recuperar as suas finanças, exigiu dos barões, que não o haviam acompanhado na guerra, o pagamento de uma **scutage** (pagamento em troca do serviço militar). Estes se recusaram e exigiram do rei a revalidação do juramento de coroação de Henrique I (1100), que limitava as exigências do rei. João sem Terra recusou-se a aceitar tal imposição mas, diante do cerco de Londres pelos rebeldes, foi forçado a submeter-se, assinando a Magna Carta em 1215. Na Magna Carta, o rei comprometeu-se a conceder, a todos os homens livres do reino, os direitos e liberdades nela enumerados, bem como a não instituir impostos sem a permissão do Grande Conselho (POOLE, 2007, p. 28/9).

5.1.2 Habeas Corpus Act

O **habeas corpus** já existia na Inglaterra desde antes da Magna Carta, como mandado judicial (**writ**) em caso de prisão arbitrária. Mas sua eficácia como remédio jurídico era muito reduzida, em razão da inexistência de adequadas regras processuais. A Lei de 1679 (**HABEAS CORPUS ACT**) veio corrigir esse defeito, ao determinar:

1. Toda vez que alguma pessoa ou pessoas apresentarem um **habeas corpus** a algum xerife ou xerifes, carcereiro,

ministro ou quaisquer outras pessoas, em favor de alguém mantido em sua custódia, e dito writ for notificado a tais funcionários, ou deixado na prisão com algum funcionário subordinado, estes funcionários devem, dentro de três dias do recebimento da notificação [...], após pagamento ou oferta das custas correspondentes ao transporte de dito prisioneiro [...] conduzir, ou fazer com que seja conduzido o paciente em pessoa, perante o Lorde Chanceler, ou, interinamente, perante o Lorde Guardião do grande sinete da Inglaterra, ou os juízes ou barões do tribunal que devem expedir dito mandado, ou perante a pessoa ou as pessoas às quais dito mandado deve ser devolvido, de acordo com o seu teor devendo, igualmente, certificar as verdadeiras causas da detenção ou prisão; [...] (COMPARATO, 1999, p. 73 s).

5.1.3 Bill of Rights

O BILL OF RIGHTS foi o ponto culminante da chamada Revolução Gloriosa na Inglaterra, em fins do século XVII. Na luta entre Jaime II, rei católico, e o Parlamento protestante, este conquistou a vitória, derrubou o rei e ofereceu a coroa inglesa a Guilherme de Orange (Guilherme III) e sua esposa Maria II, pondo fim à monarquia absoluta naquele país. Todavia, o Parlamento condicionou o acesso ao trono do casal à sua aceitação de um documento denominado BILL OF RIGHTS, que foi promulgado em 28 de janeiro de 1689.

O BILL OF RIGHTS retomou algumas das disposições da PETITION OF RIGHTS, aprovada temporariamente em 1628: proibição de cobrança de impostos sem autorização do Parlamento, bem como a proibição de prisão sem culpa formada. Mas o essencial do documento foi a instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei, não podendo seu funcionamento ficar sujeito ao arbítrio deste.

Além disso, o documento veio a fortalecer a instituição do júri e a reafirmar algumas velhas liberdades do povo inglês, como o direito

de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis (COMPARATO, 1999, p. 77 s).

De acordo com a doutrina (SARLETA, 2003; CANOTILLO, 1999; MIRANDA, 1997; ISRAEL, 1998; LUNO, 2003), nem a Magna Carta, nem o **Habeas Corpus Act**, nem o **Bill of Rights**, são verdadeiras declarações de direitos fundamentais do homem, no sentido moderno. São declarações de direitos estamentais, visto que, quando de sua promulgação, garantiam apenas certos direitos de grupos, corporações ou de categorias que compunham a sociedade feudal inglesa. Além disso, segundo LUÑO (2003), estavam mais próximas do Direito Privado que do Direito Público, visto que se trata do reconhecimento de direitos através de acordo particulares e em termos contratuais. Não se consideravam, nem se garantiam os direitos do povo em geral. Cumpre salientar, no entanto, que, à medida que foi aumentando o número de homens livres na Inglaterra, esses tiveram seus direitos garantidos por aquelas Cartas de franquias, sendo estas, atualmente, a verdadeira declaração de direitos fundamentais do povo inglês.

5.2 Constitucionalização das declarações de direitos

A partir do século XVIII, há uma mudança substancial nas declarações de direitos. Não se trata mais de atribuir determinados direitos ou prerrogativas aos barões, a determinadas categorias de cidadãos ou a entidades, através de pactos. Elas consagram princípios que se consideram anteriores e superiores ao Estado e que o poder constituinte deve reconhecer.

Essas modernas declarações distinguem-se das antigas cartas de franquias nos seguintes pontos:

- (I) não se fundamentam mais no costume (**ancient rights and liberties**), mas em um jusnaturalismo racional – a razão considerava esses direitos inerentes à própria natureza humana;

- (II) os direitos nelas reconhecidos não têm como titulares determinadas categorias ou estamentos de cidadãos, mas tinham um caráter universal – eram direitos de todos os homens;
- (III) as declarações não se apresentam mais como contratos, mas como fundamento da atuação do poder público (LUÑOa, 2003, 114/5).

O primeiro texto constitucional a conter uma declaração de direitos desse tipo foi a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, constante da Constituição do Estado da Virgínia, uma das treze colônias inglesas na América do Norte.

Data de 12 de janeiro de 1776, anterior, portanto, à Declaração de Independência dos Estados Unidos. Nela se declarava que todos os seres humanos são, pela sua natureza, livres e independentes e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade. Eram citados como direitos inatos a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.

Originariamente, a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, de 1787, não possuía uma declaração de direitos. Esta foi posteriormente a ela incorporada através de 10 emendas, em 1791.

Nelas se assegura:

- Liberdade religiosa, liberdade de palavra e de imprensa, o direito de reunião e o direito de petição (Emenda 1);
- Direito ao porte de armas (Emenda 2);
- Direito à segurança (Emenda 4);
- Direito ao julgamento por júri, direito ao devido processo legal e o direito de não ser expropriado de seus bens sem uma justa indenização (Emenda 5);
- Direito ao juiz natural e de ampla defesa (Emenda 6);

- Direito de não sofrer multa ou fianças excessivas, nem penas cruéis ou aberrantes (Emenda 8);
- Reserva, ao povo ou aos Estados- membros da Federação, dos direitos não delegados aos Estados Unidos. (Emenda 10).

Todavia, a que mais influência exerceu, no campo da política como do Direito Constitucional, foi a declaração de direitos da Revolução Francesa de 1789, uma declaração de direitos de todos os tempos e de todos os povos.

Diferentemente das declarações de direitos inglesas e norte-americanas, dirigidas precipuamente para a solução de casos concretos daqueles povos, atribuindo garantias a direitos específicos, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão declara direitos abstratamente, pretendendo ter um caráter universal.

De acordo com RIVERO (1973), seus temas predominantes são: a liberdade, o Estado, a lei e a igualdade.

a) A liberdade, como princípio, direito do homem de auto-determinar-se.

É o tema fundamental da Declaração; vem à frente dos outros direitos fundamentais: a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Seu fundamento está na natureza: os homens nascem livres (Declaração, art. 1°).

Essa afirmação é capital, pois faz da liberdade um dado inicial, anterior ao poder e impondo-se a ele (a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica a outrem (art. 4°); tudo o que não é proibido pela lei não pode ser impedido (art. 5°)).

A partir desse princípio geral da liberdade, que cobre todos os setores da atividade humana, a Declaração trata de várias de suas manifestações: liberdade individual, liberdade de opinião, liberdade de manifestação de pensamento (RIVERO, 1973, . 55/6).

b) O Estado

A finalidade do Estado é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem (art. 2°).

As estruturas do Estado são comandadas inteiramente por esse fim. Porque o homem deixaria de ser livre, se estivesse sujeito à outra vontade, a soberania encontra-se inteira nas mãos da nação. Obedecer à nação é obedecer a si mesmo (art. 3°) (RIVERO, 1973, p. 57/58).

c) A lei

A lei é o ponto de articulação entre a liberdade do homem e o poder político do Estado.

É dela que depende, de modo exclusivo, o exercício efetivo dos direitos do homem na sociedade.

Entretanto, essa confiança na lei não é absoluta. A desconfiança em relação a ela aparece em alguns artigos da Declaração. Ela só pode proibir as ações prejudiciais à sociedade (art. 5°); só pode estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias (art. 8°).

Há, pois, na Declaração, dois princípios opostos: a liberdade pelo império da lei e a defesa da liberdade contra a onipotência da lei.

Deu-se maior evidência ao primeiro princípio, tomado de Rousseau, que inspirou o direito positivo que, ainda hoje, reserva ao domínio da lei a garantia dos direitos do homem (RIVERO, 1973, p. 58/9).

d) A igualdade

É o corolário das noções de natureza humana e direitos humanos.

O que é da essência do Homem não pode pertencer a cada homem: os homens nascem livres e iguais em direitos (art. 1°); a lei deve ser a

mesma para todos; todos são iguais a seus olhos (art. 6º). Mas essa será uma igualdade formal, limitada aos direitos; não se refere a uma igualdade de fato (RIVERO, 1973, p. 60 s; ISRAEL, 1998, p. 94 s; ROBERT e DUFFAR, 1999, p. 47 s).

A partir da Constituição francesa de 1814, há uma mudança formal importante: as declarações de direitos passam a fazer parte do corpo das Constituições. E, a partir de então, começa a ser relativizada a fundamentação jusnaturalista dos direitos do homem, os quais, sob a denominação de direitos públicos subjetivos, passam a enquadrar-se no sistema de relações jurídicas entre o Estado, enquanto pessoa jurídica, e o sujeito privado.

Aos poucos, os direitos sociais vão-se introduzindo no texto constitucional, como reflexo da questão social provocada pela industrialização e pela conseqüente consciência de classe que os trabalhadores vão adquirindo.

A Constituição francesa de 1793, por influência de Condorcet e de Robespierre, já previa prestações aos cidadãos em matéria de assistência, trabalho e educação. A Constituição de 1848, que pretendia representar para a igualdade o que a Declaração de 1789 foi para a liberdade, previa uma repartição equitativa dos encargos e das vantagens da sociedade, proporcionando a todos um grau de moralidade, cultura e bem-estar. Além disso, começa-se a se afastar a consideração do homem em abstrato e passa-se a considerar a situação particular em que este desenvolve sua atividade, pelo que se alude expressamente a patrões, empregados, idosos carentes e menores abandonados e pelo que, igualmente, se reconhecem os direitos de reunião, de associação e de petição.

A Constituição do México de 1917 foi a primeira tentativa de conciliar os direitos de liberdade com os direitos sociais, tendo exercido grande influência nas constituições da América Latina.

Todavia, foi a Constituição alemã de Weimar, de 1919, que refletiu melhor o novo estatuto dos direitos fundamentais, no marco do Estado

Social de Direito. Essa Constituição exerceu grande influência sobre as Constituições que surgiram após a 1ª Guerra Mundial, inclusive nas Constituições brasileiras de 1934 e 1946. Nela estavam previstos, ao lado dos clássicos de direitos de liberdade, como a propriedade (condicionada à sua função social) e a livre iniciativa econômica, direitos sociais como proteção à família, educação e trabalho.

Após a 2ª Guerra Mundial, com os horrores praticados pelo nazismo e fascismo, houve necessidade de renovação constitucional, passando-se a enfatizar a dignidade da pessoa humana e os seus direitos fundamentais, entre os quais se incluem os direitos sociais. Nessa linha se incluem as Constituições da França (1946 e 1958), Itália (1948), República Federal da Alemanha (1949), Portugal (1976), Espanha (1978), Brasil (1988), etc.

5.3 O processo de internacionalização

A internacionalização dos direitos fundamentais é recente e foi produto de um processo lento e laborioso. Na opinião de LUÑO (2003), ela implicou em duas mudanças significativas na área do Direito Internacional: (i) uma relativização do conceito de soberania dos Estados e (ii) o reconhecimento da subjetividade jurídica dos indivíduos no âmbito do Direito Internacional.

Com efeito, a posição tradicional era que as questões relacionadas aos indivíduos de um determinado Estado ou aos residentes em seu território só diziam respeito a este Estado. Somente o Estado era sujeito no Direito Internacional. Atualmente reconhece-se que certas questões relacionadas aos indivíduos de um determinado Estado ou aos residentes em seu território podem ser levadas ao conhecimento e julgadas por certos organismos internacionais e suas decisões devem ser acatadas por este. Isto é, o indivíduo passa a ser considerado sujeito no âmbito do Direito Internacional.

A primeira fase de internacionalização dos direitos fundamentais teve início na segunda metade do século XIX e findou com a 2ª Guerra Mundial, manifestando-se basicamente em três setores: direito humanitário, luta contra a escravidão e regulação dos direitos dos trabalhadores assalariados.

No campo do Direito Humanitário, que compreende o conjunto das Leis e Costumes da Guerra, visando a minorar o sofrimento de soldados prisioneiros, doentes e feridos, bem como das populações civis atingidas por um conflito bélico, o primeiro documento normativo de caráter internacional foi a Convenção de Genebra de 1864, a partir da qual foi fundada, em 1880, a Comissão Internacional da Cruz Vermelha (HENKIN, 1990; COMPARATO, 1999; PIOVESAN, 2008).

Outro setor dos direitos fundamentais, em que se manifestou essa tendência à internacionalização, foi a luta contra a escravidão, atualmente regulamentada pela Convenção de Genebra sobre a Escravatura, de 1926.

Um passo importante no sentido da internacionalização dos direitos humanos foi dado com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919. Esta tinha por finalidade promover padrões internacionais de condições de trabalho e de bem-estar dos trabalhadores. Sessenta anos após a sua criação, a OIT já havia promulgado uma centena de Convenções, às quais os Estados-partes passavam a aderir, comprometendo-se a assegurar um padrão justo e digno nas condições de trabalho (COMPARATO, 1999; PIOVESAN, 2008).

Entretanto, a consolidação do processo de internacionalização dos direitos humanos só ocorreu após a Segunda Guerra Mundial, como resposta às atrocidades do nazismo.

Só que esse processo de internacionalização dos direitos humanos implicou uma profunda mudança no próprio Direito Internacional Público, a saber:

- (I) houve um limite no âmbito e alcance do conceito tradicional de soberania dos Estados;

- (II) no sentido de que a forma como estes tratam seus cidadãos não é mais só um problema interno, mas interessa a toda a coletividade internacional;
- (III) conseqüentemente, os indivíduos passaram a ser considerados sujeitos do Direito Internacional;
- (IV) foi estruturado todo um processo mediante o qual os indivíduos podem recorrer às instâncias internacionais contra a forma como são tratados pelos seus Estados;
- (V) podendo estes ser responsabilizados pelos atentados aos direitos humanos (ANDRADEa, 2006; PIOVESAN, 2008).

O principal instrumento de afirmação dos direitos humanos, nessa nova fase, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Assembleia Geral, de 1948, que é considerada a interpretação autorizada da expressão direitos humanos, constante da Carta das Nações Unidas.

E, nesse documento, a ONU afirma peremptoriamente as duas características consideradas essenciais dos direitos humanos:

- (I) são direitos universais, no sentido de que são aplicáveis a todas as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexos, seja qual for o regime político dos territórios nos quais incidem (RENÉ CASSIN);
- (II) são direitos indivisíveis, no sentido de que os direitos de liberdade (liberdade, segurança e propriedade) e os direitos de igualdade (direitos econômicos e sociais) constituem um complexo único e integral.

Com efeito, a Declaração Universal rompe com a concepção tipicamente liberal, que considera direitos humanos apenas os direitos de liberdade (liberdade, segurança e propriedade) e com a concepção socialista, que entendia que somente os direitos de igualdade (direitos econômicos e sociais) eram verdadeiros direitos humanos. Afirma que

há uma interdependência entre os direitos de liberdade e os direitos de igualdade, de tal modo que os direitos de liberdade sem os direitos de igualdade são simplesmente categorias formais, do mesmo que os direitos de igualdade sem os direitos de liberdade carecem de significado (PIOVESAN, 2008).

Entretanto, segundo o entendimento majoritário na doutrina, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 carecia de força jurídica vinculante e obrigatória para os Estados-partes, visto que não era um tratado, mas uma resolução. Em assim sendo, partiu-se para dar força vinculante às recomendações da Declaração através da elaboração de dois pactos – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais passaram a formar o que se convencionou chamar de Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Paulatinamente, vieram somar-se a este sistema global de proteção dos direitos humanos vários sistemas regionais de proteção desses direitos – europeu, interamericano e africano.

Esse sistema global de proteção dos direitos humanos foi-se ampliando, aos poucos, com o advento de diversos tratados multilaterais de direitos humanos, relativos a determinadas e específicas violações de direitos, como o genocídio (Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio), a tortura (Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes), a discriminação (Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial), a discriminação contra as mulheres (Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher), a violação dos direitos da criança (Convenção sobre os Direitos da Criança), etc. (PIOVESAN, 2008).

Chegou-se, enfim, ao reconhecimento de que à humanidade, como um todo, devem ser reconhecidos vários direitos: à preservação dos sítios e monumentos considerados parte integrante do patrimônio mundial, à comunhão nas riquezas minerais do subsolo marinho, à preservação do equilíbrio ecológico do planeta (COMPARATO, 1999, p. 45; ISRAEL, 1998, p. 164 s).

Cabe mencionar, finalmente, como sistema regional de proteção dos direitos humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa, de 1969. Esta Convenção enunciou, basicamente, os mesmos direitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, com exceção dos direitos econômicos, sociais e culturais.

5.4 O processo de especificação

Nas tradicionais declarações, os direitos fundamentais eram atribuídos ao **HOMEM** como gênero, ao homem em abstrato, ao homem enquanto homem, aí compreendendo-se os homens, as mulheres as crianças, os idosos, as pessoas sadias e os doentes, etc.

Em uma fase posterior, sem descartar os direitos e liberdades das declarações tradicionais, começou-se a atribuir direitos ao **homem específico, tomado na diversidade de seus diversos status sociais** (BOBBIOa, 1992), dando-se um tratamento especial de acordo com certas situações concretas.

Essas situações podem ser derivadas de:

a) situações sociais e culturais.

Pessoas, em função de sua condição social ou cultural, são colocadas em situações de inferioridade em suas relações sociais e necessitam, por isso, de uma proteção especial, uma garantia, uma promoção, para

superar o desequilíbrio, a desigualdade. Podem-se citar os direitos da mulher e, em alguns países, os direitos dos emigrantes.

No caso específico da mulher, cabe mencionar a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher de 1952, bem como a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, etc.

b) condições físicas.

Em outras ocasiões, pessoas são colocadas em situações de Inferioridade nas suas relações sociais, em virtude de suas condições físicas. Nesses casos, o poder público se obriga a uma proteção especial, que pode ser de dois tipos:

- (I) geral – que se aplica a todas as pessoas durante um certo tempo. É o caso dos direitos das crianças e dos adolescentes (Estatuto das Crianças e dos Adolescentes); ou
- III) específica – aplica-se a algumas pessoas durante todo o tempo ou durante certo tempo. É o caso dos deficientes físicos ou mentais, bem como dos idosos.

c) situações concretas

Referem-se ao genérico homem ou cidadão, em situações concretas, em que a outra parte da relação tem um papel preponderante, hegemônico, havendo necessidade da ação estatal para reequilibrar as posições. É o caso do direito dos consumidores (PECES-BARBA, 2004).

Desde sua recepção nas primeiras Constituições escritas do século XVIII, os direitos fundamentais vêm sofrendo transformações não só em seu conteúdo, mas também quanto à sua titularidade, eficácia e efetividade.

Em vista disso, tem-se falado de três ou quatro gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

Como o termo gerações tem a conotação de alternância, substituição de uma determinada classe de direitos fundamentais por outra, parte da doutrina do Direito Constitucional, nacional e estrangeira, tem preferido o termo dimensão para designar o processo cumulativo de transformações a que têm sido submetidos os direitos fundamentais, desde sua primeira recepção pelos constituintes dos Estados liberais, processo este que implica a incorporação de novos conteúdos e de novos titulares, para fazer face às novas transformações políticas, econômicas, sociais e culturais (SARLETA, 2003, p. 49 e ss).

- **Direitos fundamentais da primeira geração/dimensão (civis e políticos)**

São os direitos oriundos da primeira onda revolucionária – revoluções americana e francesa do século XVIII. Foram positivados, pela primeira vez, na Constituição americana e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e concebidos como limites ao poder do Estado. Daí que são chamadas **liberdades negativas**.

A declaração francesa os dividia em: (I) direitos civis – liberdade (em suas várias manifestações), igualdade, propriedade, segurança

e resistência à opressão e (II) direitos políticos – direito de participar na formação da vontade política do Estado (direito de votar e de ser votado), direito de petição e direito de acesso aos cargos públicos.

Na Constituição de 1988, estão enumerados principalmente nos arts. 5º (direitos civis) e 12 a 17 (direitos políticos).

- **Direitos fundamentais da segunda geração/dimensão (direitos econômicos, sociais e culturais)**

São os direitos fundamentais da segunda onda revolucionária, iniciada em 1848, positivados pela primeira vez na Constituição do México de 1917 e na Constituição alemã de 1919. No Brasil, começaram a ser constitucionalizados a partir da Constituição de 1934.

Diferentemente das liberdades negativas, que exigiam, do Estado, uma atitude negativa, de abstenção em relação aos âmbitos de autonomia dos indivíduos, os direitos da segunda geração outorgam ao titular o direito de exigir, do Estado, de outros grupos sociais ou dos particulares, um dever, uma obrigação de conteúdo positivo, que consiste em um dar ou um fazer.

Podem ser classificados como da segunda geração os direitos dos trabalhadores, constantes dos arts. 7º a 11 (embora haja discordância a respeito) e principalmente os direitos constantes do art. 6º da Constituição de 1988, concretizados no título consagrado à ordem social.

- **Direitos fundamentais da terceira geração/dimensão (direitos difusos)**

São os chamados direitos de solidariedade ou de fraternidade: direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural.

São direitos surgidos das novas reivindicações do gênero humano provocadas pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância do segundo pós – guerra, pela colonização, etc.

A nota distintiva desses direitos reside basicamente na sua titularidade. São direitos cuja titularidade não pertence ao homem-indivíduo, mas ao gênero humano ou à coletividade. Daí dizer-se que são direitos difusos ou coletivos.

No que tange à sua positivação, ressalvadas algumas exceções, a maior parte desses direitos ainda não encontrou seu reconhecimento na seara do Direito Constitucional, estando, por outra parte, em fase de reconhecimento no âmbito do Direito Internacional.

- **Direitos fundamentais da quarta geração/dimensão**

Haveria uma quarta geração de direitos fundamentais? BONAVIDES (1998) afirma sua existência. Seriam da quarta geração os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Há várias concepções sobre a fundamentação dos direitos fundamentais. No presente trabalho optou-se pela concepção de FIORAVANTI. Segundo FIORAVANTI (2003), há três modelos de fundamentação dos direitos fundamentais: o historicista, o individualista e o estatista.

7.1 Modelo historicista

Para FIORAVANTI (2003), pensar, historicamente, os direitos e liberdades é situá-los na história e, desse modo, subtraí-los, dentro do possível, às intromissões dos poderes constituídos (p. 26).

Nesse modelo, são privilegiadas as liberdades civis, liberdades negativas – liberdade pessoal e propriedade privada (**liberty and propriety**) -, no sentido de capacidade de agir, de ausência de impedimentos ou de obrigações, dentro de uma esfera claramente delimitada e autônoma, sobretudo em relação ao poder público, isto é, direitos como limites ao poder político. São direitos e liberdades não concedidos por qualquer tipo de poder, mas direitos e liberdade adquiridos, que o tempo e o uso – precisamente a história – confirmaram e, por isso, se tornaram indisponíveis pela vontade contingente de quem ocupa o poder político. Não é casual que o país, em que este modelo é mais forte seja a Inglaterra

O modelo historicista tende a manter uma relação aberta e problemática com a Idade Média, visto que é na Idade Média que se constrói a tradição europeia da limitação do poder.

Com efeito, inexistia nessa época, um poder público rigidamente institucionalizado, detentor do monopólio das funções de **imperium** e normativas sobre um determinado território. Na realidade, esse poder de **imperium** (poder de se impor nas controvérsias como terceiro neutro, com autoridade para fazer cumprir a sentença; poder de impor tributos e poder de exigir o sacrifício da vida, etc.) está dividido entre vários sujeitos ao longo da cadeia hierárquica, que vai desde o senhor feudal de nível mais alto até os cavaleiros armados e até as zonas de aplicação desse **imperium** estritamente limitadas.

Todos esses sujeitos estão reciprocamente vinculados através de um tipo de contrato de reciprocidade de lealdade e proteção – quem está obrigado, por seu nascimento e por sua condição, a ser fiel a um senhor, sabe que este está obrigado, por sua vez, a protegê-lo e à sua família e bens.

Só que, nesses casos, falta um elemento do contrato no sentido moderno: a segurança do cumprimento do normativamente prefixado e determinado. Isto é, para aqueles que ocupavam os níveis mais baixos da escala hierárquica, inexistia a possibilidade de recorrer, com base em uma norma certa e conhecida, a um terceiro neutro, que julgasse como o senhor exerceu os seus poderes de **imperium** ou como cumpriu os seus deveres de proteção.

No entanto, isso não significa ausência de direito; havia um modo de garantir os direitos e liberdades. Havia um **jus involuntarium** – um direito objetivo, radicado no costume e na natureza das coisas, que assinala, para cada um, seu lugar: seus direitos e deveres, começando pelos mais poderosos (p. 28). Portanto, ainda que os poderosos pudessem descumprir as normas existentes com mais facilidade do que no mundo moderno, também é certo que havia o temor de ser considerado um tirano, contra quem era legítimo exercer o direito de resistência.

A partir do século XIII aproximadamente, em toda a Europa, essa realidade complexa tende a se racionalizar e a se ordenar em domínios

territoriais mais vastos. Os senhores territoriais põem por escrito, através de verdadeiros contratos de dominação, as normas destinadas a regular, também sob a forma de direitos e liberdades, as relações com os estamentos, isto é, com as forças corporativamente organizadas, com os mais fortes no âmbito do poder feudal, porém também com as novas forças surgidas da nova realidade urbana e citadina.

Com os contratos de dominação surgem as assembleias representativas dos estamentos. Não se deve considerar esse fato como o surgimento de um outro tipo de liberdade – as modernas liberdades de participação ou políticas. Quando o senhor feudal reúne os representantes dos estamentos, estes não representam nenhum povo ou nação, simplesmente porque nenhum dos dois existe ainda para querer, pedir ou obter ser representado. Nem os representantes dos estamentos pretendem, junto com o senhor, definir qual é a lei, porque nenhum dos dois tem poderes para tal, já que o direito é um **jus involuntarium**, que radica na natureza das coisas e, portanto, não depende de nenhum poder constituído. Na realidade, esses contratos de dominação servem apenas para reforçar o poder do senhor feudal e o dos estamentos:

- (I) reunindo os representantes dos estamentos, o senhor feudal se afirma como vértice da organização das relações políticas no território. Essas reuniões são reformulações institucionais da antiga prática do **consilium/auxilium**, segundo a qual ao subordinado incumbe o dever de conselho e ajuda ao senhor;
- (II) os estamentos viam, nessas reuniões, um meio de defender o seu patrimônio e seus bens.

Por isso, os defensores da teoria historicista enfatizam o fato de que é na Idade Média que se encontram as raízes da liberdade como autonomia e como segurança, como tutela do patrimônio e dos bens. No entanto, convém atentar para o seguinte:

- a) Na Idade Média, raramente são reconhecidos direitos e liberdades dos indivíduos, enquanto tais, como ocorre no direito moderno a partir das declarações de direitos. Então, os direitos e liberdade tinham uma estruturação corporativa, são patrimônio do feudo, da corporação, da cidade, etc.;
- b) Essa concepção dos direitos e liberdades, fundados na história e nas coisas, com a conseqüente indisponibilidade pelos detentores do poder, era estática, vez que esta era dominada por uma sorte de uma ordem natural das coisas, que assinala, para cada indivíduo, seu lugar, seu conjunto de direitos, com base no nascimento, no estamento, no pertencimento a um lugar, e impede, por isso, que os homens desfrutem da liberdade de querer uma liberdade diferente.

Quer dizer, a visão historicista dos direitos e liberdades enfatiza a liberdade civil, negativa, de defesa do patrimônio e dos bens contra as interferências indevidas dos detentores do poder, em detrimento da liberdade positiva, de participação, de querer uma determinada ordem política. Essa visão é incompatível com a concepção moderna de liberdade que inclui, além de uma dimensão negativa, também uma dimensão positiva de participação na formação da ordem política.

Coube à Inglaterra a superação desse impasse. Já na Magna Charta de 1215, além da defesa dos bens patrimoniais, já aparece a preocupação com a tutela da liberdade pessoal. No seu art. 39, o rei se compromete que nenhum homem livre poderá ser detido, ou encarcerado, ou privado de seus bens, ou posto fora da lei, ou exilado, ou privado de sua situação social de qualquer outro modo, nem usaremos da força contra ele, ou enviaremos outros para que o façam, exceto por sentença judicial de seus pares e segundo a lei do país (p. 32).

Os defensores da doutrina historicista sublinham o papel desempenhado pela chamada lei da terra (**law of the land**). A lei da terra não era sinônimo da ordem natural das coisas; significava, antes, o conjunto

de leis escritas e de costumes que, dinamizados pela jurisprudência dos tribunais, se transformam na **common law** (a lei do país), permitindo uma evolução que, partindo de regras puramente contratuais de tutela de bens patrimoniais da época medieval, se transformam em regras quase constitucionais de tutela das esferas pessoais, no Estado moderno.

No entanto, em que pese o caráter democrático do regime político inglês, as liberdades civis, negativas, continuam tendo um papel privilegiado, tendo as liberdades positivas, políticas, um caráter acessório. É que, nesse modelo, a participação na formação da lei está em função do controle, do equilíbrio das forças de tutela dos direitos adquiridos.

Também é difícil encontrar, nesse modelo, noção como a de momento constituinte – retorno ao estado de natureza, em que os homens projetam, **ex novo**, uma nova associação política e, conseqüentemente, também é desconhecida a noção de poder constituinte. É que a isso se opõe a dimensão irrenunciável de governo moderado ou equilibrado, produzido pela história, que o homem não pode perturbar, sob pena de perturbar toda a ordem política e social.

Um dos grandes representantes desse modelo é BURKE que, em suas REFLEXÕES SOBRE A REVOLUÇÃO EM FRANÇA, afirma:

“A simples ideia de fabricar um novo governo é suficiente para nos encher de repulsa e horror. Desejávamos, quando da Revolução, e desejamos ainda derivar do passado tudo o que possuímos, como uma herança legada pelos nossos antepassados (p. 67). Nossa mais antiga reforma é a Magna Carta. O senhor poderá constatar quanta engenhosidade Sir Edward Coke, [...], e os grandes homens que o seguiram, até Blakestone, utilizaram para estabelecer a genealogia de nossas liberdades. Eles se esforçaram em provar que a antiga carta, a Magna Carta do Rei João, estava relacionada com uma outra carta positiva de Henrique I, e que uma e outra eram apenas uma promulgação nova de leis que existiam no reino em épocas ainda mais distantes. Com efeito, esses autores parecem estar com a razão na maior parte de suas

afirmações. [...], pois eles demonstram a poderosa prevenção a favor da tradição, que sempre norteou o espírito de nossos juristas, de nossos legisladores e do povo que desejavam influenciar – e eles evidenciam a política permanente que sempre levou os habitantes deste reino a considerarem seus direitos e franquias mais sagrados como uma herança (p.68).

7. 2 Modelo individualista

Segundo FIORAVANTI (2003), os modelos historicista e individualista dos direitos e liberdades divergem preliminarmente em sua relação com a Idade Média (p. 35). Com efeito, enquanto o modelo historicista busca, na Idade Média, a grande tradição do governo moderado e limitado, o modelo individualista tende a confrontar-se com o passado medieval, a construir-se em polêmica com ele, a fixar a relação entre o moderno e o medievo em termos de ruptura.

A Idade Moderna, desde o jusnaturalismo do século XVII às declarações revolucionárias de direitos e, mais além, até o Estado de Direito e o Estado Democrático, seria a idade dos direitos individuais e da progressivo aperfeiçoamento de sua tutela, porque é a idade da progressiva destruição da ordem feudal e estamental de governo e de sociedade.

Esse confronto da abordagem individualista e contratualista dos direitos e liberdades com a abordagem historicista se desenvolve em duas linhas:

a) sob a forma de antítese entre ordem estamental e a ordem individualista de direitos.

Por ordem estamental entende-se aquele tipo de ordem em que os direitos e liberdades são atribuídos aos sujeitos segundo o seu pertencimento a um estamento, havendo, assim, regimes jurídicos distintos: um direito de propriedade dos nobres, um direito de propriedade dos

burgueses e um direito de propriedade dos camponeses, por exemplo. Havia, assim, uma multiplicidade de sujeitos de direito. Por ordem individualista entende-se aquele tipo de ordem em que há uma unidade de sujeito de direito – a pessoa humana. Os direitos e liberdades são atribuídos, individualmente, a cada sujeito independentemente de seu pertencimento a um determinado estamento. Esse tipo de abordagem se inicia com as intuições dos filósofos do jusnaturalismo racional e alcança sua primeira vitória com as declarações revolucionárias de direitos de fins do século XVIII. Essas declarações abstratas de direitos não teriam sido possível sem o artifício argumentativo, utilizado pelos jusnaturalistas, do estado de natureza. Segundo os jusnaturalistas, no estado de natureza, todos os homens seriam titulares dos mesmos direitos, rompendo assim, de forma revolucionária, com o esquema ordenador medieval e tornando possível as declarações abstratas de direitos das revoluções burguesas do sec. XVIII.

b) Ao argumento individualista se acrescenta o argumento contratualista na luta da concepção individualista e contratualista contra a concepção historicista dos direitos e liberdades.

Segundo a concepção historicista, a sociedade política, o Estado é produto da história, sendo totalmente contrária a uma perspectiva contratualista. Ainda segundo essa concepção, mesmo nas hipóteses de um governo decomposto ou transformado em tirânico, em que a soberania retorna ao povo, este não é livre para criar uma forma nova de governo, mas serve apenas como instrumento da história que, através de sua rebelião, reconduz o governo ao caminho totalmente necessário do governo moderado e equilibrado.

Já para a concepção individualista e contratualista dos direitos e liberdades, a sociedade política, o Estado, é produto da vontade dos

indivíduos. Os homens, no estado de natureza, para maior garantia de seus direitos, resolvem criar o Estado, utilizando de seu poder constituinte. Existiriam, na transição do estado de natureza para a sociedade civil, dois pactos – um **pactum societatis** (contrato social), por intermédio do qual a sociedade originária dos indivíduos politicamente ativos, usando de seu poder constituinte originário, cria a sociedade política, com a finalidade precípua de garantir os seus direitos naturais e, em seguida, um **pactum subjectionis** (pacto de sujeição/contrato de dominação), através do qual os indivíduos se comprometem a obedecer às leis emanadas desse Estado.

No entanto, como enfatiza FIORAVANTI (2003), há, na concepção individualista e contratualista dos direitos e liberdades, um grande apreço pelo Estado e por sua soberania. Com efeito, segundo PECES-BARBA (2004), o Estado soberano, sob a forma de Estado absoluto e, em seguida, de Estado de Direito, foi o grande aliado da burguesia na sua luta e posterior destruição do Estado feudal e de sua ordem estamental.

Mas, ainda de acordo com FIORAVANTI (2003), não há como confundir o modelo individualista de direitos e liberdades com o modelo estatista. Apesar do apreço comum pelo Estado e sua soberania, o modelo individualista e contratualista se distingue do modelo estatal nos dois seguintes pontos:

(I) Presunção de liberdade.

Esse princípio está codificado no art. 5º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: **A lei só pode proibir as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não for proibido pela lei não pode ser impedido e ninguém poderá ser obrigado a fazer aquilo que não estiver previsto em lei.**

Em outras palavras, há sempre a presunção de liberdade e a legitimidade de sua limitação, através da lei geral e abstrata, deve ser

comprovada sempre. Desse modo, evita-se o predomínio do valor Estado sobre o valor indivíduo. Assim, a comunidade dos indivíduos, ainda que necessite da autoridade do legislador, permanecerá uma sociedade de indivíduos, em que cada um atua, dentro dos limites estabelecidos pela lei, para a realização de si mesmo, de seus próprios fins. Por isso, a perspectiva individualista e contratualista olhará sempre com desconfiança para as filosofias estatais do bem comum, interesse geral, progresso, transformação social, fins justos, em que é superestimado o valor do Estado e em que a cada indivíduo é atribuído um lugar, um papel para a realização da empresa coletiva.

O certo é que as liberdades não podem ser dirigidas ou orientadas pela autoridade pública, mas simplesmente delimitadas pela lei. A função limitadora da lei certamente não é acessória ou eventual, no modelo individualista e contratualista; ela é necessária pois permite o gozo das liberdades por todos os membros da comunidade, mas está condicionada justamente por essa finalidade, como especifica o art. 4º da Declaração de 1789: A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem tem como limites só os que garantem aos demais membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites só podem ser determinados pela lei.

(II) O princípio do poder constituinte.

Como poder constituinte entende-se o poder originário e fundamental dos indivíduos de decidir sobre a forma e o modo de ser do Estado. Trata-se de noção essencial para a abordagem individualista e contratualista, vez que o Estado é concebido como artifício, criado pelos homens para maior garantia de suas liberdades naturais, noção rejeitada tanto pelo modelo historicista, como pelo estatal.

Com efeito, para este último, a sociedade originária dos indivíduos politicamente ativos surge apenas com o Estado e através do Estado; antes deste não existe nenhum sujeito politicamente significativo, mas apenas uma multidão desorganizada de indivíduos, incapaz de decidir autonomamente como povo ou nação sobre a forma e o modo de ser da sociedade política.

Outra diferença marcante entre o modelo individualista e contratualista e o modelo historicista dos direitos e liberdades está na posição ocupada pelas liberdades políticas, liberdades positivas, em cada modelo. Já se viu que, no modelo historicista, a liberdade de participação na formação da lei tem um aspecto meramente acessório de controle do poder público na sua ação de restrição dos direitos e liberdades. Já no modelo individualista e contratualista, as liberdades políticas dos indivíduos, que têm origem no poder constituinte originário, visam, além disso, determinar o rumo que ação estatal deve seguir, de acordo com o estabelecido na constituição pela sociedade originária dos indivíduos politicamente ativos.

7. 3 Modelo estatista

Já se viu anteriormente que o modelo individualista e contratualista dos direitos e liberdades tem um grande apreço pelo papel desempenhado pelo Estado na destruição da ordem estamental e, principalmente, pelo papel desempenhado pelo legislador na garantia desses direitos e liberdades.

No entanto, não se trata aqui do verdadeiro modelo estatista, que se coloca como alternativa aos modelos historicista e individualista. Na realidade, o verdadeiro modelo estatista se coloca como uma reação dos juristas do século XIX contra a degeneração do individualismo e do contratualismo em sentido voluntarista, em uma direção que acaba fazendo

depender todo o edifício público – e, portanto, também a configuração das liberdades e direitos – da variável vontade dos indivíduos- cidadãos.

Segundo FIORAVANTI (2003), o modelo estatista parte das mesmas fontes filosóficas do modelo individualista e contratualista: o pensamento político de HOBBS, no século XVII. Mais especificamente a consideração da vida no estado de natureza como sendo uma guerra de todos contra todos (**bellum omnium contra omnes**).

Mas os defensores do modelo individualista e contratualista interpretam o pensamento de HOBBS da seguinte maneira: os homens, para garantir seus direitos primários – vida e segurança – reúnem-se em uma associação originária de indivíduos politicamente ativos (povo, nação) e, usando de seu poder constituinte originário, resolvem celebrar um contrato para a constituição do Estado.

São as seguintes as premissas do modelo individualista e contratualista:

- a) A existência de uma associação de indivíduos politicamente ativos – nação ou povo – antes do Estado;
- b) Essa associação de indivíduos politicamente ativos é titular de um poder constituinte – um poder de constituir uma sociedade (o Estado)
- (c) Os indivíduos integrantes dessa associação são dotados de direitos naturais, inatos, anteriores e superiores ao Estado, direitos estes que se dividem em liberdades negativas (direito à vida e direito à segurança) e liberdade positiva, política, de participar da decisão da comunidade sobre a forma e os rumos do Estado;
- d) A celebração de um contrato em que todos os participantes da associação dos indivíduos politicamente ativos buscam, racionalmente, estabelecer as regras para melhor garantia de seus respectivos direitos;

- e) A constituição do Estado, por intermédio desse contrato, com a finalidade de garantir esses direitos naturais.

A abordagem estatista, baseada na mesma guerra de todos contra todos, contesta a colocação individualista e contratualista da seguinte maneira:

- a) Antes do Estado não poderia existir essa associação de indivíduos politicamente ativos, isto é, um povo ou uma nação, mas uma multidão amorfa, desorganizada de indivíduos, incapaz, portanto, de tomar qualquer decisão sobre a forma e o modo de ser da futura associação política. Na lógica estatista, semelhante entidade coletiva – como o povo ou a nação – não é pensável antes e fora do Estado: existe porque uma autoridade, uma suprema potestade, a representa, a expressa unitariamente.
- b) Com relação ao poder constituinte, os defensores do modelo estatista têm uma posição bastante peculiar. Os individualistas e contratualistas fazem a distinção entre **pactum societatis** e **pactum subjectionis**, dois acordos firmados pelos indivíduos em ocasiões diferentes.

Num primeiro momento, celebram um **pactum societatis** (contrato de sociedade, contrato social), em que constituem o Estado e dão-lhe uma constituição e dão-se mútuas garantias para os seus respectivos direitos. Num segundo momento, firmam um **pactum subjectionis** (pacto de sujeição/contrato de dominação), através do qual se comprometem a obedecer às leis do Estado.

A concepção estatista aceita a participação da vontade dos indivíduos na passagem do estado de natureza para o Estado organizado, mas não através de um contrato. Aqueles indivíduos desesperados, desejando sair do estado de guerra permanente de qualquer jeito,

não tinham condições para discutir cláusulas de um contrato, nem a constituição de um Estado. Aliás, a utilização da noção de contrato é uma confusão indevida entre direito privado e direito público, entre **dominium** e **imperium** que serve apenas para abalar a segurança da sociedade política.

Eles utilizam de sua liberdade política para firmar um **pactum subjectiois**, um ato de subordinação unilateral, não negociável, irreversível e total com o qual todos simultaneamente se submetem ao sujeito investido com o monopólio do **imperium**. Será este Estado soberano que, com sua capacidade de governo moderará o conflito, criando, assim, condições de vida associada mais segura e, por isso, também os direitos individuais (p. 48/9).

- c) No modelo estatista também se exclui toda possibilidade de existirem direitos naturais, inatos aos indivíduos, anteriores e superiores ao Estado, tanto as liberdades civis, negativas, como as liberdades políticas, positivas. As liberdades civis, negativas, são direitos reconhecidos pela lei do Estado, são espaços de autonomia individual reconhecidos pelo Estado aos indivíduos. Já a liberdade política, liberdade de participação na vida política, deixa de ser um direito de os indivíduos escolherem uma determinada ordem política e passa a ser, simplesmente, uma função: a de designar, por interesse público e com base exclusiva no direito positivo estatal, os que terão o dever de expressar a soberania do Estado na forma da lei.

No entanto, nenhum desses três modelos existe isoladamente. Na realidade, um modelo costuma combinar-se com outro, tomando um terceiro como referência polêmica. Assim, em concreto, existiria um modelo individualista e estatista, um modelo individualista e historicista e, finalmente, um modelo historicista e estatista.

7.4 Modelo individualista e estatista

É o modelo de fundamentação dos direitos e liberdades vigente na Revolução Francesa, em evidente oposição ao modelo historicista vigente na ordem estamental e no estado feudal, que ela pretende destruir.

Nesse modelo, uma das forças motrizes é o individualismo, em que o indivíduo passa a ocupar o centro do ordenamento jurídico, tanto no que se refere às liberdades civis, negativas, em que ele reivindica espaços de autonomia perante o poder público, como no referente às liberdades políticas, positivas, em que o poder público depende das vontades individuais, no esquema do contrato social.

No entanto, esse modelo individualista e contratualista é combinado com um outro elemento importante na conjuntura da Revolução Francesa – o estatismo, a presença forte da lei e do legislador.

Na Declaração de Direitos de 1789, só existem dois valores político-constitucionais: o indivíduo e a lei como expressão da soberania da nação. O indivíduo, como detentor de direitos naturais e imprescritíveis, e a lei, como expressão da vontade geral que, estabelecendo limites simultaneamente aos direitos individuais e à ação limitadora do Estado, cria condições para que todos possam usufruí-los igualmente.

7.5 Modelo individualista e historicista

É o modelo vigente com a Revolução Americana.

A Revolução Francesa tinha de ser anti-historicista, vez que ela se colocava justamente contra os privilégios e os direitos estamentais, fundados na história. E, por isso, também tinha de ser individualista (basear os direitos no indivíduo ou na natureza dos indivíduos (jusnaturalismo), contratualista - fundar a legitimidade do Estado no consentimento dos cidadãos (contrato social), bem como estatista – necessitava do Estado, como monopolizador do **imperium**, para destruir a ordem estamental e o estado feudal.

Já a Revolução Americana não tinha como inimigo a combater uma ordem social, mas justamente o poder legislativo – o Parlamento inglês.

Com efeito, ela se iniciou como reação a um tributo, a ser pago pelas colônias americanas, lançado pela metrópole sem o consentimento dos colonos. E, na sua reação, os colonos americanos lembraram ao rei que eram cidadãos ingleses, protegidos pela **ancient constitution** britânica, sendo-lhe aplicável o princípio constitucional inglês no **taxation without representation**. Isto é, recorriam a um argumento historicista – velhos direitos adquiridos – contra uma intromissão indevida do poder público nas suas liberdades.

Só posteriormente, ante a intransigência da coroa inglesa, é que os revolucionários ingleses partiram para a ruptura, agora esgrimindo argumentos individualistas, contratualistas e jusnaturalistas – direitos naturais do homem. Mas esses direitos naturais eram esgrimidos justamente contra o Parlamento inglês que, na sua visão, havia se tornado tirano, descumprindo a velha constituição inglesa em detrimento dos bens e das liberdades dos colonos americanos.

É evidente que, por tudo isso, a cultura vigente na Revolução Americana não poderia ter sido estatista, visto como seu principal inimigo foi justamente um poder estatal – o Parlamento inglês.

7. 6 Modelo historicista e estatista

Foi o modelo de fundamentação dos direitos e liberdades construído pelos juristas liberais da Europa continental do século XIX (JELLINEK na Alemanha, CARRÉ DE MALBERG na França, e ORLANDO na Itália), em reação ao voluntarismo e à instabilidade institucional das revoluções do século XVIII, reação, aliás, que não consistia na negação dos princípios da revolução francesa, mas em sua interpretação moderna, mais consentânea com a conjuntura política atual.

Das revoluções derivaram dois conceitos de constituição:

- (I) constituição como norma diretiva fundamental, como programa a ser realizado por todos os cidadãos, conceito oriundo da revolução francesa; e
- (II) constituição como norma fundamental de garantia, que estabelece as regras do jogo dentro das quais os indivíduos e as forças sociais competem para alcançar seus interesses e seus fins, conceito oriundo da revolução americana.

Seguindo o mestre italiano, para os liberais da Europa continental do século XIX, ambos os conceitos deveriam ser combatidos, porque ambos traziam instabilidade institucional e não garantiam efetivamente os direitos e liberdades. Com efeito, o primeiro conceito de constituição, como norma diretiva fundamental, implicava em dirigismo estatista, Estado demais, interferindo demasiadamente na esfera de autonomia da sociedade civil. Além de implicar a irrupção periódica do poder constituinte, o que implicava mudanças na configuração dos poderes constituídos.

Já com o conceito de constituição, como norma fundamental de garantia, estava implícito justamente o contrário, Estado de menos, Estado constituído contratualmente segundo os interesses e necessidades dos indivíduos e das forças sociais.

Para combater esses dois conceitos de constituição, herdados das revoluções do século XVIII, marcadamente individualistas e contratualistas, os liberais europeus do século XIX utilizaram-se inicialmente de argumentos historicistas.

(I) substituição de povo, como titular do poder constituinte, por nação.

Com efeito, povo, entendido como universalidade dos cidadãos vivos, é um conceito extremamente dinâmico, pois implica uma multiplicidade de vontades a decidirem sobre a configuração do Estado. Só

que esse dinamismo pode implicar também instabilidade, porque essa multiplicidade de vontades pode mudar de direção de acordo com a última decisão da maioria. A povo os liberais do século XIX opõem a nação, no sentido de sucessão concatenada de gerações, cada uma das quais está obrigada a levar em consideração a herança das anteriores e, por isso, está impossibilitada de decidir, individual e contratualmente, **ex novo**.

Além disso, a nação é uma realidade histórico-cultural, que não é determinada pela livre vontade dos indivíduos.

(II) negação do poder constituinte

A nação e o Estado, como sua personificação jurídica, são um produto orgânico da história. Retoma-se assim um argumento importante para o historicismo britânico. Vai desaparecendo, durante todo o século XIX, a ideia de que a constituição e as próprias instituições políticas são geradas por uma decisão política fundante, realizada em sentido constituinte ou, em qualquer caso, pela vontade, determinada de maneira contratualista, dos indivíduos. As instituições são, ao contrário, fruto da história e da experiência de uma certa nação, por isso não são modificáveis ilimitadamente.

Entretanto, contra o caráter individualista e contratualista dos conceitos de constituição acima citados, que, no entender dos liberais do século XIX, eram causa da instabilidade política que dominou a Europa em fins do século XVIII e começos do século XX, foram utilizados também argumentos estatistas.

(III) Negação da supremacia da Constituição

A constituição deixa de ser diretiva fundamental – com capacidade para programar a atuação dos poderes do Estado e da sociedade - e norma fundamental de garantia – com capacidade proteger os direitos e

liberdades contra o arbítrio do poder público. A partir de então, é simplesmente **Frame of Government** - moldura do governo, instrumento de organização dos poderes constituídos.

(IV) perda, pela constituição, do caráter normativo e preceptivo

Além disso, mesmo naquelas constituições cujo conteúdo contém, além de um esquema de organização dos poderes, uma declaração de direitos, esta é considerada desprovida de caráter normativo, preceptivo, mas um manifesto programático, que tem pouco a ver com o direito positivo estatal, que é o que os juízes ordinária e cotidianamente aplicam.

(V) a soberania do Estado e de sua lei

Os liberais do século XIX entendem que os revolucionários de 1789 fizeram uma leitura equivocada do disposto no art. 3º da Declaração de Direitos de 1789 (O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação), dando-lhe um significado subjetivo e, portanto, transferindo a soberania, que era do monarca, para o povo.

Numa interpretação moderna, entendem que a soberania foi atribuída, pela Declaração de 89, não ao povo – universalidade dos cidadãos vivos – mas à nação, realidade histórico-cultural, e ao Estado, como sua personificação jurídica.

Soberano é o Estado, único detentor do poder de império e, portanto, do poder de legislar, de baixar normas. Para os liberais do século XIX, no cume do ordenamento jurídico está a lei – o direito positivo do Estado - um sistema fechado constituído pelo Código Civil, que regula as relações entre os indivíduos, pelo Código Penal, que regula o poder punitivo do Estado e pelas leis administrativas que regem a atuação

da Administração Pública nas suas relações com os indivíduos, não se admitindo a existência de nenhum direito além do positivo, baixado pelo Estado.

(VI) a posição dos direitos e liberdades

Já não se admite a fundamentação jusnaturalista dos direitos e liberdades. Já não se admite a existência de direitos fundamentais, como valores, com um conteúdo necessário, fundado na constituição. Para liberais do século XIX, essa fundamentação jusnaturalista dos direitos e liberdades é fruto de uma época, a das revoluções, que se considera completamente desaparecida.

As liberdades civis, as negativas, são atos de soberania, de auto-limitação do Estado, enquanto as liberdades políticas, as positivas, são funções atribuídas, pelo Estado, aos cidadãos para que escolham as pessoas que deverão expressar a sua vontade, como seus órgãos.

A questão que sempre se colocou, desde aquela época, é que o Estado que concede direitos, através de um ato de soberania e de autolimitação, também pode revogá-los. Considerar essas normas ilegítimas, inconstitucionais e, portanto, nulas, é inadmissível para os juristas liberais do século XIX, pois significaria a reviviscência do direito natural, de um direito externo ao Estado, que ameaçava sua autoridade e certeza.

Os liberais, para responder a tal questão, recorrem a argumentos historicistas: o legislador, enquanto soberano, não poderá nunca reduzir os espaços dos direitos e liberdades além do limite fixado pelo desenvolvimento histórico da nação. Não poderá reduzir a amplitude das liberdades civis, as negativas, que os indivíduos adquiriram como próprias no tempo [...] (para todo o capítulo: FIORAVANTI, 2003, p. 25 e ss); PECES- BARBA, 2004, p. 73 e ss; FREIJEDO, 2005; ZAGREBELSKY, 2005).

A respeito da posição dos liberais franceses, RIVERO (1973) faz o seguinte comentário:

“Sua atitude é paradoxal em um sentido: trata-se, com efeito, de liberais profundamente vinculados às liberdades públicas e, no entanto, eles provam uma evidente satisfação em mostrar a fraqueza das justificações que a teoria dos direitos naturais fornece para as liberdades. É que eles pensam encontrar, no direito positivo, um fundamento mais seguro. Consideram, com efeito, que as técnicas jurídicas inerentes ao direito positivo, tal como eles o conhecem, asseguram, de forma necessária e quase automática, a proteção das liberdades. Estas são, portanto, um produto espontâneo de uma técnica jurídica evoluída; não têm necessidade, [...], de procurar seu fundamento em uma ideologia sempre contestável (p. 108).

TIPOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma análise do catálogo constitucional dos direitos fundamentais mostra que são muito diferenciados a natureza e o tipo dos bens protegidos pelas normas de direitos fundamentais (NOVAISa, 2003, p. 125).

Dessa diversidade resulta uma multiplicidade de tipologias de direitos fundamentais, sendo as mais comuns aquelas inspiradas nos textos do Direito Internacional: direitos naturais, direitos do homem e do cidadão, direitos individuais, direitos coletivos, direitos políticos, direitos econômicos, sociais e culturais, etc. É muito conhecida e divulgada na doutrina a tipologia dos direitos fundamentais de JELLINEK, baseada nas posições (**status**) do indivíduo em face do Estado.

Segundo o escritor alemão, o indivíduo se encontraria face ao Estado numa das quatro seguintes posições jurídicas:

- a) **status passivus (status subjectionis)**, em que se encontraria subordinado aos poderes do Estado, sendo, por isso, meramente detentor de deveres e não de direitos;
- b) **status negativus (status libertatis)**, em que o reconhece ao indivíduo uma esfera de liberdade, imune ao seu **jus imperii**.
- c) **status positivus (status civitatis)**, em que seria assegurada ao indivíduo a possibilidade de se utilizar das instituições estatais e de exigir-lhe determinadas ações positivas.
- d) **status activus (status activae civitatis)**, em que se reconhece ao indivíduo a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade estatal (ALEXY, 2002; SARLETa, 2003; NOVAISa, 2003).

Inspirado em BENTHAM, que dividia os direitos em **rights to services, liberties and powers**, bem como na doutrina dos status de

JELLINEK, ALEXY (2003) propõe a seguinte tipologia dos direitos fundamentais:

a) Direitos a algo

São pretensões do indivíduo a ações negativas ou positivas do Estado. Dividem-se em:

- (I) direitos negativos ou direitos de defesa – pretensões a ações negativas do Estado, incluindo: direitos do titular ao não-impedimento de suas ações, direitos à não-afetação de suas situações jurídicas ou de seus atributos, direitos à não-eliminação de suas posições jurídicas – e
- (II) direitos positivos ou direitos a prestações – pretensões a ações positivas do Estado, compreendendo: direitos a prestações em sentido amplo (direito à proteção estatal contra agressões de terceiros, direito à prestação normativa e direito ao procedimento) e direitos a prestações em sentido estrito, que seriam os direitos econômicos, sociais e culturais.

b) Liberdades

São alternativas de comportamento, faculdades de fazer ou não fazer, reconhecidas ao indivíduo por parte do Estado.

c) Competências

Competência é poder, autorização, faculdade, capacidade atribuída a alguém de praticar uma determinada ação que modificará uma situação jurídica. Competência não se confunde com poder fático; como se disse, é um poder jurídico. De acordo com JELLINEK (apud ALEXY, 2002, p. 230), a competência agrega à capacidade de ação do indivíduo

algo [...] que ele não possui por natureza. O indivíduo pode manter a relação sexual que quiser, porém, ela só se converte em matrimônio sob as condições estabelecidas pelo direito objetivo.

Nesse sentido, existem competências de direito privado – competência para adquirir ou alienar propriedade, para contrair matrimônio, para testar, para celebrar contratos – e de direito público – competência para ajuizar ação de defesa de seus direitos, competência para votar e ser votado, por exemplo.

De acordo com ALEXY (2002), o legislador violaria norma de direito fundamental, se revogasse a competência do cidadão de contrair matrimônio, adquirir ou alienar propriedade, etc. O direito fundamental a uma competência tem, assim, a estrutura de um direito a não- eliminação de uma posição jurídica e, com isso, está vinculado ao conceito de uma garantia institucional e com o conceito de liberdade (p. 237). Tem uma vinculação a uma garantia institucional, no sentido de que a garantia institucional é uma proibição dirigida ao legislador de que este não elimine ou modifique fundamentalmente determinadas instituições de direito privado, como a família (casamento, herança), a propriedade, etc. E tem uma vinculação com o conceito de liberdade, no sentido de que a competência é uma ampliação de sua liberdade jurídica, de tal modo que a eliminação de uma competência constitui um obstáculo à liberdade do cidadão (238).

Amplamente aceita pela doutrina, a tipologia de ALEXY tem sido criticada, entre outras coisas, pela classificação excessiva.

Nunca é demais repetir que, numa mesma norma jusfundamental, existe um complexo de pretensões, nem sempre da mesma natureza e com a mesma função. Daí a necessidade de distinguir entre direito primário/principal e direitos secundários ou instrumentais.

Segundo NOVAISa (2003), o direito primário ou principal é o bem que a norma pretende garantir, enquanto os direitos instrumentais são direitos que visam a garantir, proteger, promover o exercício do direito

principal. Exemplificando, cita o art. 24 da Constituição Portuguesa: a vida humana é inviolável.

No caso em tela, o direito principal é o direito à vida, que se desdobra nas pretensões de não ter a sua vida afetada, de não ser privado da própria vida, de ter uma vida em condições mínimas de dignidade. Esse direito principal é cercado de garantias de seu efetivo exercício: direito de proteção contra agressões de terceiros, direito à prestação normativa, isto é, direito a que o Estado baixe normas referentes à proteção da vida (normas penais, por exemplo), direito a prestações fáticas, aí compreendidos os atos de polícia que visam a coibir os atos de agressão ao direito à vida. Estes são direitos instrumentais, igualmente direitos fundamentais do indivíduo.

Alguns resumem a tipologia de ALEXY, adotando a seguinte classificação: direitos de defesa, direitos a prestações e direitos de participação, aceitando-se as definições já mencionadas de cada um desses direitos.

Há ainda quem resuma a classificação a dois tipos de direitos: direitos de defesa e direitos a prestações, entendendo que o chamado direito de participação é essencialmente um direito de defesa (SARLETA, 2003; NOVAISa, 2003).

9.1 Titularidade dos direitos de defesa

A Constituição, em seu art. 5º, utiliza alguns termos vagos: homens e mulheres, todos, ninguém, qualquer pessoa, etc.

Todavia, o que deve preponderar é a regra de igualdade contida no **caput** do art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]. Pelos termos expressos da Constituição, esta garante os direitos acima mencionados a todos os brasileiros, natos ou naturalizados. No que se refere aos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, a Constituição faz pouca diferença entre brasileiro nato e brasileiro naturalizado. Uma delas é a extradição, cuja proibição é absoluta em relação ao brasileiro nato, consoante o disposto no art. 5º, LI: (Nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

Já quanto aos estrangeiros, a Constituição mantém uma tradição que vem desde a primeira Constituição republicana de 1891: somente garante os direitos mencionados aos estrangeiros residentes no País.

A questão é: o turista ou estrangeiro que se encontra de passagem pelo país pode ter os seus direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade violados ou ignorados pelo Estado Brasileiro. O turista pode ser torturado pela polícia?

A doutrina brasileira diverge na resposta a essa questão.

BASTOS (1998) declara a respeito do assunto:

[...]. A nós sempre nos pareceu que o verdadeiro sentido da expressão brasileiros e estrangeiros residentes no País é deixar certo que esta proteção dada aos direitos individuais é inerente à ordem jurídica brasileira.

Em outras palavras, é um rol de direitos que consagra a limitação da atuação estatal em face de todos aqueles que entrem em contato com esta mesma ordem jurídica. Já se foi o tempo em que o direito para os nacionais era um e para os estrangeiros outro, mesmo em matéria civil. Portanto, a proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade é extensiva a todos aqueles que estejam sujeitos à ordem brasileira (p. 178).

SILVA (2005) assim se posiciona sobre o assunto:

[...]. Por isso, quando a Constituição, como as anteriores, assegura tais direitos aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, indica, concomitantemente, sua positivação em relação aos sujeitos (...) a que os garante. Só eles, portanto, gozam do direito subjetivo (...) relativamente aos enunciados constitucionais dos direitos e garantias individuais. [...] Isso não quer dizer que os estrangeiros não residentes, quando regularmente se encontrem no território nacional, possam sofrer o arbítrio, e não disponham de qualquer meio, incluindo os jurisdicionais, para tutelar situações subjetivas. Para protegê-los, há outras normas jurídicas, inclusive de Direito Internacional, que o Brasil e suas autoridades têm de respeitar e observar, assim como existem normas legais, traduzidas em legislação especial, que definem os direitos e a condição jurídica do estrangeiro não residente, que tenha ingressado regularmente no território nacional. Ocorre, ademais, que o fato de a Constituição não incluir os estrangeiros não residentes não justifica sequer a possibilidade de legislação ordinária abusiva em relação a eles, pois, além da existência de normas de Direito Internacional vinculantes, o Brasil é, ainda, subscritor das declarações universal e americana dos direitos humanos, o que, agora até por força do § 2º do art. 5º, lhe impõe, quando nada,

a consideração de que a pessoa humana tem uma dimensão supranacional que merece um mínimo de respeito e postula um tratamento condigno, ao menos no que tange àqueles direitos de natureza personalíssima. Quando o art. 1º põe a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito faz uma proclamação de valor universal, aí sim, abrangente do ser humano (p. 193).

Em que pese essa última parte da argumentação de SILVA (2005), é fato que há grandes juristas sustentando a aplicação direta do rol dos direitos do art. 5º aos estrangeiros não residentes no País, como PONTES DE MIRANDA (1967), MENDES (2007), além de jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Outra questão pertinente é se os direitos mencionados no art. 5º podem ter as pessoas jurídicas como titulares.

Hoje é pacífico que se aplicam às pessoas jurídicas o princípio da igualdade, o princípio da legalidade, o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo da correspondência e das comunicações, a inviolabilidade do domicílio, a garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, o direito à proteção jurisdicional e o direito de impetrar o mandado de segurança.

Há, inclusive, na Constituição direitos que pertencem apenas às pessoas jurídicas – direito de propriedade das marcas, aos nomes de empresa e a outros signos distintivos.

9.2 Titularidade dos direitos sociais

Os direitos dos trabalhadores constantes dos arts. 7º a 11 têm como titulares os trabalhadores, urbanos, rurais e domésticos.

Uma exceção a esta regra é o direito de participação do empregador nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10).

Já os direitos que têm como objeto prestações materiais do Estado (educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência

social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados – art. 6º) têm como titulares todos os que deles necessitarem ou preencherem os requisitos previstos em lei.

9.3 Titulares dos direitos políticos

São titulares dos direitos políticos todos os brasileiros, natos ou naturalizados que preencham os requisitos previstos em lei.

Essa regra tem uma exceção contida no § 1º do art. 12: “Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor dos brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição”.

DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em princípio, os direitos fundamentais têm como destinatário o Estado. Sua função principal é limitar o poder do Estado.

Significa dizer que aos direitos fundamentais do indivíduo correspondem sempre deveres do Estado. A este compete não só respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos, mas também criar instrumentos legais e institucionais visando a protegê-los contra as agressões dos outros indivíduos. É o chamado efeito vertical dos direitos fundamentais.

A questão é: as normas constitucionais definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm também um efeito horizontal, isto é, podem ter aplicação imediata e direta nas relações entre particulares.

Antes de tudo, convém fazer algumas considerações. Há direitos fundamentais, na Constituição, cujo destinatário só pode ser o Estado. É o caso dos direitos políticos, do direito de nacionalidade, de grande parte dos direitos previstos no art. 5º, principalmente no caso das garantias penais e processuais.

E há, igualmente, direitos fundamentais cujos destinatários podem ser pessoas privadas. É o caso dos direitos trabalhistas, inseridos nos arts. 7º a 11 da Constituição (direitos a férias, a repouso remunerado, a salário mínimo, etc).

O que se discute, na doutrina e na jurisprudência, é se certos direitos inseridos no art. 5º (igualdade, liberdade, segurança, privacidade) têm aplicação direta, sem a interposição da lei ordinária, nas relações entre particulares.

Esse assunto será objeto do Cap. XII.

11.1 Considerações gerais

Durante muito tempo, sustentou-se que os direitos fundamentais eram absolutos e que assim eram entendidos pela doutrina do século XVIII.

No entanto, a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já previa a possibilidade de os direitos fundamentais serem restringidos pelo Estado, ao dispor em seu art. 4º: a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que aqueles que assegurem aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites só podem ser determinados pela Lei. Aliás, segundo CAMAZANO (2004), os direitos fundamentais são necessariamente limitáveis, visto que os homens, vivendo em sociedade, têm os seus direitos limitados pelos direitos dos outros membros. ASÍS (2000) e NOVAISa (2003) chamam a atenção para o caráter paradoxal dos limites estatais aos direitos fundamentais.

Com efeito, na sua concepção clássica, os direitos fundamentais surgiram como limites ao poder do Estado. Por outro lado, esses direitos só adquirem juricidade após o seu reconhecimento pelo Estado, através do processo de positivação. Além disso, muitos desses direitos fundamentais são originariamente meras declarações abstratas, quando de sua positivação nos textos constitucionais. Nessa hipótese, só adquirem efetiva aplicação após a intervenção do legislador ordinário, através do processo de regulação ou de conformação.

Na Alemanha, onde surgiu e se desenvolveu a doutrina dos limites, digladiam-se as teorias dos limites internos (limites imanentes ou intrínsecos) e dos limites externos.

De acordo com a primeira, não há duas coisas diferentes: o direito fundamental e suas restrições. As restrições são intrínsecas ao direito, já fazem parte de sua configuração pelo legislador constituinte. Toda conduta fora desse âmbito determinado pelo constituinte não merece a proteção constitucional. Consequentemente, toda restrição, introduzida pelo legislador ou por outro poder constituído, é desnecessária.

Já de acordo com a teoria externa, direito fundamental e suas restrições são duas coisas diferentes. Não existe uma relação necessária entre o direito fundamental e suas restrições. Estas são impostas por necessidades externas de compatibilizar um direito fundamental com outros direitos fundamentais ou com bens coletivos. A Constituição prevê o direito fundamental e ela própria estabelece limites para seu exercício ou delega ao legislador ordinário a competência para estabelecê-los. (ALEXY, 2002, p. 268)

Abstraindo-se dessa discussão teórica, própria, mas não exclusiva, da doutrina alemã, vão ser citados aqui os tipos de limites aos direitos fundamentais, geralmente citados nos manuais.

11.2 Restrições

ALEXY (2002), partindo da distinção das normas constitucionais em princípios e regras, define limites aos direitos fundamentais: **normas que restringem a realização de princípios jusfundamentais (p. 276).**

CAMAZANO (2004) dá a seguinte definição de limite aos direitos fundamentais: **é toda exclusão jurídica (normativa, jurisprudencial ou administrativa) de uma determinada conduta, situação ou posição jurídica, incluída a priori no tipo (âmbito normativo ou pressuposto fático) de um direito fundamental, do âmbito definitivamente protegido de tal direito (p. 78)**

Segundo o autor, a doutrina dos limites aos direitos fundamentais se fundamenta nos seguintes pressupostos:

- (I) todo direito fundamental se constitui em um “tipo” normativo: liberdade de consciência, direito de ir e vir, liberdade de reunião, etc.
- (II) no âmbito normativo deste tipo cabe uma multiplicidade de condutas, situações e posições jurídicas que, **a priori**, seriam protegidas pelo direito fundamental;
- (III) nem todas essas condutas, situações e posições podem ser efetivamente garantidas pelo direito fundamental;
- (IV) a realidade da convivência social impõe que algumas condutas, situações, posições não sejam garantidas pelo direito fundamental;
- (V) a norma jurídica que exclui essas condutas, situações e posições jurídicas da proteção do direito fundamental é denominada “limite (p. 78).

A doutrina opera com dois significados do termo “limite”: (i) limite seria toda afetação, ingerência ou intervenção do poder público no âmbito do direito fundamental (limite em sentido amplo); (ii) limite seria apenas a afetação no âmbito do direito fundamental justificável ou justificada nos termos do Direito Constitucional (CAMAZANO, 2004, p. 79). São as restrições dos direitos fundamentais.

OTTO Y PARDO (apud FREIJEDO ET ALII, 2005) dá a seguinte definição de restrição de direito fundamental: **é uma redução imposta exteriormente ao conteúdo do direito ou liberdade, objeto do reconhecimento constitucional, mediante a exclusão de determinados pressupostos de seu âmbito de proteção em virtude de uma expressa autorização constitucional (p. 120).**

Essa definição pode ser decomposta em quatro elementos:

- Uma redução do direito ou liberdade reconhecida constitucionalmente;

- Imposta externamente;
- Mediante a exclusão de determinados pressupostos do seu âmbito de proteção;
- Em virtude de habilitação constitucional.

Uma restrição é sempre uma redução do âmbito de proteção de um direito fundamental. Essa redução é sempre autorizada pela própria constituição. Essa autorização normalmente é dada ao legislador ordinário, mas o Judiciário e a Administração Pública também podem ser autorizados a efetua-la.

Essa redução, efetivada normalmente pelo legislador ordinário, é feita através de lei. Há Constituições, como alemã (art. 19), e a espanhola (art. 53), que trazem uma regra geral determinando que somente através de lei se pode efetuar uma restrição ao direito fundamental.

A Constituição de 1988 não contém regra semelhante, havendo uma determinação de reserva legal em cada caso específico.

As restrições podem ser classificadas da seguinte forma: (ALEXY, 2002; CAMAZANO, 2004; PEREIRA, 2006):

11.2.1 Restrições expressamente estatuídas pela Constituição

No texto da Constituição de 1988, há vários exemplos desse tipo de restrição: é livre a manifestação do pensamento, **sendo vedado o anonimato** (art. 5º, IV); a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, **salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ...** (art. 5º, XI); é livre a locomoção no território nacional, **em tempo de paz, ...** (art. 5º, XV); todos podem reunir-se **pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, ...** (art.5º, XVI); é plena a liberdade de associação para **fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar** (art. 5º, XVII) é garantido o direito de propriedade (art. 5º, XXII) **a propriedade**

atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII); 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** (art. 5º, XXXIII), etc.

11.2.2 Restrições expressamente autorizadas pela Constituição

Na maioria das vezes, no entanto, a Constituição não restringe, ela mesma, o exercício do direito fundamental; ela transfere essa incumbência para o Legislador ordinário, para o Executivo e até para o Judiciário.

a) Reserva legal

São as restrições que só podem ser efetuadas por intermédio de lei. A Constituição de 1988 usa as expressões a lei, na forma da lei, nos termos da lei, para denotar esse tipo de restrição.

A reserva legal pode ser simples, quando a Constituição autoriza a intervenção do Legislador ordinário sem qualquer condicionamento: é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, **nos termos da lei**, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens (art. 5º, XV); a criação de associações e, **na forma da lei**, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento (art. 5º, XVIII); são assegurados nos **termos da lei** ... (art. 5º, XXVIII); **a lei** assegurará aos autores de inventos industriais privilégios temporários para sua utilização,... (art. 5º, XXIX); etc.

Há ainda a reserva legal qualificada, quando a intervenção do Legislador ordinário é condicionada por certa finalidade ou forma: é inviolável o sigilo de 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** (art. 5º, XII); é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, **atendidas as qualificações profissionais** que a lei estabelecer (art. 5º, XIII), etc.

**b) Restrições efetuadas em virtude da lei, com base/
fundamento na lei.**

Em outras ocasiões, o legislador ordinário autoriza, por intermédio da lei, a Administração a realizar, ela própria, as restrições a direitos fundamentais.

A Lei Fundamental alemã prevê expressamente essa hipótese. Na Constituição de 1988 não há referência expressa a esse tipo de restrição. No entanto, na vida real, ela acontece com muita frequência. Por exemplo, de acordo com Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que trata do regime de concessão de serviços públicos, o poder concedente poderá:

- (I) intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei (art. 29, III);
- (II) extinguir a concessão, nos casos previstos na lei e na forma prevista no contrato (art. 29, IV), etc.

**11.2.3 Restrições não expressamente autorizadas pela
Constituição**

São os chamados limites internos, imanes, aos direitos fundamentais.

Nesta concepção, o constituinte, ao declarar os direitos fundamentais, estabelece o seu âmbito de atuação, o seu conteúdo, as suas fronteiras. Além disso, o indivíduo, titular desse direito, não vive isolado na sociedade, mas em permanente interação com os outros membros desta.

Em assim sendo, quando os poderes constituídos (legislativo, executivo ou judiciário) estabelecem limites ao exercício de um direito fundamental, não os está criando **ex novo, constituindo-os** como limites externos, mas simplesmente **declarando** os seus limites internos, imanentes, com vistas a compatibilizá-lo com o exercício dos direitos de outros membros da sociedade ou com outros valores constitucionalmente protegidos.

NOVAISa (2003), que dedica um alentado estudo sobre o assunto, partindo da premissa de que o legislador constituinte não poderia resolver, de forma adequada e explícita, toda a série infundável e imprevisível de vicissitudes que vão afetar a vida e a concretização dos direitos fundamentais (p. 364), enumera uma série de hipóteses em que o legislador ordinário, a Administração ou o Judiciário poderiam impor limites aos direitos fundamentais, não previstos expressamente na Constituição:

a) concepção restritiva dos direitos fundamentais

De acordo com MÜLLER (apud NOVAISa, 2003), a Constituição, ao consagrar um direito fundamental, procede a sua tipificação, determinando, **a priori**, o seu programa normativo (pauta ordenadora expressa no texto) e o seu âmbito normativo, o seu domínio, conjunto de ações protegidas jusfundamentalmente. Qualquer ação fora desse âmbito normativo, é uma ação sem direito, sem proteção do direito fundamental correspondente. Assim, a ação de matar em pleno palco não está protegida pela liberdade de criação artística do autor, a ação de roubar material para esculpir não goza da proteção da liberdade artística do escultor, vender drogas não está protegido pelo direito de propriedade e assim por diante.

b) cláusula de comunidade

É construção do Tribunal Administrativo Federal alemão na década de 1950.

A **cláusula de comunidade** parte de dois pressupostos:

- (I) os direitos fundamentais existem em uma determinada comunidade que os garante;
- (II) exatamente por essa sua existência comunitária, os direitos fundamentais só podem ser invocados se e quando não puserem em risco os bens necessários à existência da comunidade.

O exercício dos direitos fundamentais estariam condicionados pelas **exigências mínimas da vida em comunidade**.

Na construção jurisprudencial do Tribunal Administrativo alemão, os bens essenciais à existência da comunidade seriam, além dos direitos fundamentais dos outros membros, **a saúde pública, a segurança do tráfego, a administração da justiça, a lei moral, a formação escolar e a proteção da família**.

A doutrina da cláusula de comunidade foi objeto de cerrada crítica por sua generalidade, entendendo-se que qualquer motivo seria invocado para limitação, bem como pelo fato de que os direitos fundamentais estariam condicionados por valores positivados, muitas vezes, em normas infraconstitucionais, subvertendo a hierarquia das normas jurídicas (NOVAISa, 2003; FREITAS, 2007).

c) direitos dos outros

No Estado Democrático de Direito, como o nosso, baseado no princípio da igual dignidade de todos, este é o princípio interno mais aceito pela doutrina, vez que há a necessidade inadiável de compatibilização dos direitos de uns com os direitos dos outros. Já consta do art. 4º da Declaração de Direitos de 1789: **La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui [...] (a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica aos outros)**.

Consta também do art. 2º da Lei Fundamental alemã: **Todos têm direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, contanto que não prejudique os direitos dos outros, a ordem constitucional ou a lei moral.**

d) ordem pública (cláusula geral de polícia)

Há várias definições de ordem pública, umas bem sintéticas, como a de FERREIRA FILHO (1999): **a ausência de desordem, a paz, de que resultam a incolumidade da pessoa e do patrimônio (vol. 2, p. 88).**

E há definições mais longas, analíticas, como a de NOVAISA (2003: **conjunto de bens formado tanto pelos tradicionalmente considerados pela doutrina germânica como de segurança pública – proteção contra danos que afetam a existência do Estado ou das suas instituições ou que ameaçam a saúde, a liberdade, a honra ou o patrimônio -, como pelos de ordem pública em sentido restrito, ou seja, os bens cuja proteção decorre da síntese de normas (...) cuja observância é tida, [...], como pressuposto indispensável a uma adequada convivência na comunidade (p. 476).**

Para proteção desses bens, o Estado-Administração, utilizando-se da cláusula geral de polícia, pode restringir o exercício dos direitos fundamentais por intermédio do poder polícia. Esse poder é definido da seguinte maneira pelo Código Tributário Nacional, art. 78: **Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos.**

Inexiste na Constituição brasileira disposição autorizando essa intervenção do Estado-Administração na atividade individual, como na Constituição Portuguesa em seu art. 272. No entanto, o Estado brasileiro intervém, de fato, no exercício dos direitos fundamentais dos indivíduos, tanto por intermédio da polícia administrativa – quando proíbe ou restringe o direito de propriedade ou a liberdade de iniciativa (proíbe a fabricação ou comercialização de determinado produto em território brasileiro, por exemplo) ou através da polícia de segurança nos casos de prisão provisória ou preventiva, por exemplo.

Na maioria dos casos, essas intervenções do poder de polícia estão baseadas em normas jurídicas infraconstitucionais. No entanto, pode ocorrer em casos não previstos especificamente, como a intervenção em tumultos nas ruas.

Evidentemente, que essas intervenções estão permanentemente sob o controle do Poder Judiciário.

e) abuso de direito

O instituto de abuso do direito existe no Direito Civil, onde nasceu e se desenvolveu, no Direito Público, onde a doutrina francesa construiu a teoria do **desvio de poder**, no Direito Internacional de que dá prova o art. 30 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948, bem como no Direito Constitucional, onde é concebido como limite imanente ao exercício dos direitos fundamentais.

De início, convém distinguir **abuso de direito e ação ilícita**. A Constituição exclui, expressamente, de sua proteção certas condutas. Ex: art. 5º, XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, **vedada a de caráter paramilitar**. A constituição de associação de caráter paramilitar é uma ação ilícita, porque restringida expressamente pela Constituição, não um abuso de direito.

A principal característica do abuso de direito está em que o exercício do direito fundamental está de acordo com a letra da norma constitucional, ocorrendo o desvio na sua finalidade, esta contrária ao seu espírito ou à sua **ratio**.

É neste sentido uma definição de abuso de direito influenciada pelo Direito Civil: o abuso **ocorre quando se extravasam ou violam os limites (imanes) do direito e o aparente exercício é, na realidade, ação sem direito, para além do direito ou contra o direito, seja porque o exercício é funcionalmente ilegítimo, na medida em que prossiga um fim estranho ao direito, ou porque viola princípios jurídicos de reconhecimento universal (como os bons costumes ou a boa fé) ou porque lesa forçosamente interesses dignos de proteção (NOVAISa, 2003, p. 488).**

A crítica que se faz a essa definição é que ela é abrangente demais, com a possibilidade de transformar todas as ações em abuso de direito. Por isso, para NOVAISa (2003) o abuso do direito se constitui em **exercício malicioso, de fraude à lei ou de aproveitamento mal intencionado da letra da lei para obter ganhos injustificados porque diversos dos que são protegidos pelo direito fundamental em questão (p. 503).**

E, ainda segundo o autor mencionado, o abuso do direito é instituto autônomo, sem ligação com a lesão dos direitos dos outros ou dos interesses da comunidade. Inclusive, o exercício de certos direitos traz implícito justamente a lesão dos direitos dos outros ou de interesses da comunidade. Vejam-se os casos do direito de greve ou de passeatas em vias públicas, os mais citados como sendo abuso de direito. A greve visa justamente prejudicar o empregador, com o objetivo de forçá-lo a negociar. A passeata visa justamente prejudicar o trânsito com o objetivo de forçar o governo a atender certas reivindicações. São exercícios legítimos de direitos, se obedecidas todas as formalidades para a sua decretação. Haveria abuso de direito, na greve, se, em vez de ato reivindicatório, visasse apenas permitir a falta ao trabalho (exercício malicioso ou mal intencionado do direito).

f) leis gerais

O problema de conceituação da expressão **leis gerais** começou a ser tratado pela doutrina alemã a partir de dispositivo da Constituição de Weimar, que assegurava aos alemães o direito de manifestar sua opinião nos limites das leis gerais.

A doutrina alemã fez a distinção entre **generalidade material e generalidade formal**.

Leis gerais em sentido material seriam leis que se destinavam a garantir bens ou valores gerais da sociedade – ordem pública, segurança pública, direitos dos outros -, os quais deveriam prevalecer sobre a liberdade individual de expressão, como resultado de um processo de ponderação de bens.

Essa teoria foi acolhida pela teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Häberle, tendo sido aplicada a todos os direitos fundamentais.

Leis gerais em sentido formal seriam leis que não se destinavam especificamente a restringir ou regular o exercício da liberdade de expressão em função de seu conteúdo ou do meio de comunicação utilizado. Visavam a um fim geral e legítimo; os efeitos restritivos sobre a liberdade de expressão seriam puramente incidentes.

Atualmente, todos os grandes subsistemas legislativos – Código Civil, Código Penal, Código de Trânsito, leis administrativas, leis sobre o meio ambiente, etc, são leis gerais no sentido acima definido. Isto é, visam a garantir bens dignos de proteção jurídica, mas eventualmente restringem o exercício de direitos fundamentais.

Tanto a doutrina da generalidade material quanto a da generalidade formal foram objeto de sérias críticas. A primeira porque funcionalizava o exercício dos direitos fundamentais, no sentido de que este estaria subordinado ao valor constitucionalmente garantido; a segunda porque colocava os direitos fundamentais à mercê do legislador ordinário,

com isso subvertendo o dogma da supremacia da norma constitucional sobre a norma ordinária.

Criou-se, assim, um impasse, na medida em que, de um lado, admitia-se a possibilidade de as leis gerais limitarem o exercício dos direitos fundamentais e, de outro, havia a necessidade de se preservar a supremacia hierárquica dos direitos fundamentais.

Para fugir desse dilema, o Tribunal Constitucional Federal alemão construiu a **teoria do efeito recíproco** – a lei ordinária age sobre o exercício do direito fundamental restringindo-o, mas, concomitantemente, o direito fundamental restringido atua sobre a lei ordinária na sua aplicação, vez que esta não pode atingir seu núcleo essencial. A medida de atuação de um sobre o outro será estabelecida por um processo de ponderação de bens.

Com a aplicação da teoria do efeito recíproco a todos os direitos fundamentais viabilizou-se a proteção de interesses gerais, visto que os direitos fundamentais não mais eram considerados absolutos, mas relativizados pelos interesses coletivos, mas, ao mesmo tempo, reconhecia-se o efeito retroativo desses direitos, permitindo que estes limitassem a restrição imposta pelas leis restritivas.

O que a doutrina tem ressaltado é que, com a doutrina do efeito recíproco, a ponderação de bens será efetuada não mais pelo legislador ordinário mas pelo juiz (NOVAISa, 2003; FREITAS, 2007).

g) relações especiais de poder

Há pessoas que se vinculam aos Poderes Públicos, por vontade própria (servidores públicos) ou por imposição da lei (detentos, conscritos para o serviço militar obrigatório), de forma marcada pela sujeição, submetendo-se a uma mais intensa interferência em sua esfera de autonomia individual (MENDES, 2007, p. 281). É o caso dos militares, dos

funcionários públicos civis, dos detentos, dos alunos de estabelecimentos públicos de ensino.

Trata-se das **relações especiais de poder**, assim definidas por NOVAISa (2003): **aquele conjunto de situações em que, por razões atinentes às necessidades de prosseguimento dos fins das respectivas instituições, o Estado (Administração) e os cidadãos que as integram se relacionam de forma especialmente reforçadora dos poderes do Estado e da correspondente sujeição ou dependência do indivíduo quando comparadas com a chamada relação geral de poder, ou seja, a relação comum Estado/cidadão (p. 512).**

Houve tempo em que se sustentava que as pessoas, nessa situação especial de sujeição, não poderiam invocar os seus direitos fundamentais em face do Estado. Entendia-se que essas situações particulares constituíam espaços internos do Estado, livres ou impermeáveis ao Direito ou, pelo menos, que, nessas situações, a Administração estava menos vinculada aos princípios da legalidade e da reserva de lei, princípios estes ligados ao Estado de Direito (NOVAISa, 2003, p. 512).

Posteriormente, com a consagração do princípio constitucional da vinculação dos poderes públicos, inclusive da Administração, aos direitos fundamentais, passou-se a justificar essas relações de sujeição, em que existe uma certa restrição do exercício de certos direitos fundamentais, como limites imanentes: essas restrições já estariam contidas na própria configuração do direito fundamental efetuada pelo legislador constituinte, tendo em vista a consecução de fins igualmente protegidos pela Constituição (NOVAISa, p. 517, 2003).

Entretanto, como observa NOVAISa (2003), isso importaria em conceder aos poderes públicos, designadamente à Administração, uma margem praticamente incontrolável de intervenção no exercício dos direitos fundamentais pelos cidadãos (p. 519)

Atualmente, é predominante a doutrina de que as pessoas, inseridas em uma relação especial de sujeição, têm restringidos os seus direitos fundamentais na medida em que essa restrição seja indispensável para

o atendimento dos fins da instituição a que estão vinculadas. Assim admite-se, para salvaguarda da disciplina e da hierarquia, que militares tenham restringida sua liberdade de expressão política mas, em princípio, não podem ter restringida a sua liberdade de expressão artística. Por outro lado, os detentos podem ter restringidas as sua liberdade de circulação e de comunicação, mas não se admite nenhuma restrição à sua integridade física, nem à sua liberdade religiosa, por exemplo.

Por outro lado, essas restrições devem ter fundamento na Constituição e devem ser previstas em lei. Assim, por exemplo, a Lei nº 8.112 (Regime Jurídico dos Servidores Cíveis da União), de 11 de dezembro de 1990, estabelece como dever do servidor guardar sigilo sobre assunto da repartição (art. 116, VIII), proibindo-lhe promover manifestação de apreço ou desapeço no recinto da repartição (art. 117, V), participar da gerência ou administração de empresa privada, de sociedade civil, ou exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário (art. 117, X), atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes, até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro (art. 117, XI) e exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho (art. 117, XVIII). Faltando lei sobre o assunto, há que se recorrer aos princípios da concordância prática e da ponderação entre os direitos afetados e os valores constitucionais que inspiram a relação especial (MENDES, 2007, p. 282).

No Brasil, apesar do sistema diferenciado de reservas de lei, previsto na Constituição de 1988, há autores que defendem a necessidade e constitucionalidade das restrições não previstas expressamente na Constituição.

De acordo com MENDES (2007, p. 304), essa possibilidade estaria fundamentada na cláusula de reserva subsidiária, contida no art. 5º, II, da Constituição. Entretanto, segundo GAVARA DE CARA (citado por MENDES), essa restrição deverá ser justificada pela proteção de direitos

fundamentais de terceiros ou de outros princípios constitucionais da mesma hierarquia.

FREITAS (2007) fundamenta a possibilidade de os direitos fundamentais serem restringidos, mesmo sem reserva legal, em dois argumentos:

- (I) a necessidade de se solucionarem colisões entre direitos fundamentais ou entre estes e bens constitucionalmente protegidos;
- (II) o dever de o legislador ordinário proteger os direitos fundamentais de todos os indivíduos, a fim de que seja garantida a igual liberdade de todos (p. 157 e ss).

Essa parece ter sido a orientação do Supremo Tribunal Federal que considerou plenamente válida a fiscalização da correspondência dos presos pela administração penitenciária (não prevista na Constituição), prevista no art. 41, XV, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), entendendo que a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (HC 70.814, de 01/03/1994).

11.3 Conformação (configuração)

Os direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição, normalmente constam de enunciados abstratos, genéricos – é garantido o direito de propriedade (art. 5º, XXII); é garantido o direito de herança (art. 5º, XXX); conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo [...]; são direitos sociais a educação, a saúde, a

alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, etc (art. 6º).

Cumpra à lei ordinária transformar esses enunciados abstratos e genéricos em normas concretas, passíveis de serem cumpridas, delimitando o seu âmbito normativo – titulares, objeto, conteúdo (condutas protegidas pelo direito fundamental), formas de exercício, limites, prazos, etc..

A isso se dá o nome de conformação (configuração, concretização, densificação, etc). Na conformação, não há, em princípio, uma restrição do direito fundamental, mas uma delimitação de seu conteúdo normativo, isto é, uma definição, mediante a interpretação da norma jusfundamental, do seu âmbito normativo.

A doutrina e a jurisprudência encontram a maior dificuldade para diferenciar, com exatidão, restrição e conformação. Com efeito, não basta dizer-se que restrição é limitação, enquanto conformação é delimitação dos direitos fundamentais.

Partindo da constatação de que restrição e conformação são intervenções do poder público, principalmente do legislador, no direito fundamental, a doutrina e a jurisprudência propõem os dois seguintes pontos para diferenciar conformação e restrição:

- (i) conformação significa dar forma concreta ao direito fundamental, cuja norma constitucional assecuratória é extremamente abstrata: propriedade, matrimônio, herança, associação, etc.
- (ii) sua finalidade não é restringir o exercício de um direito, mas torná-lo exercitável, na medida em que define o seu âmbito normativo: titulares, objeto, conteúdo, forma de exercício, etc.

Em assim sendo, podem-se dar as seguintes definições de conformação (configuração): Conformações de direitos fundamentais são

normas que têm por finalidade explicitar e/ou regulamentar o exercício de um determinado direito.

Ou, na definição de FARIAS (2004), **todas as formas de intervenção legislativa que não diminuam ou restringem o âmbito de proteção de direitos fundamentais, isto é, as espécies de regulamentação que fortalecem, concretizam ou densifiquem o conteúdo dos direitos fundamentais (p. 40).**

Há uma reserva legal, no sentido de que somente o legislador ordinário pode baixar normas relacionadas ao exercício dos direitos fundamentais, mas estas, em princípio, não visam a restringi-los.

O exemplo clássico de conformação, citado por todas as obras que tratam do assunto, é o do direito de propriedade.

Com efeito, a Constituição, no art. 5º, XXII, diz simplesmente: **é garantido o direito de propriedade.** O conteúdo desse direito, isto é, seu conjunto de direitos e obrigações, foi estabelecido pelo legislador ordinário, através do Código Civil. O mesmo raciocínio se aplica ao disposto no art. 5º, XXX, que também diz simplesmente: **é garantido direito de herança.** O conteúdo desse direito foi estabelecido também pelo legislador ordinário, quando trata das sucessões.

Por outro lado, o legislador constituinte deixou a cargo do legislador ordinário definir as formas de exercício de determinados direitos ou garantias constitucionais. Podem-se citar, como exemplos, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o direito de acesso à justiça.

Outra questão bastante debatida é se o legislador, ao conformar um direito fundamental, pode estabelecer limites ao seu exercício. A doutrina e a jurisprudência têm as seguintes respostas para a questão:

- (I) o legislador ordinário, encarregado pela Constituição de conformar um direito fundamental, não tem plena disponibilidade dele;

- (II) o direito fundamental, a ser conformado, também vincula o legislador que o conforma pelo seu conteúdo essencial;
- (III) a finalidade da conformação é proteger, promover, possibilitar, facilitar o exercício de determinado direito, de forma que qualquer regulação que não tenha esse objetivo não é conformação, mas pode ser restrição.

11.4 Requisitos para a limitação dos direitos fundamentais

CAMAZANO (2004) divide os requisitos para a limitação dos direitos fundamentais em duas categorias: formais e materiais.

11.4.1 Requisitos formais

a) Reserva de lei

Os direitos fundamentais são garantidos pela Constituição contra as investidas dos poderes constituídos pela:

- (a) garantia do conteúdo essencial, dirigida contra as investidas das assembleias democráticas; e
- (b) garantia da reserva de lei dirigida contra as investidas da Administração Pública.

A garantia da reserva de lei faz parte do princípio da legalidade.

Tradicionalmente, o princípio da legalidade compreende o princípio da supremacia da lei e o princípio da reserva de lei.

O princípio da supremacia da lei diz respeito à dimensão hierárquica – a lei, emanada do Poder Legislativo, representante da soberania popular, é superior a qualquer norma jurídica emanada dos outros poderes constituídos – Poder Executivo e Poder Judiciário.

O princípio da reserva de lei diz respeito à sua dimensão temporal – a lei precede a qualquer norma emanada de outros poderes constituídos na regulamentação de certas matérias. No caso específico, na regulamentação dos direitos fundamentais.

Esse princípio surgiu ainda no Antigo Regime e visava a restringir o poder legiferante do monarca. Inicialmente aplicava-se em matéria tributária (Magna Charta de 1215 e Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Em seguida, a doutrina alemã estendeu essa proteção às liberdades e ao direito de propriedade e, atualmente, a doutrina a transformou em uma garantia geral, estendendo-a a todos os direitos (SANCHIS, p. 167/9, 1990).

Inexiste, na Constituição de 1988, um dispositivo geral determinando a reserva de lei, como o art. 53.1 da Constituição espanhola. A Constituição brasileira preferiu especificar cada caso de reserva de lei.

Muito se discutiu na doutrina se uma restrição a direito fundamental poderia ser efetivada através de medida provisória. Parte da doutrina sustentava que a medida provisória poderia conter restrição a direitos fundamentais, argumentando que esse tipo de ato normativo poderia versar sobre todos os assuntos objetos de lei. Mesmo após a edição da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, ainda continua a discussão, tendo em vista que o assunto em pauta não consta do catálogo de matérias insuscetíveis de serem normatizadas através de medida provisória. No entanto, grande parte da doutrina, atualmente, entende que, tendo em vista o disposto no art. 68, & 1º, II, a regulação dos direitos fundamentais é da competência exclusiva do Poder Legislativo.

b) Proibição de leis restritivas particulares

Esta proibição consta do art. 19 da Lei Fundamental alemã de 1949, bem como do art. 18.3 da Constituição Portuguesa de 1974.

A Constituição de 1988 não contém regra semelhante, mas tanto a doutrina quanto a jurisprudência nacionais entendem que as leis limitadoras dos direitos fundamentais devem revestir caráter geral.

c) Especificação do direito fundamental a ser limitado

Consta do art. 19.1 da Lei Fundamental alemã de 1949; a Constituição de 1988 não contém regra semelhante.

No entanto, é comum a opinião de que as leis restritivas de direitos fundamentais não devem ter caráter genérico, devendo especificar o direito fundamental a ser limitado, bem como o dispositivo constitucional que o prevê.

11.4.2 Requisitos materiais

São os chamados limites dos limites. O princípio da reserva de lei, para a limitação dos direitos fundamentais, não é uma novidade da Lei Fundamental alemã de 1949. Já constava da Constituição alemã de Weimar de 1919. No entanto, o constituinte alemão de 1919 não estabeleceu limites para a atividade limitadora do legislador ordinário. E foi justamente isso que permitiu que este, utilizando-se da lei, esvaziasse os direitos fundamentais de seu conteúdo essencial, com as consequências já conhecidas de todos (CAMAZANO, 2004, p. 198).

A Lei Fundamental alemã de 1949 previu um desses limites à atividade limitadora do legislador ordinário, com a garantia do conteúdo essencial, e o Tribunal Constitucional Federal alemão desenvolveu um outro - o princípio da proporcionalidade.

a) Garantia do conteúdo essencial

Consta do art. 19.2 da Lei Fundamental alemã, nos seguintes termos: **Em nenhum caso pode um direito fundamental ser afetado em seu conteúdo essencial.**

Também a Constituição portuguesa de 1976 prevê a garantia do conteúdo essencial em seu art.18.3: **As leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.**

Por sua vez, a Constituição espanhola de 1978 determina no art. 53.1: [...]. **Só por meio de lei, que em todo caso deverá respeitar seu conteúdo essencial, poderá regular-se o exercício de tais direitos e liberdades.**

Embora a Constituição brasileira de 1988 não contenha nenhuma disposição desse teor, a doutrina não tem dúvidas de que esta garantia tem vigência no Brasil, como limite às leis restritivas dos direitos fundamentais.

Normalmente, os direitos fundamentais são apenas declarados nas Constituições; estas, na maioria dos casos, apenas estabelecem o seu regime em linhas gerais.

Por isso, é imprescindível a atuação do legislador ordinário na conformação desses direitos, isto é, no estabelecimento do seu regime jurídico concreto.

Dessa intervenção do legislador ordinário normalmente resulta uma tensão entre os valores e finalidades adotadas pelo Poder Constituinte originário, quando da feitura da Constituição, e os valores e finalidades do Poder Legislativo ordinário do momento e das maiorias que o elegeram.

A Constituição atribui ao legislador ordinário a competência para conformar os direitos fundamentais, estabelecendo o seu regime jurídico concreto e operacional, inclusive limitando-o ou restringindo-o, mas, por outro lado, através da garantia do conteúdo essencial, torna mais rigorosa a sua vinculação a esses direitos. Isto é, a sistematização do regime jurídico desses direitos não pode atingir o seu conteúdo essencial.

Aliás, de acordo com os ensinamentos de SANCHIS (1990), cumpre não confundir a garantia do conteúdo essencial com o princípio da proporcionalidade.

O legislador, quando chamado a tomar medidas para salvaguardar a ordem e a segurança públicas, pode limitar bens constitucionais e direitos fundamentais. No caso dos primeiros, ele pode justificar a limitação argumentando que não se trata de medida arbitrária e desproporcional. Já no caso dos direitos fundamentais, ele terá de provar, além disso, que a medida não vulnera o conteúdo essencial de nenhum direito fundamental.

A questão está em definir conteúdo essencial.

Para SANCHIS (1990), fundando-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, o conteúdo essencial de um direito fundamental é composto daquelas faculdades ou possibilidades de atuação, necessárias para que o direito seja reconhecível como pertinente ao tipo e sem as quais deixa de pertencer a esse tipo e tem que passar a ficar compreendido em outro, desnaturando-se por assim dizer (p. 143).

É o chamado conteúdo mínimo: aqueles elementos mínimos que tornam o direito reconhecível, que impedem seu desaparecimento ou transformação em outra coisa (SANCHIS, 1990, p.143)

Entretanto, consoante o mesmo autor baseado na jurisprudência do mesmo tribunal, às vezes não basta recorrer-se apenas à Constituição, para definir-se o conteúdo essencial de um direito. Já se viu que, normalmente, ela apenas o declara de forma geral. Na definição do conteúdo essencial, tem-se de indagar sobre os conceitos jurídicos tradicionais e atender às ideias e convicções tradicionais nos meios jurídicos (p. 143).

E acrescenta SANCHIS (1990): inexistente um conteúdo essencial genérico de todos os direitos fundamentais, mas há um conteúdo essencial específico de cada um deles (p.142).

b) Princípio da proporcionalidade

Como se viu mais acima, a Constituição, muitas vezes, delega ao legislador ordinário competência para impor restrições a alguns direitos fundamentais, com o fim de compatibilizar o seu exercício com o exercício dos direitos individuais de outras pessoas ou com bens constitucionalmente protegidos.

No entanto, essa competência do legislador ordinário não autoriza restrições desproporcionais que tenderiam a esvaziar os direitos individuais assegurados pela Constituição. A moderna doutrina do Direito Constitucional é unânime em afirmar que, além da autorização constitucional (reserva legal), a restrição deve ser proporcional – reserva legal proporcional (BARROS, 2003, p. 96; MENDESa, p. 321, 2007).

A doutrina da proporcionalidade teve sua origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, para quem o princípio da proporcionalidade resultaria da própria substância dos direitos fundamentais e, por isso, embora não positivado em texto constitucional, possui **status** constitucional.

De acordo com a formulação do Tribunal Constitucional alemão, a limitação constitucional só pode chegar até onde resulte apropriada, necessária e proporcional em sentido estrito, tendo em vista a consecução de um fim justificável de interesse público formulado pela lei limitadora (BÖCKENFÖRDE, 1998, p. 102).

Na formulação do Tribunal Constitucional Federal alemão, o princípio da proporcionalidade compreende, por sua vez, três sub-princípios: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade propriamente dita.

• Adequação (idoneidade)

O sub-princípio da adequação exige que toda restrição aos direitos fundamentais seja idônea para o atendimento de um fim

constitucionalmente legítimo (BARROS, p. 78, 2003; PEREIRA, p. 324, 2006).

No exame da adequação, o Judiciário procura averiguar se existe uma relação de causalidade entre o meio utilizado e o fim desejado pelo Poder Público. Meio adequado é meio idôneo, apto para provocar o resultado almejado (ÁVILA, p. 116, 2005).

Entretanto, a doutrina sustenta que um meio é idôneo não somente quando se mostre plenamente eficaz no atendimento do fim visado pela restrição, mas também quando permita uma aproximação sensível, ainda que parcelar, desse fim (NOVAISa, 2003, p. 738).

Ainda de acordo com a doutrina, a adequação pressupõe logicamente que os meios e os fins sejam legítimos; não há meio e fim adequados que sejam constitucional e juridicamente ilegítimos.

Muito embora a expressão fins legítimos tenha um sentido geral e indeterminado, NOVAIS (2003, p. 738) entende por fins legítimos: (i) os fins pré-fixados para o legislador ordinário na Constituição; (ii) o devido reconhecimento e respeito aos direitos e às liberdades de outrem, bem como a satisfação às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática (Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948, art. 29).

De acordo com PEREIRA (2006), o exame da adequação ou da idoneidade da medida restritiva para atingir do objetivo visado pela lei implica em:

1. identificar o fim buscado pela lei restritiva;
2. verificar se o fim buscado pela lei restritiva é constitucionalmente legítimo;
3. determinar se o meio, utilizado pela lei restritiva, é idôneo ou apto para o atendimento do fim buscado.

A verificação de se o fim visado pela lei restritiva é legítimo levanta duas questões:

- (I) se são legítimos apenas fins expressamente autorizados pela Constituição;
- (II) se são legítimos os fins não proibidos expressa ou implicitamente pela Constituição.

A afirmação de que são legítimos apenas os fins autorizados ou previstos pela Constituição implica em que os direitos fundamentais só podem ser restringidos por outros direitos fundamentais, e não para atender a necessidades de **status** infraconstitucional. Essa é uma tese sustentada, por exemplo, por DWORKIN (1978), ao fazer a contraposição entre princípios (**principles**) e políticas (**policies**). Já uma outra corrente sustenta que são legítimos todos os fins não proibidos expressa ou implicitamente pela Constituição. Esta é uma posição mais consentânea com o princípio democrático, ao reconhecer ao legislador ordinário competência para definir objetivos e finalidades para a coletividade, podendo, com isso, restringir os direitos fundamentais de acordo com as necessidades (PEREIRA, 2006, p. 325/6).

Cabe, ainda:

- (I) determinar se a medida restritiva, adotada pela lei, é meio idôneo ou apto para o atendimento do fim almejado, se existe uma relação de causalidade entre o meio empregado pela lei e o fim por ela visado;
- (II) identificar se existem outros meios igualmente ou mais aptos para o atingimento do objetivo visado.

Nesse quesito, a doutrina faz a distinção entre idoneidade qualitativa e idoneidade quantitativa. Uma medida é adequada/idônea, do ponto de vista qualitativo, quando, por sua própria natureza, é apta para o atendimento do objetivo colimado. Do ponto de vista quantitativo, uma medida pode ser mais ou menos apta para a realização do fim desejado. E, para se chegar à conclusão de que um meio é mais ou menos

idôneo, tem-se de atribuir, a cada um, um coeficiente de idoneidade (PEREIRA, 2006, p.326/7).

Ainda dentro da classificação quantitativa, há quem faça referência a uma concepção forte da idoneidade e a uma concepção fraca da idoneidade.

De acordo com a concepção forte, uma medida é adequada/idônea se constitui um meio totalmente adequado para a realização do fim visado pela lei restritiva. Já os defensores da concepção fraca da idoneidade entendem que uma medida é idônea se, de algum modo, contribui para a consecução do fim visado (PEREIRA, 2006, p. 329).

Há, finalmente, no que concerne à idoneidade, o aspecto temporal (uma medida contribui com maior ou menor rapidez para o atendimento do fim) e o aspecto de probabilidade (um meio tem maior ou menor probabilidade de atingir o fim).

E entra aqui um aspecto importante do controle da adequação do meio para a prossecução do fim visado pela lei restritiva: o da prognose do legislador ordinário. Uma parte da doutrina entende que a inadequação da medida deve ser examinada no momento da edição da lei restritiva, levando-se em conta os conhecimentos técnicos de que dispunha o legislador ordinário na época; outra parte entende que o exame da adequação deve ser feito no momento do controle judicial: uma medida, considerada adequada no momento da edição da lei restritiva, poderia ser considerada inadequada tempos depois, levando-se em conta os progressos da ciência e da tecnologia (PEREIRA, 2006, 330/1).

• **Necessidade/exibibilidade**

É também chamado de princípio da indispensabilidade, do meio menos restritivo, da intervenção mais restringida possível, de direito à menor desvantagem possível, sendo que a doutrina nacional prefere denominá-lo sub-princípio da necessidade (PEREIRA, 2006, p. 338).

Tem por conteúdo a noção de que, dentre as várias medidas restritivas de direitos fundamentais igualmente aptas para atingir o fim perseguido, a Constituição impõe que o legislador opte por aquela menos lesiva para os direitos (PEREIRA, 2006, p. 337).

De acordo com PEREIRA (2006), tal sub-princípio guarda semelhança com o princípio da proibição de excesso, impondo uma análise comparativa entre os diversos meios que podem auxiliar no atendimento à finalidade buscada, a fim de que se eleja aquele que for menos gravoso para o direito afetado (p. 337).

Essa análise compreende duas fases:

1. Identificar os meios igualmente idôneos para o atingimento do fim almejado pela lei restritiva;
2. Verificar qual desses meios é o menos oneroso para o direito fundamental em causa (PEREIRA, 2006, p. 339)

CANOTILHO (1999, p. 264) e NOVAISa (2003, p. 741) sustentam que a onerosidade da medida restritiva deve ser examinada sob os aspectos material, temporal, espacial e pessoal. Do ponto de vista material, tem-se de examinar a intensidade da restrição ao direito fundamental. Tem-se ainda de examinar a incidência da restrição no tempo e no espaço, destacando-se a necessidade de que esta opere pelo menor prazo e no âmbito mais restrito possível. Com relação ao aspecto pessoal, procura-se identificar ou quantificar o número de pessoas atingidas, levando-se em conta a exigência de que a medida afete apenas as pessoas cujos interesses devem ser sacrificados.

• **Proporcionalidade propriamente dita**

Finalmente, integra a proporcionalidade, de acordo com a construção do Tribunal Constitucional alemão, o sub-princípio da proporcionalidade propriamente dita.

Para NOVAISa (2003), proporcionalidade aqui é identificada com ponderação (p.753). Mas não se trata da efetuada pelo legislador e pela Administração. Ali, antes de se tomar a medida restritiva, verifica-se qual dos dois bens – o interesse individual ou o interesse da comunidade - tem o maior peso. E se, de acordo com a ponderação do legislador ordinário ou da Administração, o bem de maior peso for o interesse da sociedade, restringe-se a liberdade individual. Aqui, após baixada a medida restritiva, o juiz pondera, valora, compara a gravidade do sacrifício, imposto pela medida, com a importância do benefício para sociedade que com ela se alcançou. Isto é, verifica se há uma relação de equilíbrio entre o sacrifício imposto pela medida restritiva e o benefício auferido pela comunidade. Ou, em outras palavras, verifica se a medida foi justa, razoável, na justa medida, etc.

No caso, aplica-se a lei geral de ponderação, formulada por ALEXY (2002): **quanto maior for o grau de não- satisfação ou de afetação de um dos princípios, maior deverá ser a importância da satisfação do outro (p. 161).**

De acordo com PEREIRA (2006), essa ponderação compreende três fases:

1. Identificar a intensidade da restrição ao direito fundamental;
2. Verificar a importância da realização do fim visado pela lei restritiva;
3. Verificar se a importância do fim perseguido pela lei é apta a justificar a restrição ao direito fundamental (p. 346).

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

12.1 Considerações gerais

O problema da eficácia das normas constitucionais surge com a primeira Carta, a Constituição americana de 1789. Naquele país, a doutrina classificava as normas constitucionais em **self-executing provisions** e **not self-executing provisions**.

Essa classificação foi importada por RUI BARBOSA, que a aplicou às normas da Constituição de 1891, traduzindo a expressão **self-executing provisions** por **normas autoexecutáveis** e a expressão **not self-executing provisions** por **normas não autoexecutáveis**. Posteriormente, apareceram várias outras classificações, sendo citadas, no presente trabalho, as de MEIRELLES TEIXEIRA, SILVA e BARROSO.

Todas essas classificações têm um aspecto comum: consideram as normas constitucionais como regras. No entanto, a partir dos estudos de DWORKIN e de ALEXY, apareceu, na doutrina, a tendência doutrinária de considerar as Constituições modernas, inclusive sua declaração de direitos, um sistema misto de princípios e regras.

Em vista disso e por uma questão de clareza, considerou-se importante iniciar o presente capítulo com uma exposição sobre as diferenças entre princípios e regras.

12.2 A estrutura das normas definidoras de direitos fundamentais

Atualmente, a doutrina divide as normas constitucionais em regras e princípios. Essa distinção se aplica principalmente às normas definidoras de direitos fundamentais.

Consoante os ensinamentos de ALEXY (2002), a distinção entre regras e princípios constitui, [...], **o marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais. [...] é um dos pilares fundamentais do edifício da teoria dos direitos fundamentais** (p. 81/2).

Ainda de acordo com o citado autor, não poucas vezes os direitos fundamentais são chamados ora de princípios ora de regras.

A distinção dos direitos fundamentais como princípios ou como regras tem repercussões importantes na solução dos problemas referentes à sua interpretação, às suas restrições, bem como sobre o problema da interpretação da Constituição pelos Tribunais (PEREIRA, p. 122, 2006).

Há, na doutrina, uma distinção forte e uma distinção fraca entre princípios e regras.

12.2.1 Distinção forte entre princípios e regras.

DWORKIN e ALEXY são os principais formuladores e defensores da distinção forte entre princípios e regras. DWORKIN (1978) procura se contrapor ao positivismo, principalmente na versão de HART. De acordo com ele, o positivismo tem algumas proposições básicas:

- A lei de uma comunidade é um conjunto de regras por ela usado direta ou indiretamente com a finalidade de determinar que comportamento será punido ou imposto pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas por critérios especiais, por testes que não têm nada a ver com o seu conteúdo, mas com o seu **pedigree** ou a maneira como foram adotadas ou desenvolvidas. Esses testes de **pedigree** podem ser usados para distinguir as normas legais válidas das normas legais espúrias [...] e também de outros tipos de regras sociais – regras morais, que a comunidade segue, mas não reforça através do poder público.

- O conjunto dessas regras válidas é toda a lei, de tal modo que, se o caso de alguém não estiver claramente coberto por uma sua regra [...], então esse caso não poderá ser decidido aplicando-se a lei. Pode ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, exercendo sua discricção, o que significa ir além da lei por um outro tipo de padrão para guiá-lo na elaboração de uma nova regra legal ou para suplementar uma velha.
- Dizer que alguém tem uma obrigação legal é dizer que o seu caso está regulado por uma regra legal válida que lhe determina fazer ou evitar fazer algo (dizer que ele tem um direito legal, ou tem um poder legal de algum tipo, ou um privilégio ou uma imunidade legal, é afirmar, de forma resumida, que os outros têm reais ou hipotéticas obrigações legais de agir ou de não agir de uma certa maneira em relação a ele). Na ausência de uma tal regra legal, não há obrigação legal ... (p.17).

DWORKIN ataca essas posições do positivismo, principalmente as de HART, ao afirmar que “quando advogados raciocinam ou discutem sobre direitos ou obrigações legais, principalmente nos casos difíceis, quando nossos problemas com esses conceitos parecem muito mais agudos, eles fazem uso de padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente como princípios, políticas e outros tipos de padrões (p. 22).

DWORKIN define política como uma espécie de padrão (**standard**) que estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (p. 22).

Já princípio, de acordo com o mesmo autor, é um padrão que deve ser observado não porque melhorará ou assegurará uma situação

econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou de equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade (p. 22).

Para DWORKIN, a diferença entre princípios e regras é lógica. Ambos conjuntos de padrões indicam uma decisão particular sobre uma obrigação legal em circunstâncias particulares, mas diferem no tipo de direção que dão. As regras são aplicáveis na maneira do tudo ou nada (**all or nothing**). Se os fatos que a regra estipula ocorrem, então ou a regra é válida (e, nesse caso, a resposta que ela dá deve ser aceita), ou não é válida e, nesse caso, não contribui em nada para a decisão (p. 24).

Os princípios, ao contrário, não funcionam dessa maneira. Mesmo aqueles que se assemelham a regras, não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente, se ocorrerem os fatos neles previstos (p. 25).

Um princípio como **nenhum homem pode beneficiar-se de seu próprio erro** enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção. Por exemplo, o indivíduo que ocupa indevidamente imóvel alheio comete ato ilícito. Em princípio, não deveria beneficiar-se disso. Mas pode haver outros argumentos que podem argumentar em outra direção. Se o ocupa por muito tempo, sem nenhuma manifestação contrária do proprietário, o princípio da segurança jurídica pode funcionar em seu favor, dando-lhe direito a requerer o título de proprietário.

O princípio não prevaleceu neste caso, mas poderá prevalecer em outro, quando o legítimo proprietário percebe imediatamente a invasão e requer judicialmente a desocupação de seu imóvel (p. 26).

Há outra diferença, decorrente da primeira: os princípios têm uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se entrecruzam (liberdade de expressão e direito à privacidade, por exemplo), quem deve resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um (p. 26).

As regras não têm essa dimensão. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão sobre qual delas é válida ou sobre qual delas deve ser abandonada ou reformulada deve ser tomada apelando para considerações externas às próprias regras. Um sistema legal regula tais conflitos através de outras regras – **lex superior derogat legi inferiori, lex posterior derogat legi anteriori, lex specialis derogat legi generali** (p. 27).

Tratando do mesmo assunto, ALEXY (2002), faz esta distinção entre princípios e regras:

- **Tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser.** Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas do comando, da permissão e da proibição (p. 83).
- Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. São, portanto, **comandos de otimização**, que se caracterizam pelo fato de que podem ser cumpridos em grau diferente e que a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos (p. 86).
- Já as regras são normas que podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. As regras são **comandos de definição** (p. 99).
- A distinção entre regras e princípios se mostra claramente nas colisões de princípios e nos conflitos das regras. Comum às colisões de princípios e aos conflitos de regras é o fato de que duas normas, aplicadas independentemente, conduzem a resultados incompatíveis, isto é, a dois juízos de dever-ser contraditórios. Diferenciam-se na forma como o conflito é solucionado (p. 87).

- Um conflito entre regras só pode ser solucionado, ou introduzindo, em uma das regras, uma cláusula de exceção, que elimina o conflito, ou declarando inválida, pelo menos, uma das regras (p. 88).
- As colisões de princípios devem ser solucionadas de maneira totalmente diferente. Quando dois princípios colidem, um dos princípios tem de ceder ao outro. Porém, isso não significa declarar inválido o princípio deslocado, nem que se tenha de introduzir nele uma exceção. O que ocorre é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios tem precedência sobre o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira diferente. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm peso diferente e que tem precedência o princípio de maior peso (p. 89)
- Os conflitos de regras ocorrem na dimensão da validade; os conflitos de princípios – como só podem colidir princípios válidos – têm lugar para além da validade, na dimensão do peso (p. 89).

12.2.2 Distinção fraca entre princípios e regras.

De acordo com os positivistas, a diferença entre princípios e regras não é lógica, mas simplesmente quantitativa.

Os defensores dessa posição apresentam vários critérios para distinguir os princípios das regras.

O primeiro e mais importante dos critérios é o da generalidade: os princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alto, enquanto as normas têm um grau de generalidade relativamente baixo.

Representativa dessa orientação é a posição de BOBBIO^b (1999): **Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais (p. 158).**

Entretanto, há outros critérios distintivos dentro da posição fraca: a determinabilidade dos casos de aplicação, o caráter explícito do conteúdo valorativo, a referência à ideia de direito, a importância para o ordenamento jurídico (ALEXY, 2002, p. 84).

12.3 A eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, enquanto regras

Como se verá a seguir, na maioria das classificações das normas constitucionais, no que se refere à sua eficácia, estas são consideradas regras constitucionais. É como regras constitucionais que as consideram as classificações de RUI BARBOSA, TEIXEIRA, SILVA, BARROSO.

12.3.1 Classificação clássica

A mais tradicional classificação das normas constitucionais, quanto à eficácia, veio da doutrina e jurisprudência americanas e foi introduzida no Brasil por RUI BARBOSA.

De acordo com essa doutrina, as normas constitucionais, no que se refere à sua eficácia, se dividem em:

- a) **SELF-EXECUTING (SELF- ENFORCING, SELF-ACTING) PROVISIONS**, que RUI BARBOSA traduziu como **NORMAS CONSTITUCIONAIS AUTOEXECUTÁVEIS** ou **AUTOAPLICÁVEIS**, isto é, normas constitucionais aplicáveis logo após a promulgação da Constituição, porque revestidas de plena eficácia jurídica, porque regulam diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que tratam.

Nas palavras do próprio RUI BARBOSA, normas constitucionais autoexecutáveis (autoaplicáveis) **“são, portanto, as determinações, para executar as quais não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, ou ainda, baixar-se ato legislativo complementar, e aquelas onde o Direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação”**. (apud TEIXEIRA, 1991, p. 300)

Resumindo a doutrina clássica, TEIXEIRA (1991) conclui: **“A norma deverá considerar-se autoexecutável, ou autoaplicável, isto é, de eficácia plena, completa, incidindo desde logo, e diretamente, sobre a matéria que lhe constitui objeto, se não reclamar, para essa aplicação:**

- (1) **nem a designação de órgãos ou autoridades especiais, aos quais incumba especificamente essa execução;**
- (2) **nem a criação de processos especiais de execução;**
- (3) **nem, afinal, a elaboração de novas normas legislativas que lhe completem o alcance e o sentido, que lhe fixem o conteúdo (lei complementar), porque a norma constitucional já se apresenta suficientemente explícita sobre o assunto (p.300/ 301).**

E RUI BARBOSA, seguindo a doutrina e a jurisprudência americanas, cita as seguintes categorias de normas constitucionais que seriam autoaplicáveis, autoexecutáveis:

- as vedações ou proibições constitucionais;
- os princípios constantes das Declarações de Direitos;
- as isenções, imunidades e prerrogativas constitucionais (apud TEIXEIRA, 1991, p. 300).

As vedações ou proibições, porque, nas palavras de RUI BARBOSA, **“Se uma Constituição proíbe formalmente certos e determinados atos, a prática de qualquer deles transgride, ipso facto, o**

preceito constitucional, porquanto a interdição, como interdição, na medida traçada pelos seus termos, é cabal quanto à obrigação, que, juridicamente, estabelece erga omnes, de ser respeitada” (apud TEIXEIRA, 1991, p. 310) .

São exemplos de vedações ou proibições na Constituição de 1988 os artigos 5º, XXXV, XXXVI, XL, XLVII; 19, I, II e III; 150, I, II, III, IV, V, VI; 151; 152.

No que se refere aos direitos fundamentais, ensina RUI BARBOSA:

- a declaração de um direito individual, pela Constituição, importa na imediata aquisição do direito assegurado, e na proibição geral, aos particulares e às autoridades públicas, de o violarem;
- ainda quando o Poder Legislativo não estabelecer medidas especiais em sua defesa, esse direito (...), pela simples razão de existir, encontra nos remédios gerais de Direito comum os meios de se desafrontar, reparar e manter.
- os direitos individuais proclamados nas Constituições não são dependentes da lei para se efetuarem, visto que, sendo o intuito principal dessas declarações constitucionais cercar esses direitos de uma trincheira inacessível ao arbítrio, assim dos Governos, como dos Parlamentos, ficaria totalmente anulada a garantia de que aí se cogita, se tais direitos se não pudessem reivindicar senão estribados em atos legislativos (apud TEIXEIRA, 1991, p. 310-311).

É claro que RUI BARBOSA está- se referindo à Declaração de Direitos da Constituição de 1891.

Finalmente, são autoexecutáveis, autoaplicáveis as normas que tratam de isenções (Const. 1988, arts. 150, VI; 151, II; 155, § 2º)

- b) **NOT SELF-EXECUTING (NOT SELF-ENFORCING, NOT SEL- ACTING) PROVISIONS**, traduzidas por RUI

BARBOSA como **NORMAS CONSTITUCIONAIS NÃO AUTOEXECUTÁVEIS ou NÃO AUTOAPLICÁVEIS**, regras constitucionais que não são revestidas de plena eficácia, porque têm a aplicabilidade dependente de concretização do legislador ordinário.

O mesmo RUI BARBOSA, tratando das normas constitucionais não autoexecutáveis (não autoaplicáveis), esclarece: “**não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos que outorgam, ou os encargos que impõem; estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem**” (apud SARLET, 2003, p. 227).

Essa classificação das normas constitucionais vigorou, no Brasil, até a década de 60. PONTES DE MIRANDA a utilizou, traduzindo **SELF-EXECUTING PROVISIONS** e **NOT SELF-EXECUTING PROVISION** por **NORMAS CONSTITUCIONAIS BASTANTES EM SI MESMAS** e **NORMAS CONSTITUCIONAIS NÃO BASTANTES EM SI MESMAS**.

12.3.2 Classificação de Teixeira (1991)

Esse esquema classificatório das normas constitucionais foi duramente criticado a partir da década de 50, por manifestamente incompatível com o caráter social e programático de nossas Constituições, desde 1934.

TEIXEIRA fez as seguintes críticas à classificação clássica:

1. “As expressões autoaplicável, autoexecutável dão a entender que certas normas, às quais se atribui essa qualidade, possam desde logo produzir por si mesmas, em sua aplicação, todos os efeitos possíveis, exaurindo-se numa plenitude de execução imediata. Ora, isso nem sempre ocorre, pois normas existem aplicáveis, isto é, com plena eficácia jurídica, mas que, não obstante, serão sempre suscetíveis de novos

desenvolvimentos, novas aplicações à realidade político-social, pelas leis ordinárias.

2. Inversamente, as expressões não autoaplicáveis e não autoexecutáveis podem sugerir, aos menos avisados, que das disposições constitucionais, assim catalogadas, nada se execute ou melhor, que tais disposições não produzem efeito algum, apresentem-se de eficácia jurídica absolutamente nula, o que também constituiria grave equívoco, porque o que sempre ocorre, na realidade, é uma aplicabilidade limitada, uma eficácia relativa, parcial [...]” (p.313).

Em vista disso, TEIXEIRA propõe a seguinte classificação das normas constitucionais, quanto à sua eficácia:

- a) **NORMAS DE EFICÁCIA PLENA** – “aquelas normas que produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os seus efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto”. (p. 317)
- b) **NORMAS DE EFICÁCIA LIMITADA OU REDUZIDA** – “aquelas normas que não produzem, logo ao serem promulgadas, todos os seus efeitos essenciais, porque não se estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso suficiente, deixando total ou parcialmente, essa tarefa ao legislador ordinário” (TEIXEIRA, p. 317)

Ainda segundo o mesmo autor, essas normas fazem, geralmente, referência à lei ordinária, através de fórmulas consagradas como a lei estabelecerá, a lei regulará, a lei especificará, na forma da lei, nas condições que a lei estabelecer etc. (p. 303).

Ainda segundo TEIXEIRA (1991), as normas constitucionais de eficácia limitada subdividem-se em:

a) Normas programáticas

“Normas que, ao invés de regularem, desde o primeiro momento, de modo direto e imediato, determinadas relações e situações (às quais, entretanto, se referem), regulam comportamentos públicos destinados por sua vez a incidir sobre ditas matérias, isto é, estabelecem que os agentes governamentais deverão e poderão fazer (e, inversamente, o que não poderão fazer) relativamente a determinadas matérias (324)”. “Normas com as quais um programa de ação é assumido pelo Estado e assinalado a seus órgãos – legislativos, de direção política e administrativos – como um programa, que também a estes incumbe a obrigação de realizar nos modos e pelas normas de suas respectivas atividades” (324).

De acordo com TEIXEIRA (1991), “o objeto das normas programáticas, isto é, a matéria de que se ocupam, é de natureza essencialmente ético-social, representando justamente o aspecto hoje denominado social das modernas Constituições: problemas de justiça social; melhor distribuição da riqueza, justiça na tributação, combate aos abusos do poder econômico, intervenção do Estado na ordem econômica; função social da propriedade privada, regulamentação das grandes empresas, especialmente as concessionárias de serviços públicos, proteção aos trabalhadores, sob vários aspectos, amparo às famílias numerosas, e à família em geral; combate à ignorância, ao analfabetismo; estímulo à difusão da cultura e das artes em geral; prestações positivas do Estado que deverá organizar-se no sentido de oferecer a todos trabalho, escolas, proteção à saúde, à maternidade, à infância, à velhice desamparada, etc.” (p. 328)

b) Normas de legislação

As normas de legislação, de acordo com TEIXEIRA (1991), “como sucede com as normas programáticas, também necessitam do auxílio das normas ordinárias complementares para desenvolver sua eficácia essencial” (p. 330).

Com efeito, a Constituição lança os lineamentos básicos de certas organizações e procedimentos – Tribunal de Contas da União (arts. 71-73), Ministério Público (arts. 127, 128, 129, 130-A), responsabilidade do Presidente da

República (arts. 85, 86), sufrágio universal (art. 14), representação proporcional (art. 45, § 1º), etc. “Mas a plenitude de seus efeitos, relativamente a todas essas matérias, só é atingida através das leis complementares, daquilo que se denomina a integração da Constituição” (p. 330).

O que distingue uma norma constitucional de legislação de uma norma constitucional programática?

TEIXEIRA (1991) enumera três traços distintivos:

- “o conteúdo das normas de legislação consiste, geralmente, em matéria de organização ou de liberdade ou com elas relacionado, ao passo que o das normas programáticas consiste em matéria de natureza ético-social;
- estas normas de legislação, dado o seu próprio conteúdo, em geral, não refletem nenhum choque de interesses e de ideologias, nenhum compromisso, como as normas programáticas, e apenas deixam de produzir desde logo todos os seus efeitos por uma razão instrumental ou de técnica, [...]” (p. 330/1)

Problema de máxima importância para a doutrina e para a aplicação das normas constitucionais de eficácia limitada (programáticas e de legislação) consiste em determinar o seu grau de eficácia;

Com efeito, já está completamente abandonada a concepção clássica de que essas normas são não autoaplicáveis, não autoexecutáveis, no

sentido de que não teriam nenhuma eficácia jurídica. Para a moderna doutrina do Direito Constitucional, inexistem normas constitucionais completamente destituídas de eficácia jurídica; há normas constitucionais com maior ou menor grau de eficácia, com maior ou menor grau de densidade normativa.

O problema que se coloca atualmente, para a doutrina do Direito Constitucional, está em determinar esse grau de normatividade das normas constitucionais de eficácia limitada. É um problema que diz respeito principalmente às normas programáticas, porque as normas de legislação, em vista de sua falta de conteúdo ético-social, não têm apresentado maiores problemas.

De conformidade com os ensinamentos de TEIXEIRA (1991), as normas de eficácia limitada, principalmente as programáticas, produzem imediatamente os seguintes efeitos jurídicos:

I) mandato ao legislador ordinário

“Toda norma de eficácia limitada constitui-se, desde logo, implícita ou explicitamente, numa preceptividade dirigida ao legislador ordinário, numa ordem ou mandato para que legisle para certo fim, ou num certo sentido” (p. 334);

Embora TEIXEIRA (1991) não cite, porque seu marco de referência é a Constituição de 1946, a Constituição de 1988 criou dois instrumentos processuais para enfrentar a chamada inércia do legislador ordinário (omissão do legislador de baixar a legislação integradora) – ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

II) condicionamento da legislação futura

“Estas normas não só constituem mandatos ao legislador ordinário, para que legisle, mas em regra lhe determinam também que o faça

de certo modo, segundo tais e tais diretrizes, observando tais e tais princípios” (p. 334/5);

III) revogação de leis anteriores incompatíveis;

IV) eficácia interpretativa

É evidente que as finalidades, diretrizes, princípios gerais, critérios, orientações, postos ao legislador ordinário pelas normas programáticas, hão de forçosamente servir de valiosíssimo elemento de interpretação, tanto das demais normas constitucionais (...) como da legislação em geral “ (p. 340);

v) eficácia integradora

“Do mesmo modo que os princípios gerais de Direito, as normas programáticas exercem essa eficácia integradora porque, mesmo que ainda não desenvolvidas em normas ordinárias subordinadas, algumas dessas normas encontram-se já implícitas no seu conteúdo, podendo perfeitamente, portanto, reger situações não expressamente previstas no ordenamento jurídico” (p. 341);

VI) condicionamento da atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário.

12.3.3 Classificação de Silva (1998)

SILVA (1998) segue, em linhas gerais, as concepções de TEIXEIRA (1991), no que concerne ao problema de eficácia das normas constitucionais, mas altera seu modelo classificatório, sugerindo a seguinte classificação das normas constitucionais:

- Normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral;
 - Normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral;
 - Normas de eficácia limitada e aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.
- a) **NORMAS DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE DIRETA, IMEDIATA E INTEGRAL** – não há necessidade de fazer nenhuma consideração acerca desta categoria, visto que SILVA (1998) em nada divergiu dos ensinamentos de TEIXEIRA (1991);
 - b) **NORMAS DE EFICÁCIA CONTIDA E APLICABILIDADE DIRETA, IMEDIATA, MAS POSSIVELMENTE NÃO INTEGRAL** – aqui está a grande novidade introduzida por SILVA (1998) na classificação de TEIXEIRA (1991).

Segundo SILVA (1998), as normas de eficácia contida situam-se, principalmente, mas não exclusivamente, na Declaração de Direitos Fundamentais (arts. 5º, 14 a 17) (p.188).

São normas definidoras dos direitos civis e políticos que, consoante os ensinamentos de RUI BARBOSA, acima citados, e o disposto no art. 5º, § 1º, têm aplicação imediata.

Todavia, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a lei pode restringir o exercício desses direitos, a fim de que outros cidadãos possam gozá-los ou em benefício da coletividade: integridade nacional, segurança nacional, ordem pública, utilidade pública, necessidade pública, interesse social, bons costumes, etc.

Ainda, consoante os ensinamentos de SILVA (1991), esse limite de contenção pode constar:

- do próprio texto da norma constitucional: Art. 5º, IV (é livre a manifestação do pensamento, **sendo vedado o anonimato**); VIII (ninguém será privado de direitos por motivo de crença

religiosa ou de convicção filosófica ou política, **salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação** alternativa, fixada em lei; XVI (todos podem reunir-se **pacificamente, sem armas**, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, **desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local**, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente);

- de outra norma constitucional: Art. 5º, XXII (é garantido o direito de propriedade); XXIII (**a propriedade atenderá a sua função social**).

Os arts. 136, § 1º e 139 prevêem restrições a uma série de direitos individuais e coletivos na vigência, respectivamente, do estado de defesa e do estado de sítio.

- de uma lei futura a ser baixada pelo Poder Legislativo – Art. 5º, XIII (é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, **atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer**).

Às vezes, as duas últimas formas de contenção estão contidas em uma mesma norma constitucional: Art. 5º, 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**)

E ensina SILVA (1998): esta lei que o texto da norma prevê não a transforma em norma de eficácia limitada (como afirmava, por exemplo, TEIXEIRA), não condiciona sua entrada em vigor; esta lei, quando promulgada, colocará limites à sua eficácia. Enquanto não vier, a norma produzirá todos os seus efeitos sem restrições. Assim, no caso do sigilo da comunicação telefônica, o Supremo Tribunal Federal considerou

inconstitucional toda escuta telefônica efetuada antes da promulgação da Lei nº. 9.296, de 24 de julho de 1996.

- c) **NORMAS DE EFICÁCIA LIMITADA E APLICABILIDADE INDIRETA, MEDIATA E REDUZIDA** que, na classificação de SILVA (1998) se subdividem em:

- **NORMAS DECLARATÓRIAS DE PRINCÍPIOS INSTITUTIVOS (denominadas NORMAS DE LEGISLAÇÃO por TEIXEIRA (1991));**

São normas de eficácia limitada, como as programáticas, mas destas se distinguem, por conterem esquemas gerais, um como início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades, pelo que também poderiam chamar-se normas de princípio orgânico ou organizativo (p. 123).

São exemplos: Arts. 33 (A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios); 90, § 2º (A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República), etc.

- **NORMAS DECLARATÓRIAS DE PRINCÍPIOS PROGRAMÁTICOS ou, como as denomina TEIXEIRA, NORMAS PROGRAMÁTICAS.**

“Normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado” (p. 138).

Na mesma linha de pensamento de TEIXEIRA (1991), SILVA (1998) afirma: “essas normas, [...], revelam um compromisso entre as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações populares de

justiça social. Poder-se-ia dizer que as declarações dos direitos fundamentais do homem, do século XVIII, postularam a realização dos valores jurídicos da segurança, da ordem e da certeza, enquanto as declarações constitucionais dos direitos econômicos e sociais pretendem a realização do valor-fim do Estado: a justiça social, que é uma aspiração do nosso tempo, em luta aberta contra as injustiças do individualismo capitalista (p. 145/6).

SILVA subdivide as normas programáticas em:

- **normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade**- Arts. 7º, XI (participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei); 7º, XX (proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei); 216, § 3º (A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais);
- **normas programáticas referidas aos Poderes Públicos** – Art. 21, IX (À União compete – elaborar e executar planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social); 217 (É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não- formais, como direito de cada um);
- **normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral**: 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 ...).

E conclui: “são normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social e existência digna; valorização do trabalho, desenvolvimento econômico; repressão ao abuso do poder econômico; assistência social; intervenção do Estado na ordem econômica; amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura, à ciência e à tecnologia (p. 150/1).

12.3.4 Classificação de Barroso

BARROSO (2000) apresenta a seguinte classificação das normas constitucionais:

a) Normas constitucionais de organização

Nas suas palavras, toda Constituição contém um arcabouço de organização política do Estado, onde se definem a forma do Estado, a forma de Governo, o modo de aquisição e exercício do poder, seus poderes supremos e respectivas atribuições.

“Historicamente, mesmo antes de sua formulação sistematizada em um documento escrito, estes eram os únicos aspectos versados nas leis de natureza constitucional” (p. 95).

b) Normas constitucionais definidoras de direitos

“Além de definirem o exercício do poder político, todas as Constituições modernas definem os direitos fundamentais dos indivíduos submetidos à soberania estatal” (p. 99).

São normas definidoras de direitos as constantes dos arts. 5º a 17, que tratam dos direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos.

c) Normas constitucionais programáticas

São “disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados. Estas normas têm por objeto estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público” (p. 116).

12.4 Eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais enquanto princípios

De acordo com ALEXY (2002), há quem afirme que as normas de direitos fundamentais têm a estrutura de princípios.

PEREIRA (2006) sustenta que essa tese harmoniza-se com a noção – hoje superada, mas que já foi bastante difundida no direito europeu – de que os direitos fundamentais seriam meros comandos programáticos postos à disposição do legislador (p. 124).

O ponto importante nesta concepção está em que, sendo os princípios comandos de otimização, podem ou não ser aplicados, podem ter sua aplicação mais ou menos restringida por outros princípios ou regras contrários, sendo sempre necessária uma ponderação dos interesses em conflito.

É a concepção de E. Von HIPPEL, citada por ALEXY (2002): toda norma de direito fundamental vale só quando e na medida em que ao interesse de liberdade protegido não se opõe nenhum interesse (bem jurídico) de valor superior (p. 116).

12.5 Eficácia das norma definidora das definidoras de direitos fundamentais, enquanto princípios e regras.

Contra essa tese, ALEXY (2002) levanta a objeção de que ela desconhece a realidade da Lei Fundamental da Alemanha, onde os direitos fundamentais estão estruturados sob a forma de princípios e de regras.

Por isso, propõe chamada teoria dos princípios, que preconiza um modelo misto que procura compatibilizar a rigidez do modelo das regras com a flexibilidade do modelo dos princípios. De acordo com esse modelo, os direitos fundamentais assumiriam a forma de princípios

e a forma de regras – as normas de direitos fundamentais teriam uma dupla forma: princípios/regras.

De acordo com LUÑO^b (2007), há três grandes sistemas de positivação constitucional dos direitos fundamentais:

- (I) mediante cláusulas gerais – declarações ou postulados que enunciam genericamente os valores ou princípios básicos (liberdade, igualdade, dignidade humana, etc.), sem explicitar o seu conteúdo;
- (II) através de catálogos de disposições especiais ou casuísticas, que pormenorizam o alcance dos diversos direitos fundamentais;
- (III) através de um sistema misto que, após os enunciados dos grandes princípios ou postulados, formulam detalhadamente, nos artigos do texto constitucional, o catálogo detalhado dos principais direitos fundamentais (p. 58).

A Constituição de 1988 segue um modelo semelhante ao propugnado por ALEXY e por LUÑO:

a) Formula os direitos fundamentais sob a forma de princípios:

- I) **no preâmbulo:** nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...];
- (II) **no caput do art. 5º:** todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à

vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...].

b) Formula os direitos fundamentais sob a dupla forma de princípios e regras.

De acordo com ALEXY (2002), ocorre tal hipótese quando, na formulação da norma jusfundamental, se inclui, expressa ou implicitamente, uma cláusula restritiva referida a princípios e, portanto, sujeita à ponderação.

Teriam essa dupla formulação os direitos fundamentais de liberdade, como os formulados no art. 5º da Constituição de 1988: igualdade, liberdade em seus vários aspectos parcelares (liberdade de pensamento, liberdade de consciência e de crença, liberdade intelectual, artística, científica e de comunicação, liberdade de profissão, etc.), propriedade, etc.

Ainda de acordo com ALEXY (2002), a formulação do direito fundamental como regra teria precedência. Assim, a disposição do art. 5º, IX (**é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença**) seria uma regra e, como tal, um comando definitivo, que deve ser cumprido tal como a norma estabelece. Entretanto, diante das exigências contrapostas por outro ou outros princípios, transforma-se em princípio, isto é, em comando de otimização, que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, admitindo uma ponderação de interesses individuais ou de interesses individuais e coletivos.

c) Positiva os direitos fundamentais como regras

Entretanto, há casos em que o legislador constituinte realiza, ele próprio, as ponderações que julga necessárias e, assim, consagra o

direito fundamental como regra, isto é, como comando definitivo, que deve ser cumprido à risca, não permitindo ao legislador ordinário, nem ao administrador, nem ao juiz efetuar outro tipo de ponderação. É o que se verifica no art. 5º, II (**ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei**); III (**ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante**); XXXV (**a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito**); XXXVII (**não haverá juízo ou tribunal de exceção**); XLVII (**não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; cruéis**); LXII (**não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião**); etc.

Mesmo no catálogo dos direitos sociais, pode-se encontrar norma constitucional como regra, isto é, como comandos definitivos. É o caso do disposto no art. 208, I (**ensino fundamental obrigatório e gratuito [...]**).

Parece que o Supremo Tribunal Federal, mesmo sem elaborar uma doutrina a respeito, segue esse modelo, quando pondera a liberdade de imprensa com o direito à privacidade, por exemplo.

Essa parece ser a melhor solução para o caso brasileiro, conforme se deduz da seguinte passagem a ele dedicado por ALEXEY:

“[...] A teoria dos princípios não diz que o catálogo dos direitos fundamen – tais não contém regras, isto é, que ele não contém definições precisas. Ela afirma não apenas que os direitos fundamentais, enquanto balizadores de definições precisas e definitivas, têm estrutura de regras, como também se acentua que o nível de regras precede **prima facie** ao nível dos princípios. O seu ponto decisivo é o de que atrás e ao lado das regras existem princípios.[...]”

A teoria dos princípios logra não apenas a solução de colisões de direitos, mas a estruturação de solução de colisões de direito. Essa teoria tem uma outra qualidade que é extremamente relevante para o

problema teórico do Direito Constitucional. Ela permite uma via intermediária entre vinculação e flexibilidade. A teoria da regra somente conhece a alternativa validade ou invalidade.

Para uma Constituição como a brasileira, que formulou tantos princípios sociais generosos, surge, com base nesse fundamento, uma pressão forte para, desde logo, se dizer que as normas que não possam ser aplicáveis sejam declaradas como não vinculantes, isto é, como simples normas programáticas. A teoria dos princípios pode, em contrapartida, levar a sério a Constituição sem exigir o impossível. Ela pode declarar que as normas não executáveis, são princípios que, em face de outros princípios, não de passar por um processo de ponderação. E, assim, sob a reserva do possível, examinar aquilo que razoavelmente se pode reclamar e pretender da sociedade (*Kollision und Abwägung als Grundproblem der Grundrechts – dogmatic – Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1998, traduzida por Gilmar Ferreira Mendes*) (GILMAR, 2007, p.291/2).

12.6 A incidência do § 1º do art. 5º

Dispõe o § 1º do Art. 5º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Para uma parte da doutrina, o citado dispositivo aplica-se apenas aos direitos enumerados no Art. 5º e seus respectivos incisos.

GEBRAN NETO (2002) afirma, por exemplo, que se deve dar ao dispositivo acima transcrito uma interpretação restritiva aos direitos enumerados no art. 5º e seus respectivos incisos, por entender que o legislador constituinte, no texto, disse mais que o pretendido (p. 158).

Em sentido contrário, coloca-se SARLETa (2003) para quem, em que pese a colocação do citado dispositivo logo no fim do art. 5º, “há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina, a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais constantes do

Catálogo (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais” (p. 249).

No mesmo sentido PIOVESANb (2003): **“Observe-se que não obstante este princípio esteja situado topograficamente como parágrafo do art. 5º da Constituição de 1988, que prevê os direitos e deveres individuais e coletivos, é objeto de seu alcance,[...], todo e qualquer preceito constitucional definidor de direito e garantia fundamental”** (p. 106).

13.1 Considerações gerais

Na doutrina tradicional, havia uma separação rígida entre a esfera pública, regida pelo Direito Público, e a esfera privada, onde vige o Direito Privado.

Essa separação serviu de base para a concepção de que os direitos fundamentais, como meios de defesa da autonomia individual frente às prerrogativas do Estado, não tinham eficácia nas relações regidas pelo Direito Privado.

E apoiavam essa concepção em uma discutível interpretação histórica dos direitos fundamentais, considerando-se que estes se apresentavam como aqueles direitos naturais, que os cidadãos se reservaram para si, quando da celebração do pacto social, como limites ao poder do Estado.

No entanto, é de se recordar que, no Antigo Regime, o germe dos direitos fundamentais aparece constituído pelo Direito Privado. Considerava-se que o Direito Privado era o direito perdurável, o mais resistente, o que não dependia da vontade do poder, o mais fundamental, porque constituído pelas leis naturais e eternas, enquanto o Direito Público se constituía de leis arbitrárias, dependentes de critérios variáveis de oportunidade e utilidade do soberano, sendo o Código Civil a codificação do Direito Natural.

Dizer-se que os direitos fundamentais se apresentam como limites ao poder do Estado não significa afirmar que estes tenham de ser entendidos como excluídos da disciplina das relações entre particulares, mas antes que estes se apresentam como extensão ao Direito Público de técnicas e categorias nascidas no Direito Privado.

Na realidade, existem, de fato, direitos que têm como sujeito obrigado apenas o Estado. É o caso, por exemplo, das garantias penais e processuais, constantes do art. 5º da Constituição de 1988.

Porém, a maioria dos direitos fundamentais, enumerados no art. 5º da Constituição, tem como obrigados o conjunto dos cidadãos. Basta examinar as garantias previstas pelo Código Penal aos direitos fundamentais da vida, da integridade física, da intimidade, da honra, da liberdade religiosa, etc.

O problema da eficácia dos direitos fundamentais frente aos particulares não se coloca pelo fato de estes serem particulares. Não é uma questão de sujeitos da relação jurídica, mas do conteúdo do direito.

Existe uma série de relações jurídicas onde tem prevalência o princípio da autonomia da vontade. De acordo com esse princípio, todas as pessoas têm o direito de pactuar todo gênero de cláusulas, desde que não sejam contrárias à lei, à moral ou à ordem pública.

Esse princípio de autonomia da vontade privada é visto como a tradução, no Direito Privado, de um direito geral de liberdade e de um direito de igualdade.

Foi quando se perdeu a convicção de que, em todas as transações, os indivíduos se encontram em uma situação de completa liberdade e de igualdade, que se começou a indagar se os direitos fundamentais não deveriam ter preferência no emaranhado das relações privadas.

Com efeito, existem hoje grandes e poderosas organizações privadas (empresas, associações de empresas, sindicatos, partidos políticos, etc) cujo poder é tão ameaçador para as liberdades individuais quanto o poder do Estado. Portanto, inexistente qualquer explicação satisfatória para que os direitos fundamentais não exerçam sua eficácia nas relações privadas, só que, neste caso, essa eficácia tem de ser moderada pela concorrência de outros direitos de liberdade que coexistem em uma relação baseada na autonomia individual (SANCHIS, 1990, p.205/209)

13.2 doutrinas sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

Com exceção de uma corrente doutrinária que nega a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, há três doutrinas ou teorias que defendem a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas – teoria da aplicação indireta/mediata, teoria da aplicação direta/imediata, teoria dos deveres de proteção do Estado.

De acordo com NOVAIS^b (2006), essas três teorias convergem no seguinte: todas sustentam que cabe ao legislador ordinário, em primeira instância, regular as relações entre privados, assegurando as esferas de autonomia e de liberdade dos particulares e que suas relações sejam igualitárias. E que cabe ao juiz interpretar as leis ordinárias e os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais em conformidade com as normas constitucionais jusfundamentais. E aceitam, ainda, excepcionalmente, que o juiz pode verificar se as decisões do legislador ordinário são constitucionalmente aceitáveis (p. 74)..

Divergem, no entanto, quando a lei ordinária inexistente ou quando a interpretação conforme à Constituição é improdutiva ou insuficiente.

13.2.1 negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

As várias teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais – incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas –, com exceção da **state action**, surgiram na Alemanha, em decorrência da doutrina da sua dimensão objetiva.

Imediatamente, surgiu uma corrente doutrinária negando qualquer incidência dos direitos fundamentais nas relações reguladas pelo Direito Privado. FORSTHOFF, um dos defensores dessa orientação, sustentava que os direitos fundamentais não podiam ser aplicados nas relações privadas, visto que

- (I) a Lei Fundamental alemã determinava apenas a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais (art. 1.3);
- (II) a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas aniquilaria a autonomia privada;
- (IV) com essa incidência, o Direito Privado perderia sua identidade, sendo absorvido pelo Direito Constitucional;
- (V) concederia excessivo poder aos juízes (SARMENTO, p. 188, 2008).

O essencial dessa corrente doutrinária era a sua visão tradicional dos direitos fundamentais como simples direitos de defesa do indivíduo em face Estado, negando-lhe qualquer dimensão objetiva como ordem de valores.

Outra vertente da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é a doutrina da **state action**, de construção da Suprema Corte dos Estados Unidos. De acordo com essa vertente, uma leitura dos dispositivos da Bill of Rights da Constituição americana, com exceção da 13ª Emenda que proibiu a escravidão, revela que todos os direitos fundamentais vinculam exclusivamente os poderes públicos, isto é, o indivíduo só tem direito à ação perante o Judiciário contra violação ou ameaça aos direitos fundamentais cometidas pelo Estado. Posteriormente, a Suprema Corte americana amenizou essa posição com a **public function theory**, segundo a qual os direitos fundamentais vinculariam também os particulares quando estes exercessem funções próprias dos poderes públicos (SARMENTO, p. 189/90, 2008).

Atualmente, no mundo jurídico romano-germânico, as doutrinas que negam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas já não têm seguidores. Atualmente a discussão está centralizada nas seguintes questões: (i) como os direitos fundamentais incidem nas relações privadas; e (ii) em que extensão se dá essa eficácia (ALEXY, 2002, p. 511).

Dentro desta perspectiva, as discussões giram em torno das doutrinas da eficácia indireta ou mediata e da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

13.2.2 teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas

Para DÜRIG, principal defensor da teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, os direitos fundamentais não ingressam diretamente nas relações privadas, não criando, portanto, direitos subjetivos que possam ser invocados perante o Judiciário com base exclusiva na Constituição, porque acabaria com a autonomia privada e descaracterizaria o Direito Privado, transformando-o em mera concretização da Constituição.

De acordo com ele, os direitos fundamentais seriam primariamente direitos de defesa da liberdade contra a ação do Estado e não se justifica que eles fossem vinculantes também em relação aos particulares.

Todavia, o Estado, enquanto sujeito passivo dos direitos fundamentais, tem o dever de protegê-los contra todos os ataques, inclusive os dos particulares. No entanto, essa proteção deveria ser feita através do direito privado.

Em assim sendo, a força jurídica dos preceitos constitucionais só se afirmaria, em relação aos particulares, de forma mediata, através do acolhimento das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados pelo legislador ordinário, bem como da interpretação/aplicação pelos juízes, acentuando ou desacentuando alguns de seus elementos, ou, em casos extremos, colmatando as lacunas, mas sempre dentro do espírito do direito privado. (apud SARMENTO, 2008, p. 198; e ANDRADEb, 2008, p.277/8; NOVAISb, 2006, p. 72).

Os defensores da teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas aceitam a dimensão objetiva dos direitos fundamentais – isto é, além de direitos subjetivos, eles

constituem também uma ordem de valores que se irradia para os âmbitos do ordenamento jurídico, inclusive o Direito Privado, todavia sustentam que essa irradiação é indireta, mediata, concretizada pelo legislador ordinário.

11513.2.3 teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas

A doutrina da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas foi exposta, pela primeira vez, por NIPPERDEY, para quem há alguns direitos fundamentais que vinculam apenas o Estado, mas há outros que vinculam o Estado e os particulares nas suas relações privadas, diretamente, sem necessidade da mediação do legislador ordinário.

Isso porque, na sociedade de massas do século XX, o perigo para os direitos fundamentais não vinha apenas do Estado, mas também de grupos sociais – empresas, entidades patronais, sindicatos, igrejas, associações profissionais, etc. – que exercem uma parcela cada vez maior de poder econômico e social, com capacidade de afetar, de várias maneiras, aspectos relevantes da vida dos indivíduos e de sua personalidade.

Por outro lado, os direitos fundamentais são valores que devem valer para todo o ordenamento jurídico, inclusive para o direito privado e a dignidade da pessoa humana deve ser o ponto de partida de toda a ordem jurídica não apenas como liberdade de um indivíduo isolado, mas como livre desenvolvimento de sua personalidade dentro da sociedade em que vive e convive.

Por isso, de acordo NIPPERDEY, os direitos fundamentais devem valer como direitos subjetivos não apenas contra entidades privadas que, na atual sociedade, exercem verdadeiros poderes sociais, mas também nas relações de simples particulares e não só como regras de interpretação e preenchimento de lacunas. Pense-se em um testamento que estabelecesse que um determinado herdeiro só recebesse a

herança se não se casasse ou se casasse com uma determinada pessoa (SARMENTO, 2008, p. 205; ANDRADE, 2008, p. 278/9).

Essa doutrina foi aplicada, algumas vezes, pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão. Num desses casos, julgado em 1967, o Tribunal reconheceu a invalidade de cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital privado, caso viessem a contrair matrimônio, sem recorrer a nenhuma norma da legislação trabalhista (SARMENTO, 2008, p. 205; NETO, 2006, p. 46).

Os teóricos da teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não negam a existência de especificidades nesta aplicação, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo e a autonomia privada dos sujeitos envolvidos no caso. Mesmo assim essa doutrina não teve muito sucesso na Alemanha, ao contrário do que ocorre na Espanha e em Portugal (SARMENTO, 2008, p. 205).

13.2.4 teoria dos deveres de proteção do estado em relação aos direitos fundamentais

Outra tentativa para solucionar o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é a teoria dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais, defendida, na Alemanha, por CANARIS, entre outros autores (SARMENTO, 2008, p. 216).

De acordo com CANARIS (2006), os direitos fundamentais podem ser considerados como proibições de intervenção e como imperativos de tutela. Como proibições de intervenção, eles se aplicam principalmente, embora não exclusivamente, nas relações do indivíduo com o Estado; são os clássicos direitos de defesa.

Entretanto, como imperativos de tutela – dever do Estado de garantir e proteger os direitos fundamentais dos indivíduos, eles podem ser aplicados nas relações privadas, inclusive nas relações contratuais.

Nesse caso, os direitos fundamentais funcionariam como defesas do indivíduo contra si próprio.

E, de acordo com o mestre alemão, esse entendimento dos direitos fundamentais não seria contrário ao entendimento liberal dos direitos fundamentais, vez que alguns destes seriam direitos indisponíveis por seu titular e, por isso, seu exercício não poderia ser objeto de nenhum contrato (liberdade religiosa, por exemplo). Noutras hipóteses, os direitos fundamentais são muito sensíveis a restrições contratuais (integridade corporal, liberdade de locomoção, por exemplo).

Além disso, os direitos fundamentais podem ser aplicados como imperativos de tutela, quando se verifica que a liberdade contratual foi apenas formal (jurídica) e não material (fática), isto é, quando se verifica que uma das partes contratantes não tinha efetiva liberdade para se vincular contratualmente (p. 71 e ss).

Já NOVAISb (2006) entende que a teoria dos deveres de proteção tem pontos de semelhança com a teoria da eficácia indireta/mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas divergem em vários pontos.

A tese dos deveres de proteção do Estado parte do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, considerando que, além de sua dimensão subjetiva, estes têm também uma dimensão jurídico-objetiva, sendo considerados valores ou princípios constitucionais. Em consequência dessa sua dimensão objetiva, irradiam os seus efeitos a toda a ordem jurídica, efeito que se realiza através das modalidades de eficácia mediata.

A principal consequência dessa dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais se traduz na obrigação que têm todos os órgãos estatais, inclusive o judiciário, de protegê-los (p. 72/3).

13.3 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas na doutrina e na jurisprudência brasileira.

NOVAIS^b (2006) chama a atenção para o seguinte fato até certo ponto paradoxal: a doutrina portuguesa, em que pese o disposto no art. 18, 1, da Constituição de Portugal (**os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas**) é, em sua grande maioria, contrária (ou, pelo menos, reticente) à tese da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, enquanto, no Brasil, quando a Constituição de 1988 silencia a respeito, a doutrina sustenta justamente posição contrária (p. 69/70).

O autor tenta uma explicação para essa divergência de visões para um mesmo problema:

- (I) a tese da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações privadas tem um apelo emocional;
- (II) aqueles que são contrários às desigualdades econômicas e sociais são favoráveis à tese da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas; (III) os que são a favor da manutenção do **status quo** se inclinam pela tese da aplicação indireta dos direitos fundamentais às relações privadas.

Em assim sendo, segundo o mestre português, não admira que onde predomine a preocupação com a emancipação social, como na Espanha, Portugal, Espanha, Brasil, América Latina, haja uma multiplicação de propostas em favor da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Já em países da Europa, como Alemanha e Áustria, e nos Estados Unidos, haja uma inclinação acentuada pela doutrina da aplicação indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas (p. 77/8).

Também o Judiciário brasileiro tem feito aplicação dessa doutrina, embora, segundo SARMENTO (2008), meio intuitivamente, sem procurar demonstrar sua fundamentação dogmática, principalmente quando se trata do princípio da igualdade ou do devido processo legal (p. 250).

Cite-se, a título de exemplo, o caso do Recurso Extraordinário nº 161243- 6/DF. Tratava-se de caso em que trabalhador brasileiro, empregado de empresa francesa sediada no Brasil, pretendia o reconhecimento dos mesmos direitos trabalhistas que a empresa concedia aos seus empregados de nacionalidade francesa.

A 2ª Turma do STF concedeu o recurso, considerando inconstitucional a discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc.

14.1 Considerações gerais

A doutrina, pelo menos de forma majoritária, distingue garantia constitucional e garantia institucional.

Ambas as figuras têm a natureza comum de proteção dos direitos fundamentais. No entanto, cada uma tem um aspecto específico que as distingue, como se verá a seguir.

14.2 Garantias constitucionais

Os portugueses as denominam, apropriadamente, **direitos-garantia**.

São garantias porque têm como finalidade a proteção dos direitos fundamentais elencados na Constituição. No entanto, são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos, isto é, posições subjetivas individuais ativas que podem ser atribuídas individualmente a uma pessoa ou a um grupo de pessoas.

ANDRADE (2006) é bastante claro a respeito do assunto no seguinte trecho:

“Assim, quando a Constituição fala de direitos, liberdades e garantias, inclui nessas garantias os direitos-garantia.

Por exemplo, todas as regras e princípios que garantem a liberdade e a integridade dos indivíduos em matéria penal e de processo penal, desde o princípio do **nullum crimen sine lege** até ao da intransmissibilidade das penas, passando pela proibição de penas de duração ilimitada e pelo princípio do contraditório [...], a inviolabilidade do domicílio e da correspondência (...) e as garantias relativas à utilização da informática. [...] devem ser considerados como **direitos-garantia**.

São garantias, porque têm uma função instrumental, contendo normas de competência ou regras de ação estadual para proteção de outros direitos, que constituem, para esse efeito, posições primárias [...].

São, por outro lado, direitos, porque as normas de organização e ação que os constituem se referem a atuações do Estado que interferem na esfera de cada indivíduo, tornando, por isso, possível definir e recortar, a um nível individual, os interesses a proteger e, conseqüentemente, autonomizar posições jurídicas subjetivas – ao contrário do que se passa com as garantias institucionais, que são, pelo menos no que respeita a muitos dos seus conteúdos, indivisíveis e, por isso, globalmente insuscetíveis de atribuição subjetiva (p.121/2).

No Brasil, é tradição fazer a distinção entre os direitos fundamentais e as garantias constitucionais, tradição inaugurada por Rui Barbosa, em seus comentários à Constituição de 1891 (BONAVIDES, 1998, p. 483/4; SARLETa, 2003, p. 153). Tradição que é continuada por vários constitucionalistas da atualidade.

SILVA (2005) divide as garantias em:

- a) Garantias constitucionais gerais que são instituições que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, visam impedir o arbítrio, com o que constituem, ao mesmo tempo, técnicas assecuratórias de eficácia das normas conferidoras dos direitos fundamentais (p. 412).

E cita como garantias constitucionais gerais a constituição rígida e o princípio da separação dos poderes.

- b) Garantias constitucionais especiais que são prescrições constitucionais que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para imponham o respeito e a exigibilidade desses direitos (p. 413).

É também no mesmo sentido a lição de SARLETa (2003):

[...] verifica-se que na doutrina constitucional pátria as garantias apresentam um papel instrumental em relação aos direitos fundamentais, servindo como instrumentos de efetivação dos direitos por elas protegidos (p. 188). O que é importante consignar é que estas garantias fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes. É neste sentido que também se fala de direitos garantia, já que estes dispositivos, além de conterem garantias, normas de competência ou regras para uma atuação estatal com vistas à proteção de outros direitos, podem, ao mesmo tempo, fundamentar posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas (p. 189)

É interessante observar que a maior parte dos dispositivos que integram o capítulo dos direitos individuais e coletivos (art. 5º da CF) se enquadra na categoria dos direitos garantia, ou seja, das garantias fundamentais, que, além de sua função instrumental (assecuratória e protetiva), podem ser consideradas autêntico direito subjetivo (p. 189)

No caso brasileiro, podem ser consideradas garantias constitucionais especiais ou direitos garantia as normas constantes do art. 5º, incisos XXXVII, XXXVIII, XXXIX, XL (garantias criminais preventivas), XLIV, XLV, XLVI, XLVII (garantias criminais repressivas), as garantias processuais gerais, que serão estudadas mais adiante, citando-se ainda os chamados remédios constitucionais, como o mandado de segurança, o **habeas corpus**, etc.

14.3 Garantias institucionais

As garantias institucionais têm em comum com as garantias constitucionais a finalidade de proteger os direitos subjetivos (posições subjetivas ativas). Mas delas diferem no fato de não atribuírem direitos subjetivos a pessoas ou grupos de pessoas que delas se beneficiam.

Esse é um fato que tem sido citado como característica principal e diferenciadora das garantias institucionais desde a origem da sua teoria durante a vigência da Constituição de Weimar, de 1919.

GIESE, tratando das referências da Constituição de Weimar ao casamento civil, à propriedade privada e ao direito sucessório, denominou-as institutos/instituições jurídicas. No seu entender, esses institutos/instituições jurídicas eram complexos jurídicos, que tinham não só natureza privada, mas também jurídico-pública (MARTINS, 2007, p. 18).

Seguindo no mesmo sentido, WOLFF fez a distinção entre o instituto da propriedade privada, reconhecido constitucionalmente, e o direito concreto de propriedade, de que cada proprietário pudesse gozar, as diferentes normas que o regulavam, bem como a idéia de inviolabilidade da propriedade (MARTINS, 2007, p. 20).

Coube a WALDECKER aplicar a idéia de garantia de instituto ao direito público. Fê-lo a propósito dos arts. 128 a 131 da Constituição de Weimar, que tratam do estatuto dos servidores públicos. No entender do autor, tais artigos não conferem nenhum direito ao servidor individual, visavam à proteção da instituição serviço público (MARTINS, 2007, p. 22). No mesmo sentido, SMEND considerou que o art 142 da Constituição de Weimar não tratava de uma liberdade individual, mas da liberdade da ciência acadêmica e de ensino, isto é, conferia proteção à Universidade (MARTINS, 2007, p. 122 como 24/5).

SCHMITT deu certeza e rigor científico à idéia de garantia institucional e ao seu efeito de proteção (MARTINS, 2007, p. 26)

Referindo-se aos arts. 128 e 153 da Constituição de Weimar, SCHMITT entende que tais dispositivos não atribuem posições jurídicas subjetivas ativas aos proprietário ou aos servidores públicos, mas tratavam do reconhecimento constitucional de instituições – conjunto de direitos que a lei ordinária designasse como propriedade ou servidores do Estado (MARTINS, 2007, p. 34).

E, segundo o autor, o objetivo do reconhecimento constitucional dessas instituições é limitar o poder do legislador ordinário. Este, na sua configuração, pode alterar o seu conteúdo, mas não aboli-las, nem destruí-las, desvirtuá-las, descaracterizá-las. Há um núcleo intocável nessas instituições que não pode ser atingido pelo legislador, nem mesmo através de revisão constitucional, vez que elas correspondem a decisões jurídicas fundamentais (MARTINS, 2007, p. 34/5).

Mais tarde, em 1931, SCHMITT retoma o assunto, tentando desenvolvê-lo. Faz, então, a distinção entre garantia institucional e garantia de instituto.

As garantias institucionais seriam normas constitucionais que corresponderiam a instituições de direito público, que SCHMITT define como algo atual, uma existência e presença, formada e organizada (MARTINS, 2007, p. 48) – uma realidade material organizada, existente e atual tanto no momento do reconhecimento pelo legislador constituinte como no da aplicação das respectivas normas (MARTINS, 2007, p. 48). Seriam garantias institucionais, à luz da Constituição de Weimar, as normas referentes à autonomia municipal, à garantia do funcionalismo público, à liberdade do ensino, à independência do juiz.

Já as garantias de instituto seriam normas constitucionais que corresponderiam a complexos de normas de conteúdo determinado, com forma de direito privado (MARTINS, 2007, p. 48). Seriam garantias de instituto as normas constitucionais referentes ao casamento, à propriedade e à sucessão.

Com a teoria das garantias institucionais, SCHMITT contestava a chamada teoria antiga, segundo a qual a lei encontrava legitimação em si própria, não necessitando de parâmetros externos. No caso específico dos direitos fundamentais, as normas constitucionais referentes a eles não vinculavam o legislador ordinário, sendo mero programa, proclamações sem sentido jurídico, bem intencionadas, aforismos políticos, desejos inofensivos, monólogos do legislador constituinte. O legislador

ordinário não teria limites nem referências no estabelecimento das condições para o seu exercício, sujeito totalmente ao princípio da legalidade (MARTINS, 2007, p. 36/7) . No entender de SCHMITT, as garantias institucionais, por se constituírem em decisões fundamentais sobre a forma e modo de ser do Estado Liberal burguês, seriam limites para atividade do legislador ordinário na definição do conteúdo dos direitos fundamentais, sendo sua abolição ou destruição um ataque à Constituição (MARTINS, 2007, -. 35).

Finalizando esse resumo da teoria de SCHMITT, convém acrescentar que, para ele, um mesmo dispositivo constitucional poderia conter uma posição jurídica ativa individual (direito subjetivo) e uma garantia institucional, como ocorre com o dispositivo constitucional referente à propriedade privada.

A partir da promulgação da Lei Fundamental de BONN, em 1949, formaram- se três correntes sobre as garantias institucionais:

- a) uma primeira corrente postulava simplesmente o abandono da teoria das garantias institucionais, porque, com os dispositivos da Lei Fundamental de Bonn, essa figura se tornara supérflua. Com efeito, desde que as garantias institucionais tinham como objetivo estabelecer limites para a legislador ordinário na sua atividade de conformação dos direitos fundamentais, estas se tornaram supérfluas com a vigência da Lei Fundamental de Bonn, vez que esta, através dos arts. 1º, 3, e 20, 3, já prevê esses limites (ALEXY, 2002, p. 469).
- b) uma segunda corrente preconiza a manutenção da figura das garantias institucionais em relação aos direitos fundamentais. Mantendo o entendimento de SCHMITT ainda na vigência da Constituição de Weimar, a figura das garantias institucionais seria autônoma em relação aos direitos fundamentais, muito embora desempenhe um papel complementar com relação a estes (MARTINS, 2007, p. 84).

- c) uma terceira corrente – a institucionalista, de PETER HÄBERLE – postula que haveria uma confusão entre as figuras dos direitos fundamentais e as das garantias institucionais. De acordo com essa corrente, cada norma de direito fundamental conteria, simultaneamente:
- (I) uma garantia de âmbitos vitais de liberdade (direitos subjetivos de liberdade); e
 - (II) uma garantia desses direitos subjetivos de liberdade.

Isto é, haveria uma posição jurídica subjetiva ativa em favor de determinado indivíduo, e, ao mesmo tempo, um complexo de normas – um ordenamento jurídico – estabelecendo as condições para o exercício efetivo dessa posição jurídica subjetiva ativa. (MARTINS, 2007, p. 86 e ss.)

ANDRADE (2004) recepciona a doutrina das garantias institucionais em Portugal e faz uma exposição bastante didática sobre o assunto.

De início, começa com um conceito geral – a matéria dos direitos fundamentais.

Existe na Constituição (Portuguesa) um conjunto de normas que visam à proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. Parte dessas normas atribuem posições subjetivas ativas – direitos subjetivos – aos indivíduos, principalmente, mas também, excepcionalmente, às entidades públicas ou privadas. São os direitos fundamentais.

Estes, por sua vez, dividem-se em direitos (direito à vida, à propriedade, etc), liberdades (liberdade de consciência, de opinião, etc.) e garantias ou direitos-garantias (juiz legal, contraditório, princípio da legalidade penal, etc).

E outra parte, muito menor, é constituída de normas que não conferem direitos subjetivos, mas têm como objetivo a proteção e a garantia dos direitos fundamentais. São as garantias institucionais.

Segundo o autor, desde tempos imemoriais, os ordenamentos jurídicos contêm institutos jurídicos, isto é, complexos normativos

privados que regulam um determinado setor da realidade econômica, social ou política, dotados de uma lógica de sistema baseada nas ideias de autoresponsabilidade e de autodesenvolvimento pessoal (2004, p. 143/4). São exemplos desses complexos normativos; de direito privado a liberdade contratual, a propriedade privada, a herança, o casamento, a família, a filiação, a responsabilidade familiar pela manutenção e educação dos filhos e a adoção.

O que a Constituição faz é reconhecer/garantir esses insitutos jurídicos – esses complexos normativos de direito privado em seus lineamentos essenciais.

Mas igual técnica é também utilizada com relação às instituições – complexos e idéias de denormativos de direito público, como a responsabilidade civil do Estado, o contrato coletivo do trabalho, a imprensa livre, a autonomia universitária, o ensino, o sistema nacional de saúde, etc.

No Brasil a distinção entre direito fundamental e garantia institucional é recepcionada, entre outros por PONTES DE MIRANDA (IV, 1967, p.633/4).

É de se citar a seguinte lição de TEIXEIRA (1991):

“Mas nessas três categorias não se esgotam ainda todos os direitos garantidos pela Constituição. Mediante preceito constitucional pode-se garantir ainda a existência de certas instituições, como por exemplo a família, tal como tradicionalmente a organiza o Direito Civil, a Igreja, os Municípios ou os Estados-membros, a burocracia, a organização escolar, o exército, ou certos institutos jurídicos (conjunto de normas e relações jurídicas que podem reunir-se sob um núcleo típico), como o casamento, a liberdade contratual, a propriedade privada, etc., ou ainda certas situações estabelecidas, certos **status quo**, como, por exemplo, quando na Constituição se declaram aprovados certos atos governamentais praticados por

governos de fato, criadores de direitos subjetivos para os indivíduos.

Em todos esses casos, é inegável que a Constituição rígida protege essas instituições, esses institutos e esses direitos, tornando impossível sua supressão por lei ordinária, criando, portanto, uma barreira à sua diminuição, alteração ou supressão pela ação dos poderes constituídos, mas não nos encontramos, aqui, nem em face de direitos fundamentais, nem de direitos políticos, nem de direitos sociais. A esta quarta categoria de direitos denominam os autores garantias institucionais, princípios institucionais, ou ainda, direitos institucionais (p. 693).”

Mais adiante, o mesmo autor resume o conceito de garantia institucional: **O que a Constituição garante, aqui, é somente a existência da instituição ou do instituto jurídico como tal, isto é, com um conteúdo mínimo, que ela mesma poderá indicar ou estabelecer (p. 697).**

Para concluir, convém lembrar que TEIXEIRA (1991) faz também, como ANDRADE (2004), a distinção entre garantias institucionais e garantias constitucionais, muito embora não considere estas como direitos fundamentais.

SARLETA (2003, p. 194) coloca as garantias institucionais, juntamente com as garantias constitucionais, sob um título geral de garantias fundamentais. E chama a atenção para o fato de que, não havendo, na Constituição de 1988, dispositivo assegurando o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a figura das garantias institucionais ainda desempenha um papel importante no Brasil, contra a ação erosiva do legislador ordinário (p. 194).

Para o autor citado, seriam garantias institucionais as normas constitucionais referentes à propriedade privada, à herança, ao tribunal do júri, à língua nacional portuguesa, aos partidos políticos.

Se há um certo consenso entre os doutrinadores a respeito da doutrina das garantias institucionais, esse consenso desaparece quando se trata de apontar, concretamente, quais os institutos jurídicos e

instituições protegidos pela Constituição. No caso da Constituição de 1988, costuma-se apontar como institutos jurídicos de direito privado protegidos pelas garantias institucionais: a propriedade, a herança, a família, o contrato, etc. Por outro lado, seriam instituições de direito público protegidas pelas garantias institucionais: o município, a universidade, os partidos políticos, os sindicatos, etc.

NUNES JR. (2009) menciona ainda como garantias institucionais os arts. 198, & 2º, e 212 que tratam da vinculação de receitas orçamentárias para a manutenção e desenvolvimento da saúde e do ensino públicos.

Na realidade, entendemos que, na vigência da Constituição de 1988, deve-se atualizar a lista das instituições e respectivas garantias institucionais existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Parece que atualmente são institutos de direito privado a família, a propriedade e a herança, instituições basilares do clássico Estado liberal baseado na propriedade privada. Por outro lado, são instituições de direito público a saúde, a previdência social, a assistência social, a educação e cultura, o esporte e lazer, bem como a comunicação social, básicos para a consolidação do Estado Social de Direito que se pretende implantar com a vigente Constituição, sendo o conjunto de normas que deles tratam na Ordem Social autênticas garantias institucionais, como se verá a seguir.

RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS

15.1 Considerações gerais

O princípio da renúncia a direitos surgiu e se desenvolveu no Direito Civil e no Direito Penal. Com efeito, nesses dois ramos do Direito vige a máxima de ULPIANO – **volenti non fit injuria** (não se causa dano a quem consente). Esse princípio teve um grande desenvolvimento na legislação, na jurisprudência e na doutrina.

Todavia, as soluções encontradas nesses dois ramos do Direito nem sempre têm aplicação no Direito Constitucional, onde não vigora tão imperativamente o princípio do consentimento, podendo ocorrer que uma renúncia a direito constitucional, consentida pelo lesado, seja considerada inconstitucional e, portanto, inaceitável, por ferir o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, observa NOVAISb (2006) que não ocorre, nos direitos fundamentais, a renúncia com o significado que lhe empresta o Direito Civil: extinção de um direito por força de seu abandono voluntário, unilateral ou não, por parte de seu titular. No caso dos direitos fundamentais, inexistente, com a renúncia, a extinção do direito fundamental como um todo, mas, simplesmente, um compromisso individual e voluntário de um cidadão não invocar, temporariamente, perante a entidade pública, uma determinada posição jurídica tutelada por uma norma de direito fundamental (p.218/9).

15.2 Conceito

Sob a denominação comum de renúncia a direitos fundamentais, há um conjunto de situações diferenciadas na sua natureza e na

estrutura, tendo como elemento unificador a existência de uma prévia situação jurídica subjetiva, tutelada por uma norma de direito fundamental, que, por força da expressão da vontade concordante de seu titular, sofre um enfraquecimento face ao Estado ou a entidades públicas (NOVAISb, 2006, p. 215).

Todavia, fora esse elemento comum, essas situações jurídicas diferenciam-se, entre si:

- (I) pela posição jurídica de que se prescinde ou que se enfraquece;
- (II) pela forma como o particular expressa o seu consentimento;
- ou
- (III) pelas consequências jurídicas de sua renúncia.

Por outro lado, há que distinguir a renúncia a direitos fundamentais de figuras afins, como a perda de direitos fundamentais e o não-exercício de direitos fundamentais.

Na renúncia, o titular do direito compromete-se a não exercer, temporariamente, um direito fundamental perante uma entidade pública. Há, portanto, uma vinculação jurídica entre o titular e a entidade pública, pelo que, se ele resolve revogar a declaração de renúncia, pode, em princípio, ser responsabilizado. Exemplo: o cidadão consente que a autoridade pública, mesmo sem autorização judicial, penetre em sua residência para averiguações.

Na perda, o titular perde o direito de exercer uma determinada faculdade de um direito fundamental, mas não por um ato voluntário, mas por uma imposição legal, depois de verificados certos e determinados pressupostos – perda da nacionalidade, perda de direitos políticos, de que tratam, respectivamente, o § 4º do art. 12 e o art. 15, da Constituição de 1988.

Já no não-exercício, o titular do direito simplesmente deixa de exercer um determinado direito na forma e no prazo estipulados por lei. Mas, se a lei permitir, o indivíduo, que não se vinculou juridicamente

à entidade pública, pode exercer o seu direito a qualquer momento. Às vezes, a perda e o não-exercício podem confundir-se, como no caso em que o titular deixa de exercer um direito seu no prazo estipulado pela lei – impetrar mandado de segurança em 120 dias.

15.3 Natureza e fundamento do poder de disposição individual sobre posições de direitos fundamentais

Quando uma pessoa é titular de um direito fundamental dispõe de todas as possibilidades de ação decorrentes desse direito, principalmente do poder de decidir acerca de se, quando e como deve exercer esse direito.

Isso em princípio, porque a norma constitucional pode determinar, à partida, a indisponibilidade de determinada posição jurídica de um direito fundamental. São os chamados direitos-deveres, de que são exemplos os direitos-deveres de os pais educarem os filhos, do ensino fundamental obrigatório, etc.

Todavia, segundo NOVAISb (2006), essa é uma exceção somente aplicável às crianças. Num Estado de Direito, que não se propõe promover a felicidade de seus cidadãos como o Estado-Providência, o indivíduo tem o poder de dispor de seus direitos como também o poder de deles não dispor.

Em outros termos, a renúncia a direito fundamental é uma espécie de auto-restrição que o indivíduo se impõe e tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do livre desenvolvimento da pessoa humana e como consectários os princípios da autonomia e da autodeterminação que lhe permitem decidir se é mais vantajoso dispor de seu direito ou a ele renunciar.

15.4 A admissibilidade de renúncia a direitos fundamentais

Contra essa posição foram levantadas as seguintes objeções:

a) A primeira se baseia no princípio da inalienabilidade

Na concepção clássica dos direitos fundamentais, baseada nas doutrinas de HOBBS e ROUSSEAU, os direitos fundamentais seriam inatos, pré e supra-estatais e, por isso, inalienáveis.

Essa concepção dos direitos fundamentais como inalienáveis foi consagrada nos preâmbulos das Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e de 1793.

De acordo com NOVAISb (2006), a doutrina alemã considera essa doutrina aplicável apenas a um direito fundamental como um todo, admitindo a renúncia a parcelas desse direito.

b) A segunda se baseia no princípio da indisponibilidade

A segunda corrente contra a renúncia dos direitos fundamentais apoia-se no caráter essencialmente indisponível dos direitos fundamentais, mesmo relativamente ao próprio titular (NOVAISb, 2006, p. 240). Os defensores dessa corrente sustentam que os direitos fundamentais, além de sua função de atribuição de posições jurídicas aos indivíduos, desempenham também outras funções de caráter social, institucional ou estatal, a que subjaz um interesse público, de que os particulares não podem dispor, no sentido de que a renúncia de um direito fundamental afetaria também o bem comum.

Ainda de acordo com NOVAISb (2006), essa doutrina teve o mérito de atenuar a unilateralidade da concepção clássica, que concebiam os direitos fundamentais apenas como direitos subjetivos. Segundo

essa doutrina, os direitos fundamentais, além de seu aspecto subjetivo, são valores da sociedade, com importante função social, institucional e democrática, de modo que a sua renúncia pode trazer prejuízos para a sociedade como um todo. Pense-se no direito ao voto secreto. Este é um elemento importante na defesa da privacidade e da liberdade do indivíduo, mas também se constitui em um elemento importante do processo democrático.

Suponha-se que um grupo de eleitores resolva renunciar ao seu direito ao voto secreto e passe a decidir de forma aberta, com braços levantados, por exemplo. Evidentemente, esses eleitores estão exercendo um direito legítimo, se olhado sob o aspecto subjetivo, mas essa sua decisão poderia comprometer o processo democrático, na medida em que o voto aberto é propenso a todo tipo de coação, que pode falsear a vontade política dos cidadãos.

Para NOVAISb (2006), esse tipo de argumentação se aplica perfeitamente aos direitos políticos, mas há dúvida sobre se se aplicaria também aos direitos de caráter pessoal. No Estado de Direito, como regra geral, cabe ao indivíduo decidir o uso que fará de seus direitos fundamentais. Evidentemente que não se trata aqui também de uma regra absoluta, mas também não se pode aceitar, como regra absoluta, a funcionalização dos direitos fundamentais em favor do interesse público.

Na realidade, ainda conforme NOVAISb (2006), cada caso concreto de renúncia a direito fundamental deverá ser examinado de acordo com as circunstâncias (p. 240/44)

c) uma terceira objeção se baseia na dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Com efeito, os direitos fundamentais, para além de sua dimensão como direito subjetivo, têm também uma dimensão objetiva, enquanto norma constitucional que vincula os poderes públicos e da qual

decorrem deveres (principalmente para o legislador), garantias institucionais, princípios da ordem econômica e social e valores, de modo que a renúncia, enquanto disponibilidade da dimensão subjetiva, poderia ser anulada pela dimensão objetiva.

Contra essa posição, NOVAISb (2006) apresenta os seguintes argumentos:

- (I) a dimensão objetiva dos direitos fundamentais não poderia sobrelevar sobre a sua dimensão subjetiva;
- (II) quando o indivíduo renuncia a um seu direito fundamental, isso só diz respeito à sua dimensão subjetiva, deixando intacta a dimensão objetiva (p. 144/5)

d) Há um outro argumento também ligado à dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Argumenta-se que os direitos fundamentais, na sua dimensão objetiva, são normas de competência negativa, no sentido de que, ao atribuir um direito fundamental, esta norma delimita uma área de não intervenção dos poderes públicos. Ocorre que, com a renúncia, essa área desaparece, havendo um aumento das competências estatais e, com isso, uma restrição não autorizada pela Constituição.

A todos esses argumentos, NOVAISb(2006) responde com o seguinte arrazoad:

- (I) a renúncia é, ao mesmo tempo, um exercício e uma restrição a direito fundamental;
- (II) como exercício, o que se deve verificar é se este, como os outros tipos de exercício, é legítimo ou ilegítimo;
- (III) não se pode considerar ilegítimo se, com a renúncia, houve um alargamento das competências estatais, porque esse alargamento é pontual (o cidadão que autoriza a autoridade policial a entrar em sua residência para averiguações, não está renunciando a seu direito à privacidade, como um todo,

nem a seu direito a inviolabilidade domiciliar, como um todo, mas apenas dando uma autorização específica para um caso concreto);

- (IV) enquanto restrição, para ser legítima, como qualquer restrição, a renúncia deverá se adequar aos pressupostos e requisitos que serão examinados a seguir (p. 245 e ss)

15.5 Pressupostos da renúncia a direitos fundamentais e requisitos de sua validade concreta

15.5.1 Pressupostos

- a) Uma declaração de vontade é elemento central da renúncia a direitos fundamentais. Todavia, essa declaração de vontade deve ser do titular do direito fundamental. A declaração de vontade feita pelos pais ou responsáveis pelo menor não pode ser considerada legítima no caso de renúncia a direitos fundamentais, sendo considerada uma restrição heterônoma.

Assim, de acordo com NOVAISb (2006), a recusa de um adulto, testemunha de Jeová, a receber uma transfusão de sangue que lhe salvaria a vida, poderia ser admitida como fator de ponderação entre o seu direito à vida e a liberdade religiosa. Já no caso do menor, a recusa feita por seus pais ou por seus responsáveis, não deverá produzir nenhum efeito.

A renúncia deverá ter a forma de uma declaração unilateral, que pode surgir como prestação ou contraprestação no quadro de um contrato.

- b) Outro elemento apontado como essencial para a legitimidade da renúncia é que esta seja voluntária e consciente. De acordo com STURM (apud NOVAISb, 2006), diz-se que a renúncia é voluntária, quando o renunciante tem alternativas de ação.

NOVAISb (2006) relativiza essa exigência, ao argumentar, por exemplo, que o condenado à pena de morte, que aceita a castração para fugir à execução da pena, não tem alternativa e, no entanto, esse é um tipo de renúncia que pode ser admitido como legítimo.

No mesmo estado se encontra quem aceita a imposição, por parte do Ministério Público ou do juiz, de não exercer determinada profissão ou de residir em determinado lugar, como forma de escapar à prisão.

Para NOVAISb (2006), o importante no caso é verificar se a renúncia trouxe prejuízos ou desvantagens para o renunciante.

- c) Por outro lado, a doutrina tradicional entendia que havia uma renúncia, presumida ou ficta, no caso das relações especiais de poder, desde que houvesse um ingresso voluntário. Em outros termos, entendia-se que o ingresso voluntário em certas instituições, como o serviço público, a escola, o serviço militar profissional, implicava em uma renúncia ao exercício de certos direitos fundamentais, exercício esse que poderia comprometer a segurança ou a eficiência das respectivas instituições.

Segundo NOVAISb (2006), a doutrina recente vê com reticência essas afirmações, julgando que há uma confusão entre ingresso voluntário e aceitação de restrições cujo alcance e modalidades se desconhece.

De qualquer forma, de acordo com o mestre português e feitas as ressalvas acima, pode-se aceitar a renúncia a direitos fundamentais como aceitável em certas e determinadas circunstâncias.

15.5.2 requisitos

- a) Cita-se como o primeiro requisito da renúncia a reserva de lei, isto é, a renúncia só seria válida quando houvesse autorização legal.

A reserva de lei é uma aplicação do princípio da legalidade da Administração no domínio dos direitos fundamentais. A Administração só pode intervir na área reservada à autonomia individual por uma norma jusfundamental nos casos previstos em lei.

Trata-se, ao mesmo tempo, de um limite à atuação da Administração no domínio dos direitos fundamentais, e uma garantia para os indivíduos, dando-lhe segurança e previsibilidade sobre a atuação governamental.

Em vista disso, há uma corrente doutrinária que sustenta a impossibilidade da renúncia aos direitos fundamentais sem previsão legal, visto como o indivíduo não tem poderes para liberar a Administração do cumprimento constitucional da legalidade. Por outro lado, há outra corrente que sustenta justamente o contrário.

Sendo a reserva legal uma garantia do indivíduo, este pode perfeitamente renunciar a ela. E tem antecedentes respeitáveis. Segundo LOCKE (apud NOVAIS, 2006), **the supreme power cannot take from any man any part of his property without his own consent** (o poder supremo não pode retirar do cidadão nenhuma parte de sua propriedade sem o seu consentimento). E segundo OTTO MAYER (apud NOVAIS, 2006), a reserva de lei tem uma função de garantia do cidadão contra intervenções administrativas feitas contra a vontade do indivíduo. Com o consentimento deste, desaparece a sua finalidade.

Para NOVAISb (2006), o grande problema no caso da renúncia a direitos fundamentais é que não se distinguem os dois aspectos desta: a renúncia enquanto exercício de direito fundamental e a renúncia enquanto restrição a direito fundamental.

Quando a renúncia se resume a um compromisso assumido, unilateral ou contratualmente, com a Administração de não exercer seu direito fundamental, não há necessidade de autorização legal, porque esta diz respeito, não ao exercício de direitos, mas à atuação da Administração. Assim no serviço público brasileiro, o funcionário, designado para fazer cursos fora do exercício de suas funções, assina

termo de compromisso, comprometendo-se a não pedir demissão pelo prazo correspondente à duração do curso.

Quando, porém, a renúncia implica em restrição, em intervenção ablativa da Administração na área de proteção do direito fundamental, a reserva de lei é a regra geral, muito embora com exceções. Por exemplo, nos casos de castração consentida ou nos casos de fixação de residência pelo Ministério Público ou pelo juiz, deve haver reserva de lei.

- b) O segundo requisito é a precedência da Constituição. Mesmo atendidos os pressupostos e requisitos, a renúncia a direitos fundamentais só será válida se estiver em conformidade com os princípios e regras constitucionais, principalmente as atinentes aos direitos fundamentais.

Em todo caso de renúncia a direitos fundamentais, deve-se ponderar o que tem mais valor ou importância: o interesse constitucionalmente protegido, que joga contra o seu enfraquecimento, ou interesse do particular e o interesse público, que, em determinado caso concreto, jogam a favor da decisão do renunciante.

15.6 Critérios orientadores do controle

15.6.1 a dispobibilidade de posições de direitos fundamentais

Em princípio, o titular tem o poder de disponibilidade sobre as posições jurídicas tuteladas pela norma de direito fundamental.

Todavia, essa regra não é absoluta nem se aplica da mesma maneira em todas as situações.

Nesse terreno, há duas posições extremas:

- (I) de um lado, há um poder de disponibilidade total, que vai até a renúncia à titularidade do direito. É o caso da renúncia à nacionalidade, de que trata o art. 12, § 4º, II;

- (II) e do outro, há uma compressão absoluta ao poder de disponibilidade, tornando inválida toda renúncia – o direito-dever dos pais de educarem os filhos.

Entre esses dois extremos, há uma multiplicidade de situações concretas em que é impossível estabelecer uma regra geral abstrata. Por exemplo, pode-se formular uma primeira regra para determinar os bens disponíveis e indisponíveis: os direitos fundamentais de caráter pessoal seriam, em princípio, disponíveis, enquanto os direitos fundamentais, atribuídos ao indivíduo em vista principalmente de um interesse público ou social, seriam, em princípio, indisponíveis.

Por outro lado, o direito pode ser disponível, quando nele prepondera a sua dimensão subjetiva – o direito de um jornalista não publicar críticas ao governo -, enquanto se torna indisponível se a predominância é da dimensão objetiva – o direito-dever de um órgão jornalístico de publicar críticas ao governo.

Entretanto, mesmo assim é impossível formular uma regra geral. Por exemplo, o direito de dispor do próprio corpo pode ter tratamentos diferenciados conforme as circunstâncias de caso concreto – o indivíduo pode vender suas unhas e seus cabelos, mas não seus órgãos, que podem ser doados gratuitamente; o suicídio é condenado, assim como a eutanásia.

15.6.2 a dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana foi enumerada como um dos princípios fundamentais do Estado Brasileiro, consoante o disposto no art. 1º, III, da Constituição de 1988. Muito embora a consideração da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático tenha se universalizado, tendo constado expressamente de várias constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948, a doutrina sente uma imensa

dificuldade em sua definição, no estabelecimento de seu conteúdo e de sua fundamentação.

E isso decorre do fato de que, segundo MICHAEL SACHS (apud SARLET^b, 2002), **no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade - [...] - passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal (p. 39).**

Em vista dessa dificuldade, DÜRIG (apud NOVAIS^b, 2006, p. 277) dá uma definição negativa de dignidade da pessoa humana.

Seguindo uma fórmula kantiana, ele afirma que a dignidade da pessoa humana é violada :

- (I) quando a pessoa for degradada ao nível de uma coisa ou de um objeto do atuar estatal, na medida em que deixe de ser considerada um fim autônomo, para ser tratada como instrumento ou meio de realização de fins alheios;
- (II) quando, mesmo com a anuência do lesado, este consinta na destruição ou anulação das condições de autodeterminação futura, ou aceite colocar-se numa situação que iniba a possibilidade de continuar a conformar a sua vida de acordo com planos pessoais livremente concebidos

No entanto, como adverte SARLET^b, esta definição, pelo seu caráter negativo, não resolve o problema de definição da dignidade da pessoa humana, vez que não define previamente o que deve ser protegido (p. 60). Em visto disso, propõe a seguinte definição:

“dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (p. 62).

Em que pese essa dificuldade de conceituação, há uma concordância geral em se afirmar que a dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa humana irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado [...] (SARLETb, 2002, p. 410).

O problema que se coloca é até que ponto a dignidade, assim definida, pode ser considerada como limite absoluto à renúncia a direitos fundamentais, mesmo considerando-se a dignidade como núcleo essencial da maioria dos direitos fundamentais (SARLET, 2002).

De acordo com NOVAISb (2006), esta deve ser utilizada como princípio orientador de um processo de ponderação de bens e valores não tendo um valor pré-determinado, mas determinável no confronto com outros valores relevantes no caso concreto (p. 2730).

Em assim sendo, de acordo com as circunstâncias, a dignidade da pessoa humana pode ser considerada aqui:

- (I) como limite absoluto ao poder de disposição do titular, no sentido de que qualquer renúncia que ultrapasse esse limite pode ser considerada inválida;
- (II) como fundamento do poder de disposição do titular de uma posição jurídica protegida por norma jusfundamental. Nesse sentido, dignidade da pessoa humana significa poder de autodeterminar-se, de conformar a sua vida de acordo com a

sua visão de mundo, incluído aí o poder de auto-vincular-se a exercer ou a não exercer um determinado direito (NOVAISb, 2006, p. 274).

Todavia, isso não resolve o problema, posto que uma mesma situação pode ser considerada, dependendo da ótica do observador, como limite ou como fundamento do poder de disposição: a situação de um condenado que aceita ser cobaia em teste de um novo medicamento é diferente daquela de um doente terminal de HIV, que aceita fazer o mesmo teste (NOVAISb, 2006, p. 274/5).

15.6.3 o conteúdo essencial dos direitos fundamentais

Já se viu anteriormente que a renúncia pode ser considerada tanto como exercício quanto como restrição a direitos fundamentais. Como restrição a direitos fundamentais, tem como limite a garantia do conteúdo essencial.

15.6.4 o princípio da proporcionalidade

Da mesma forma, a renúncia, como qualquer restrição, deve observar o princípio da proporcionalidade, nos seus três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade propriamente ditam.

PARTE II

A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

De acordo com MARSHALL (1967), a afirmação dos direitos fundamentais em determinado país tem uma lógica. Assim, na Inglaterra, foram os direitos civis (direitos de liberdades ou simplesmente liberdades: igualdade, liberdade, propriedade e segurança) os primeiros a serem afirmados.

A liberdade, principalmente a liberdade de expressão e de opinião, propiciou a extensão do direito de voto a camadas mais amplas do povo inglês, através das reformas eleitorais de 1832, 1867, 1884, 1918, 1928 e 1948, o que permitiu a eleição de operários e a criação do Partido Trabalhista, que levou, por pressão destes, ao reconhecimento dos direitos sociais. Resumindo: na Inglaterra, houve a seguinte ordem lógica: direitos civis – direitos políticos -direitos sociais.

OLIVEIRA VIANNA, nas suas INSTITUIÇÕES POLÍTICAS BRASILEIRAS (1974), citando MAY, explica bem didaticamente esse processo do direito inglês: os anglo-saxões - [...] - antes de organizarem essa série de instituições que constituem, hoje, o seu sistema de **liberdades políticas**, foram assegurando as **liberdades privadas**, pouco a pouco: pelo instituto do **habeas-corpus**; pela abolição dos **general warrants**, pelos quais o indivíduo podia ser preso e encarcerado sem declaração de culpa; pela abolição da **prisão por dívidas**; pela garantia contra os **abusos da taxaço** e da cobrança dos **impostos**; pela regulamentação e limitação da **prisão preventiva**; pela proibição da **prisão por tempo indeterminado**; pela **inviolabilidade da correspondência**; pela **liberdade da imprensa e da palavra**; pela **liberdade do culto**; pelo **direito de representação e petição** (p. 169).

E continua o autor das INSTITUIÇÕES POLÍTICAS BRASILEIRAS:

“Sobre esta camada de garantias vivas da sua liberdade civil foi que o povo inglês assentou o famoso edifício das suas liberdades políticas, que são a admiração do mundo: a limitação do poder pessoal do rei; o predomínio do Parlamento; o jogo dos partidos; a responsabilidade dos ministros; a subordinação dos gabinetes à confiança da maioria do Parlamento” (169).

No Brasil, consoante os ensinamentos de CARVALHOa (2004) e do próprio OLIVEIRA VIANNA (1974), a lógica é diferente. Aqui os primeiros direitos fundamentais a se afirmar foram os direitos políticos, seguidos dos direitos civis e, no fim, os direitos sociais. Afirmção corroborada por BARRETO (2010): O caso tomado, como paradigmático por T. H. MARSHALL, o da Grã-Bretanha, não foi o mesmo encontrado na França ou no Brasil. Os direitos políticos na França foram antecidos pelos direitos civis, mas não de forma tão diferenciada, como foi o caso da Grã-Bretanha; **no Brasil, por sua vez, os direitos políticos antecederam os direitos civis, [...] (p. 146)**”.

Com efeito, já em 1821, os brasileiros foram convocados para participar das eleições para as Cortes Gerais e Extraordinárias da Nação portuguesa, reconhecendo-lhes, portanto, uma cidadania que se expressava através de eleições. Do mesmo modo, em 1822, foram os brasileiros convocados também para eleger os deputados à Assembleia Geral Constituinte e Legislativa que iria elaborar a Constituição do novo Império do Brasil. Já a afirmação dos direitos sociais veio muito tempo depois.

No Brasil, há uma corrente doutrinária que sustenta que os direitos sociais foram uma dádiva do Estado, principalmente do Governo Vargas, após a Revolução de 1930. Com efeito, ensina SEGADAS VIANNA (1966):

“E o processo evolutivo da legislação do trabalho tem uma correlação direta com o ambiente político e, sobretudo, com o ambiente social e econômico; ela normalmente nasce e se desenvolve tendo em vista a pressão dos acontecimentos. Não apenas a da opinião pública, através dos chamados **movimentos de opinião, campanhas políticas**, propagandas nos jornais e na praça pública, mas, especialmente, da pressão material que se manifesta por meio de greves, **dos dog-contracts, locks-outs, picketings, strick-breaker, mise-à- index, boycotts, black-lists, sabotages, etc.**

Movimentos ascendentes – Todas essas formas de luta, algumas vezes levadas ao extremo da violência e das barricadas, visam ao atendimento de reivindicações e sua solução, afora a dos acordos coletivos de curta duração, só pode ser encontrada através da lei, que é a forma, por excelência, da solução estatal dos problemas sociais. [...] (p.42).

No Brasil, de acordo com o mesmo autor, os direitos originaram-se por outro movimento, o descendente, caracterizado por inexistência de luta de classes, falta de associações profissionais de apoio, falta de espírito de classes e inexistência de indústrias ou atividades produtivas arregimentadoras de grandes massas de trabalhadores.

Os direitos sociais (inclusive a legislação trabalhista) são fruto de uma ação de cima para baixo, do governo para a coletividade (p. 42).

Entretanto, esta versão de que os direitos sociais teriam sido uma outorga do Estado Brasileiro, sustentada por OLIVEIRA VIANNA, em DIREITO DO TRABALHO E DEMOCRACIA SOCIAL (1945) e SEGADAS VIANNA, em INSTITUIÇÕES DE DIREITO DO TRABALHO (1966), é contestada por outros autores como LUIZ WERNECK VIANNA (1978), sem esquecer as greves do período 1901 a 1919 (CARVALHO,1987; PINHEIRO ET ALII, 2006).

Com efeito, o movimento sindical, no Brasil, teve início desde a virada do século XIX e houve greves importantes desde o início do

século XX até meados da década de 1930. Datam ainda dessa época as primeiras leis sociais e sindicais que, em geral, beneficiam os funcionários públicos e, aos poucos, vão se estendendo aos funcionários das empresas privadas.

É de 1923, a Lei Eloy Chaves que criou a Caixa de Aposentadorias e Pensões dos Ferroviários. As caixas se expandiram para outras categorias profissionais; em 1926, já existiam 33 dessas instituições e, em 1930, já eram 47. O que ocorreu de novo nesse campo, em 1930, foi o início da intervenção direta do Estado no campo do trabalho, principalmente através do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (D'ARAÚJO, 2003, p. 223).

1.1. A afirmação dos direitos políticos no Império e na Primeira República

Os constituintes de 1824 foram influenciados principalmente pelo liberalismo francês, pelo iluminismo português e pelas condições específicas do país.

Do liberalismo francês veio a preocupação com a preservação da liberdade. Daí o seu cuidado em limitar o poder dos governantes, como meio de evitar o arbítrio tanto do monarca absoluto do Antigo Regime quanto do período napoleônico.

Daí a separação dos poderes. Não a separação tripartida dos poderes de MONTESQUIEU, mas a proposta por BENJAMIN CONSTANT, cujas obras eram bastante conhecidas pelos homens da Independência.

De acordo com CONSTANT (2005, p. 19), deveria haver cinco poderes:

- (I) Poder real ou neutro, atribuído com exclusividade ao monarca, que ficava acima dos outros poderes constitucionais e que se destinava a permitir o perfeito funcionamento do regime, ao impedir que um poder invadisse a área de jurisdição de outro ou criasse obstáculos para o seu perfeito funcionamento;
- (II) Poder representativo da duração ou assembleia hereditária nomeada pelo monarca, corpo intermediário entre o rei e o povo, destinada a manter o povo em ordem e a defender os seus direitos contra os atos arbitrários do monarca;
- (III) Poder representativo da opinião pública ou assembleia popular, eleita diretamente pelo povo;

- (IV) Poder executivo, constituído pelos ministros e destinado a executar as resoluções das assembleias e responsável perante elas; e
- (V) Poder judiciário.

Mas limitar também o poder do povo. Os liberais do período pós- revolucionário ainda tinham vivas as lembranças das atrocidades cometidas contra as liberdades dos indivíduos em nome da soberania popular. Daí que sustentavam que a soberania do povo é essencialmente limitada. Há uma parte da existência humana que não está subordinada à jurisdição do poder político.

A esse respeito afirma CONSTANT (2005):

“A universalidade dos cidadãos é o soberano, no sentido de que nenhum indivíduo, nenhuma fração, nenhuma associação parcial pode se arrogar a soberania, se ela não lhe for delegada. Mas daí não decorre que a universalidade dos cidadãos ou os que por ela são investidos da soberania possam dispor soberanamente da existência dos indivíduos. Ao contrário, há uma parte da existência humana que, necessariamente, permanece individual e independente, e que está de direito fora de qualquer competência social. A soberania só existe de maneira limitada e relativa. No ponto em que começa a independência e a existência individuais detém-se a jurisdição dessa soberania (p.9).

A soberania do povo não é ilimitada; ela é circunscrita em limites que lhe traçam a justiça e os direitos dos indivíduos. A vontade de todo um povo não pode tornar justo o que é injusto. Os representantes de uma nação não têm o direito de fazer o que a própria nação não tem o direito de fazer. (p. 15).”

E a forma de limitar a soberania popular foi o governo representativo.

Na concepção dos liberais do período pós-revolucionário, todo o povo de um Estado moderno não poderia participar do seu governo. Afastava-se assim a chamada democracia direta.

Havia a necessidade de os indivíduos designarem representantes seus para se encarregarem, em seu nome, dos negócios do Estado. Entretanto, nem todos os indivíduos estavam capacitados para exercer essas funções e até para escolher os capacitados para tal. Daí a divisão dos indivíduos de um Estado em cidadãos ativos e cidadãos passivos.

Ativos seriam os indivíduos que, além da nacionalidade e da idade estabelecida pela lei, dispunham de instrução e de situação econômica adequadas para o exercício da cidadania – exercício dos encargos do Estado e /ou escolha de seus representantes. Passivos seriam os indivíduos que, apesar da nacionalidade e da idade, não dispunham de instrução e situação econômica para o correto exercício da cidadania.

É ainda a lição de CONSTANT (2005):

“Em nossas sociedades atuais, o nascimento no país e a maturidade etária não bastam para conferir aos homens as qualidades próprias ao exercício dos direitos de cidadania. Aqueles que a indigência retém numa eterna dependência e condena a trabalhos cotidianos não são nem mais esclarecidos que as crianças sobre os negócios públicos, nem mais interessados que os estrangeiros por uma prosperidade nacional, cujos elementos não conhecem e cujas vantagens só compartilham indiretamente [...]. É necessária portanto uma condição além do nascimento e da idade prescrita pela lei. Essa condição é o tempo indispensável à aquisição das luzes, à retidão do juízo. Somente a propriedade proporciona esse tempo; somente a propriedade torna os homens capazes do exercício dos direitos políticos (p. 56).”

Note-se que essa crença de que somente a propriedade dá condições ao indivíduo para o exercício dos direitos políticos era generalizada no pensamento político do séc. XVIII, tanto entre os publicistas e

filósofos pré-revolucionários, como entre os publicistas e filósofos pós-revolucionários.

A esse respeito escreve BURDEAU (1971):

“Quando d'HOLBACH, [...], declarava que só o proprietário é um verdadeiro cidadão, ele só fazia exprimir brutalmente a convicção de todos os publicistas e filósofos de seu século, de VOLTAIRE e MONTESQUIEU a ROUSSEAU, a MABLY, a RAYNAL, a CONDORCET mesmo. É a tese da Enciclopédia, em que DIDEROT afirma que é a propriedade que faz o cidadão. Se é assim é porque o cidadão é um homem da ordem, suficientemente esclarecido para poder escolher seus representantes com conhecimento de causa, bastante independente para estar ao abrigo das pressões. Ora, que critério melhor que a posse de uma certa propriedade, poderia permitir assegurar que essas condições estão preenchidas (p. 217/8)”.

A Constituição de 1824 acolheu a repartição dos poderes de CONSTANT (2005), com algumas alterações:

- (I) o poder real foi atribuído ao Imperador juntamente com o Poder Executivo, o que lhe retirava a neutralidade;
- (II) o poder representativo da duração foi atribuído a um Senado vitalício, cujos membros eram escolhidos pelo Imperador a partir de uma lista tríplice eleita pelas Províncias. E acolheu também as concepções sobre o governo representativo e o sufrágio censitário.

Do iluminismo português os constituintes de 1824 adotaram a postura de condenação das práticas do Antigo Regime, mas sem as rupturas dramáticas provocadas pela Revolução Francesa (NEVES, 2001, p.76).

De acordo com o resumo de NEVES (2001), isso significou:

- (a) uma monarquia constitucional, aliada à Igreja Católica que se colocava a seu serviço;

- (b) uma sociedade, em que reinavam os homens ilustrados, cujo papel era orientar a opinião pública;
- (c) uma liberdade que não ultrapassasse os direitos alheios;
- (d) uma igualdade restrita aos planos da lei (100)

Por outro lado, de acordo com KUGELMAS (2002), **o contrato social implícito da formação do país como nação independente e na consolidação das instituições políticas imperiais repousava na aliança entre a Coroa e o complexo de interesses não só agrários como mercantis e financeiros em torno da escravidão (p. 25)**. Ou, em termos concretos, o contrato social significava a adoção dos seguintes princípios, que se encontram na Carta aos Brasileiros, pacto firmado entre D. Pedro e as elites políticas brasileiras:

- preservação do regime monárquico;
- defesa da propriedade privada;
- manutenção do trabalho escravo;
- liberdade de comércio;
- respeito aos preceitos constitucionais;
- representatividade
- centralização administrativa do Império (GUIMARÃES, 2001, p. 124/5).

Em vista de tudo o que foi exposto, foi adotada a chamada democracia censitária ou uma democracia de proprietários, selecionando os eleitores de acordo com a propriedade e a renda.

O sistema de eleições era indireto, fazendo-se a distinção entre **votantes** e **eleitores** de Província. Na primeira fase, os votantes – todos os que possuíam renda anual superior a 100 mil réis, entre outros requisitos – elegiam os eleitores, nas eleições primárias paroquiais. Na segunda fase, esses Eleitores de Província – todos os que possuíam renda anual superior a 200 mil réis - elegiam os Deputados, Senadores e Membros dos Conselhos de Província.

Por outro lado, só poderiam ser eleitos deputados os que tivessem, entre outros requisitos, renda anual de 400 mil réis e professassem a religião oficial do Estado. Já para a eleição de senadores se exigia, além de outros requisitos, uma renda anual de 800 mil réis.

Entretanto, de acordo com CARVALHOa (2004), a limitação de renda era de pouca importância. A maioria da população trabalhadora ganhava mais de 100 mil réis por ano. [...] O critério da renda não excluía a população pobre do direito do voto. Dados de um município do interior da província de Minas Gerais, de 1876, mostram que os proprietários rurais representavam apenas 24% dos votantes. O restante era composto de trabalhadores rurais, artesãos, empregados públicos e alguns poucos profissionais liberais (p. 30).

Esta posição de CARVALHOa (2004) é corroborada por PIMENTA BUENO (1978), o mais importante comentador da Constituição de 1824, que, após condenar o voto universal, afirma: **A constituição brasileira resolveu o problema que acima indicamos por um modo verdadeiramente liberal, quase que estabeleceu o voto universal, excluiu apenas aqueles que evidentemente não ofereciam as condições inflexivelmente indispensáveis, [...] (191) ...Resta a quinta exclusão, dos que não têm cem mil reis de renda líquida anual por bem de raiz, indústria, comércio ou empregos. Ora, no Brasil quase que é preciso ser mendigo para não possuir tal rendimento, ou pelo menos ser homem perfeitamente vadio e inútil (p.192).**

Mas não é seguida por IGLESIAS (1993) que afirma: **Para votar e ser votado é preciso um mínimo de renda, sem a qual não se participa do processo. Mesmo sem a exclusão do analfabeto, a nação, em sua quase totalidade, está fora do jogo (p. 140).**

O sufrágio censitário não era uma exclusividade do Brasil. Existia na Inglaterra, país que servia de modelo para o Brasil de então e lá as exigências de renda eram maiores. Até 1832, só podiam votar os proprietários que tivessem rendimento anual líquido de 40 shillings.

Além disso, como a Constituição de 1824 não dizia como essa renda de 100 mil réis anuais devia ser comprovada, havia muitas maneiras de burlá-la, cabendo ao cabalista fornecer a prova, que em geral era o testemunho de alguém pago para jurar que o votante tinha renda legal (CARVALHOa, 2004, p. 33).

As eleições por sua vez eram bastante concorridas.

De acordo com o censo de 1872, 13% da população total, excluídos os escravos, votavam. Segundo cálculos do historiador Richard Graham, antes de 1881 votavam em torno de 50% da população masculina (CARVALHOa, 2006, p. 31). No mesmo período, a participação na Inglaterra era de 7% da população total.

Além disso, as eleições eram frequentes. Houve eleições ininterruptas de 1822 até 1930 (CARVALHOa, 2004, p. 31), só havendo interrupções em ocasiões excepcionais.

Todavia, esses aspectos positivos do sistema eleitoral do Império foram amplamente neutralizados por seus defeitos:

- (I) mais de 85% da população brasileira de então era constituída de analfabetos, incapazes de ler um jornal, um decreto do governo, um alvará da justiça, uma postura municipal (CARVALHOa, 2004, p. 32);
- II) mais de 90% da população brasileira de então vivia na zona rural, sob o controle e a influência dos grandes proprietários rurais;
- III) Na zona rural, os proprietários eram, na sua grande maioria, oficiais da Guarda Nacional, cujo comandante – o coronel – era o proprietário de maior prestígio na região;
- IV) A Guarda Nacional era uma organização paramilitar, criada em 1831, para dar cumprimento ao art. 145 da Constituição de 1824 (**Todos os brasileiros são obrigados a pegar em armas, para sustentar a Independência, e integridade do Império, e defendê-lo dos seus inimigos externos ou internos**). É a Nação em armas, na concepção dos liberais franceses,

concepção igualmente adotada pelos liberais brasileiros e por eles utilizada para fazer frente aos acontecimentos e desordens ocorridos quando da renúncia de D. Pedro I e durante o período da Menoridade.

Na sua primeira fase, a Guarda Nacional, de acordo com a concepção dos liberais que elaboraram a Lei de 18 de agosto de 1831, foi uma organização paramilitar democrática, formada por cidadãos de todas as raças (brancos, pardos, negros libertos), de todas as classes sociais (proprietários rurais, comerciantes, profissionais liberais, assalariados, desde que tivessem renda para se alistar como eleitores), cujos oficiais eram eleitos. Além disso, era uma força cidadã, vez que o serviço não era remunerado. Sua principal atuação era como força policial e só excepcionalmente atuava como força militar em conflitos externos. Foi o grande instrumento de sustentação do trono na Menoridade e durante grande parte do Segundo Império.

Em 1850, com a Lei nº 602, a Guarda Nacional entra em sua segunda fase:

- (I) perdeu seu caráter municipal, passando a se subordinar aos Presidentes da Província e ao Ministro da Justiça;
- (II) seus oficiais deixaram de ser eleitos pelos subordinados e passaram a ser designados pelos Presidentes de Província ou, por indicação destes, pelo Poder Central;
- (II) as patentes passaram a ser pagas com imposto do selo e emolumentos;
- (IV) seus altos oficiais passaram a ser agraciados com títulos de nobreza. O resultado dessas modificações foi que a Guarda Nacional passou a ser utilizada como instrumento político, não só porque só tinha acesso ao oficialato quem tinha o apoio dos governantes, mas principalmente porque serviu como força de pressão contra a oposição. É a chamada fase eleitoreira.

Em 1918, a Guarda Nacional foi extinta pelos militares vitoriosos na Revolução de 15 de novembro de 1889 (CASTRO 1974; PINHEIRO ET ALII, 2006).

- V) É de se perceber facilmente a força da pressão que esses oficiais da Guarda Nacional, que também eram os chefes políticos locais, exerciam sobre a população na época da eleição, que, em grande parte, deles dependia para o seu sustento e para proteção contra o arbítrio da polícia ou de outros chefes políticos locais.

O resultado de tudo isso é que esses eleitores eram empurrados para as eleições como gado. Ficavam trancados em currais, onde tinham comida e bebida fartas, mas sob a vigilância dos cabalistas e dos capangas para não mudarem o voto determinado pelo patrão. **O senhor de engenho – este até então apenas chefe de clã feudal – fez-se chefe de clã eleitoral; era ele quem levava, na sua submissão e docilidade, essa plebe rural – base do eleitorado nacional e expressão majoritária da soberania da Nação – até a boca das urnas** (OLIVEIRA VIANNA, I, 1974, p. 271; no mesmo sentido, CARVALHOa, 2004; IGLESIAS, 1993).

Não tinha, pois, o povo noção de cidadania, a consciência de que estava participando da escolha de seus representantes que iriam gerir o país em seu nome. Para a maioria, a eleição era a ocasião de ganhar um dinheiro extra, uma roupa nova, um novo par de calçados ou, no mínimo, uma boa refeição; enfim, era um negócio (CARVALHOa, 2004; OLIVEIRA VIANNA, 1974).

Com o tempo esse negócio das eleições foi-se tornando bastante caro para os políticos e eles resolveram alterar o sistema eleitoral.

Em 1881, com a Lei Saraiva foi aprovada uma reforma eleitoral que pretendia alcançar a verdade eleitoral. A citada lei introduziu as seguintes alterações:

- I) eliminou o primeiro turno das eleições;

- II) com isso, eliminou a figura do votante e estabeleceu o sistema do voto direto;
- III) aumentou a exigência de renda para 200 mil réis anuais;
- IV) proibia o voto dos analfabetos; e
- V) tornava o voto facultativo.

A exigência da renda de 200 mil réis anuais não era muito alta, mas a lei era muito exigente no que se refere à sua comprovação. Não bastavam declarações de terceiros, nem mesmo dos empregadores. Muitas pessoas com renda suficiente deixavam de votar por não conseguirem provar seus rendimentos ou por não estarem dispostas a ter o trabalho de prová-los (CARVALHOa, 2004, p. 38).

Todavia, o maior impacto negativo foi provocado pela proibição do voto dos analfabetos. Como se viu anteriormente, cerca de 13% da população total, excluídos os escravos, haviam votado em 1872; em 1886, essa percentagem desceu para 0,8% da população total.

Com a Constituição de 1891, foram-se o Estado Unitário, a Monarquia, o Parlamentarismo, o Estado aliado à Igreja Católica e entraram a Federação, a República, o Presidencialismo e o Estado laico, separado da Igreja Católica.

Embora a queda da Monarquia tenha sido obra principalmente da juventude militar positivista, a ideologia do novo regime continuou sendo o liberalismo.

A nova Constituição não adotou o critério de renda para a qualificação dos eleitores, mas mantinha fora do processo político os analfabetos, o que significou a exclusão da maioria da população brasileira. Com efeito, não podiam alistar-se como eleitores:

- I) Os mendigos;
- II) os analfabetos;
- III) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior;

- IV) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto, que importe a renúncia da liberdade individual (Constituição de 1891, art. 70, & 1º)

Mas, além dessas restrições de ordem legal, ainda persistiam os mesmos fatores que falseavam o resultado das eleições durante o Império.

Com efeito, com a República veio também a Federação.

Teoricamente, a Federação seria um sistema democrático, na medida em que aproxima o povo de seus governantes, que são seus representantes. No entanto, no Brasil da Primeira República, o que ocorreu foi que houve um fortalecimento do poder dos coronéis, mesmo quando a Guarda Nacional perdeu sua condição de organização militar.

O coronel aliou-se ao Presidente do Estado, para cuja eleição concorrera, assim como o Presidente do Estado se tornara aliado do Presidente da República. Dessa aliança resultou que o coronel apropriou-se do poder do Estado na sua região; tornou-se o legislador, a administração pública e a justiça. Todos os cargos públicos, na região sob seu domínio, eram preenchidos por pessoas de sua confiança: o delegado de polícia, o juiz, o promotor, o coletor de impostos, a professora primária, etc.

Como consequência, continuaram os currais eleitorais, a compra de votos, a violência contra os dissidentes e, quando o resultado das urnas não correspondia aos desejos do coronel, o falseamento de seus resultados, a chamada eleição de bico de pena (CARVALHOa, 2004; FAUSTOa, 2006, IGLESIAS, 1993).

A conclusão é ainda de CARVALHO^b (1987): **A República ou os vitoriosos da República, fizeram muito pouco em termos de expansão de direitos civis e políticos. O que foi feito já era demanda do liberalismo imperial** (p. 45).

1.2 A afirmação dos direitos políticos no período de 1930 a 1964

Para se entender esse período da história nacional, faz-se mister transcrever o seguinte trecho de SINDICALISMO E CLASSE OPERÁRIA (in FAUSTOb, 2007):

“A década de 30 marcou o ponto mais alto da crise das ideologias liberais e democráticas e da ascensão das ideias e valores autoritários. Não se tratou de um fenômeno restrito às fronteiras nacionais e que começou na década de 30 (p. 612). [...] No transcorrer da década de 20, a Europa assistiu ao êxito de movimentos de caráter autoritário ou totalitário de direita que implicavam a eliminação do sistema pluripartidário, da competição política, da liberdade de imprensa e de associação, no fechamento ou subordinação do Parlamento, na supremacia do Executivo (p. 612)

No transcorrer da década seguinte, o liberalismo e a democracia representativa estavam em plena defensiva em todo o continente europeu, com a consolidação de regimes fascistas ou autoritários conservadores em vários países.

Porém, se na Europa o pensamento autoritário tinha características conservadoras, expressão das tentativas das antigas classes e grupos sociais de manterem suas posições ameaçadas pela pressão dos trabalhadores e das camadas populares, a mesma coisa não pode ser dita com relação ao pensamento autoritário brasileiro. Aqui, o avanço das ideologias autoritárias esteve vinculado à emergência de novos grupos sociais e forças políticas no contexto de um projeto de modernização da sociedade e reorganização do aparelho estatal. As ideologias autoritárias tiveram, em parte, uma dimensão antioligárquica, de oposição às classes proprietárias tradicionais.

As novas correntes políticas que, na década de 30, fizeram sua entrada na arena política tinham como pontos em comum – apesar das

mútuas divergências - a rejeição da liberal-democracia, do pluripartidarismo, do capitalismo competitivo, do cosmopolitismo. A geração das décadas anteriores tivera o liberalismo como bandeira, embora a prática oligárquica estivesse muito distante do ideal (612/3). [...] Ao contrário, as novas forças em ascensão – getulistas, tenentistas, integralistas, comunistas, aliancistas – defendiam um Estado forte com funções tutelares sobre a sociedade, sobre as classes sociais e sobre o sistema econômico. Na verdade, as correntes políticas que surgem nos anos 30 ocupam posições diferentes dentro de um mesmo universo ideológico, caracterizado pelo nacionalismo, pelo autoritarismo, pelo intervencionismo (p.613).

Esse período, um dos mais conturbados da história política do país, compreende as Constituições de 1934, 1937 e 1946 e se inicia com a Revolução de 1930.

No início, a Revolução de 1930 se prenuncia como um simples conflito de grupos no seio da oligarquia: os governantes de Minas Gerais, do Rio Grande do Sul e da Paraíba discordaram do procedimento do Presidente WASHINGTON LUÍS ao designar o seu sucessor na Presidência, sem prévia consulta aos Estados acerca de outras possíveis candidaturas, e formaram a Aliança Liberal que apresentou candidatos próprios – GETÚLIO VARGAS e JOÃO PESSOA, para presidente e vice-presidente, à eleição que se realizou em 1º de março de 1930.

Venceu o candidato do governo – JÚLIO PRESTES, governador do Estado de São Paulo, mas a oposição não aceitou o resultado das eleições e resolveu pegar em armas. A luta durou quatro meses e terminou com a vitória dos revolucionários e com a deposição do Presidente WASHINGTON LUÍS.

Encerrava-se aí a primeira fase do federalismo brasileiro, denominado pela doutrina de federalismo oligárquico.

Os críticos dessa primeira fase da política brasileira afirmavam que federalismo e oligarquia eram irmãos gêmeos, pois era o federalismo que alimentava as oligarquias, que lhes abria amplo campo de ação e lhes fornecia os instrumentos de poder (CARVALHOa, 2004, p.

93). Por isso, ainda segundo esses críticos, fazia-se mister fortalecer o poder central que voltaria a exercer o papel de organizador da nação, como na época do Império (CARVALHOa, 2004, p. 93).

Derrubado o Presidente da República, GETÚLIO VARGAS assumiu o governo provisoriamente e passou a aplicar o programa da Aliança Liberal.

Através do Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, foi promulgado o Código Eleitoral, que regulou o alistamento dos eleitores e as eleições federais, estaduais e municipais e consagrou o sufrágio universal e direto, voto secreto e representação proporcional, o direito de voto às mulheres; aprovou o estatuto dos partidos e instituiu a Justiça Eleitoral, com as garantias da magistratura federal, a que foi confiada a organização, superintendência e controle dos atos eleitorais, bem como o respectivo contencioso.

Como consequência da Revolução Constitucionalista de São Paulo, em 1932, foi convocada uma Assembleia Constituinte que elaborou e promulgou a Constituição de 1934.

A Constituição de 1934 é uma Constituição de transição entre o liberalismo da Primeira República e o Estado forte, autoritário e interventor do Estado Novo. Nesse sentido, é uma constituição híbrida, onde há elementos da democracia liberal, como o reconhecimento dos direitos civis e políticos, e elementos do novo Estado que surgirá em 1937, como a centralização e consequente diminuição da autonomia dos Estados, a intervenção no domínio econômico com a consequente restrição ao direito de propriedade, bem como o reconhecimento de um extenso catálogo de direitos sociais, com a consequente restrição à liberdade de contratar.

No campo dos direitos políticos e seguindo a orientação do Código Eleitoral de 1932, dispunha em seu art. 108:

São eleitores os brasileiros de um ou de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei.

Parágrafo único: Não se podem alistar eleitores:

- os que não saibam ler e escrever;
- as praças de pré, salvo os sargentos do Exército e da Armada e das forças auxiliares do Exército, bem como os alunos das escolas militares de ensino superior e os aspirantes a oficial;
- os mendigos;
- os que estiverem, temporária ou definitivamente, privados dos direitos políticos.

Em que pese a concessão do direito de voto às mulheres, a Constituição trouxe poucos progressos no que se refere à participação popular na vida política do país, vez que, proibindo o voto dos analfabetos, dela afastava cerca de 50% da população.

Com a aproximação da sucessão do Presidente GETÚLIO VARGAS, a luta política se acirrou. Apesar da existência de partidos, a luta foi comandada por organizações políticas antiliberais e antidemocráticas: a Ação Integralista Brasileira, fundada em 1933 por PLÍNIO SALGADO, com uma doutrina nacionalista, tradicionalista e autoritária, e a Aliança Nacional Libertadora, criada em 30 de março de 1935, como frente antifascista que reuniu os Partidos Socialista e Comunista, além de outros elementos de esquerda (CARVALHOa, 2004; CAETANO, I, 1977; IGLESIAS, 1993)

O acirramento do confronto entre direita e esquerda, no País e principalmente no exterior, bem como o levante comunista de 1935, levaram os comandantes militares a se pronunciarem pela abolição da Constituição de 1934 e sua substituição por outra mais adequada, ideia imediatamente encampada por GETÚLIO VARGAS.

GETÚLIO VARGAS deu um golpe de Estado, outorgou a Carta de 1937 e encerrou o debate político, com a extinção dos partidos políticos através do decreto-lei nº. 37, de 2 de dezembro de 1937.

A Constituição de 1937 é o instrumento de implantação e consolidação do chamado Estado Novo. Este, por sua vez, segue o modelo do Estado corporativo em voga na Europa – nazismo na Alemanha, fascismo na Itália, franquismo na Espanha e salazarismo em Portugal, embora com suas peculiaridades. Todos estes têm em comum a crítica e a rejeição tanto do capitalismo liberal quanto do socialismo.

Ao capitalismo liberal criticava o fato de gerar desigualdades e de fomentar conflitos e lutas entre as classes, o que, por sua vez, criava a instabilidade, as crises financeiras, a miséria e as guerras. O Estado liberal seria fraco e incapaz de promover as correções necessárias na sociedade, no mercado e na produção. Quanto ao socialismo criticavam o fato de este promover uma falsa igualdade social, o seu materialismo e a negação dos valores tradicionais das religiões e culturas de cada país.

O Estado Novo seria uma saída intermediária entre esses dois sistemas e, como tal, conteria uma política econômica, uma política social e, principalmente, como suporte a essas políticas, um projeto de organização da sociedade.

No campo do desenvolvimento econômico, promove a industrialização com medidas como a política de substituição de importação e a isenção tributária para a importação de bens de capital.

No campo social, consolida os direitos sociais dos trabalhadores, concedidos desde 1930, através da Consolidação das Leis do Trabalho.

Mas o que caracteriza o Estado Novo é a organização da sociedade que ele implantou, uma organização de estrutura hierárquica.

A Consolidação das Leis do Trabalho classificou as atividades econômicas em oito grandes grupos: comércio; indústria; transporte marítimo, fluvial e aéreo; transporte terrestre; comunicação e publicidade; crédito, educação e cultura; profissões liberais.

Para cada uma dessas atividades econômicas era criado um sindicato dos patrões e um sindicato dos empregados, em cada cidade. Nos Estados, para cada categoria, havia uma federação de sindicatos dos patrões e uma federação de sindicatos dos empregados. E, no nível federal, para cada categoria, havia uma confederação congregando as federações dos patrões e uma confederação congregando as federações dos empregados. No ápice dessa organização estava o Ministério do Trabalho, que regulava e controlava o seu funcionamento. Na base, se encontrava o indivíduo, considerado parte da máquina estatal.

O controle do Ministério do Trabalho sobre o sindicato substituíva, de certo modo, a repressão policial e se dava das seguintes maneiras, de acordo com a legislação vigente:

- (I) apenas associações profissionais registradas no Ministério do Trabalho poderiam ser reconhecidas como sindicatos, através da carta de reconhecimento sindical;
- (II) os estatutos sindicais eram uniformizados pelo Departamento Nacional do Trabalho, havendo um texto único com espaços em branco a serem preenchidos: nome, endereço, etc.
- (III) o Ministério Trabalho exercia um rígido controle econômico-financeiro sobre o indicado, devendo este apresentar, a cada ano, seus respectivos orçamentos;
- (IV) qualquer infração a dispositivo legal dava ensejo à destituição da diretoria do sindicato e à intervenção ministerial;
- (V) as chapas concorrentes às eleições sindicais deveriam ser aprovadas pelo Ministério, que não admitia a candidatura de pessoas com ideologias contrárias aos interesses da nação. Por isso, os candidatos tinham que apresentar um nada consta/ atestado de ideologia, expedido pela Delegacia Especial de Segurança Pública e Social;

(VI) o sindicato devia manter um livro contendo dados – nome, endereço, no da carteira profissional, etc – de cada um de seus associados.

Para manter essa estrutura de sindicatos, federações e confederações foi criado o Imposto Sindical – todo ano era descontado, na folha de pagamento, um dia de salário de cada trabalhador empregado, sindicalizado ou não. Esse dinheiro era recolhido pelo Ministério do Trabalho e distribuído aos sindicatos, federações e confederações na forma estabelecida em lei.

Pode-se citar ainda a Justiça do Trabalho, como instrumento de controle da classe trabalhadora e de prevenção de conflitos entre o capital e o trabalho. A Justiça do Trabalho foi criada pela Constituição de 1934, mas só foi inaugurada em 1º de maio de 1942. Era e é ainda um fórum especial, onde patrões e empregados resolvem suas disputas na presença mediadora do Estado; procurava-se atender aos interesses de patrões e empregados, evitando-se o conflito e a greve (D'ARAÚJO, 2003, in FERREIRA et DELGADO, 2003).

O objetivo dessa estrutura era substituir os interesses particulares pelos interesses da coletividade e, com isso, tentar fazer desaparecer os conflitos entre o capital e o trabalho, bem como as disputas político-ideológicas (CAPELATO, 2003, in FERREIRA et DELGADO, 2003; D'Araújo, 2003).

Além disso, o regime se utilizou amplamente da propaganda para conquistar os corações e legitimá-lo. Para tanto, foi criado o Departamento de Imprensa e Propaganda, encarregado da produção de objetos, artigos, livros, filmes de propaganda do governo. E reprimiu violentamente toda oposição através de prisões, torturas, exílios e censura não só dos considerados subversivos (comunistas, socialistas, anarquistas), mas também opositores liberais e até aliados como os integralistas.

Derrubado GETÚLIO VARGAS, foi convocada uma Assembléia Constituinte que elaborou e promulgou a Constituição de 1946.

No que se refere aos direitos políticos, a Constituição de 1946 não modifica em nada a Constituição de 1934; os analfabetos continuam aliçados da vida política, não podendo votar nem ser votados, isto é, grande parte da população brasileira continua destituída de sua cidadania.

No entanto, a participação popular nas eleições dos Presidentes EURICO DUTRA, GETÚLIO VARGAS, JUSCELINO KUBITSCHEK e JÂNIO QUADROS é expressiva, comandada por 12 partidos políticos, dos quais os mais importantes eram o Partido Social Democrata (PSD) e o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), como herdeiros do getulismo, e a União Democrática Nacional (UDN), formada pela antiga oposição liberal, herdeira da tradição dos partidos democráticos estaduais e adversária do Estado Novo (FAUSTOa, 2006, p. 213).

Já no final do período, o povo analfabeto começa a derrubar as barreiras de sua exclusão da cidadania. Aparecem, no cenário nacional, as LIGAS CAMPONESAS, que congregavam trabalhadores rurais, posseiros e pequenos proprietários rurais.

Quanto ao resto, continuam as mesmas práticas de fraude das eleições, já vistas anteriormente.

1.3 A afirmação dos direitos políticos no período de 1964 a 1985

Nesse período vigoraram as Constituições de 1946, modificada por várias emendas e pelos Atos Institucionais baixados pelos militares, de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/69, que modificou profundamente a Constituição de 1967.

É um período de grande repressão ao exercício dos direitos políticos. Os revolucionários de 1964 derrubaram o Presidente JOÃO GOULART e impuseram ao Congresso Nacional a eleição do General

HUMBERTO DE ALENCAR CASTELO BRANCO como novo Presidente da República.

É o início de um período de governo ditatorial que se inicia em 1964 e vai até 1985 e que, portanto, vigorou no país durante 21 anos.

Diferentemente do que ocorreu em 1937, não houve um único ditador; periodicamente era eleito um general de exército para exercer as funções de Presidente da República.

Também diferentemente do ocorreu em 1937, no período ditatorial que vai de 1964 a 1985, houve eleições periódicas, embora dentro das regras do jogo estabelecidas pelos militares, e o Congresso Nacional permaneceu aberto, ainda que para ratificar as medidas tomadas pelas forças armadas.

O período de governo ditatorial que vai de 1964 a 1985 não é uniforme no que se refere aos direitos políticos e aos direitos civis.

Segundo CARVALHO, podem-se identificar três fases nesse período ditatorial:

a) 1ª Fase: 1964 – 1968

Corresponde ao governo do General HUMBERTO DE ALENCAR CASTELO BRANCO e ao primeiro ano do governo do General ARTUR DA COSTA E SILVA.

É caracterizado por uma inicial forte repressão aos direitos políticos e civis, abrandando-se no final do período. Através da edição do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, o Comando Supremo da Revolução, integrado pelos Comandantes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, se atribuíram o poder de suspender os direitos políticos, pelo prazo de 10 anos, e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos (art. 10).

De fato, usando dos poderes conferidos pelo dispositivo acima referido, o General CASTELO BRANCO suspendeu os direitos políticos ou cassou os mandatos legislativos de vários líderes políticos, sindicais,

de intelectuais e de sindicalistas. Em 27 de outubro de 1965, foi editado o Ato Institucional nº 2, que reitera a competência do Presidente da República para suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e para cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais (art. 15)

Ainda por força do AI-2, foram extintos os partidos políticos criados a partir de 1945 (art. 18).

Seguiu-se nova onda de cassações e de suspensões de direitos políticos.

O Ato Institucional nº 1/64 estabeleceu, ainda, a eleição indireta para Presidente e Vice Presidente da República (art. 9º) e o AI-2/65 determinou que os vereadores não perceberiam nenhuma remuneração pelo exercício de suas funções (art. 10).

O Ato Institucional nº. 3, de 5 de fevereiro de 1966, estabeleceu a eleição indireta para Governador e Vice- Governador dos Estados (art. 1º) e a nomeação, pelos Governadores, dos Prefeitos das Capitais estaduais (art. 4º)

b) 2ª Fase: 1968 – 1974

Corresponde à fase mais dura do regime militar em termos de repressão aos direitos políticos.

Inicia-se com a edição do Ato Institucional nº 5 (o famigerado AI-5), de 13 de dezembro de 1968.

Além de reiterar a competência do Presidente da República de suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar os mandatos legislativos federais, estaduais e municipais (art. 4º), suspende a garantia do **habeas corpus** nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (art. 10)

Com base no AI-5, o Congresso Nacional foi fechado, por força do disposto no art. 1º do Ato Complementar nº 38, de 13 de dezembro de 1968.

O Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969, atribuiu à Justiça Militar competência para julgar civis acusados de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares.

Em agosto de 1969, o Presidente Costa e Silva sofreu um infarto ou derrame, ficando impossibilitado de exercer suas funções. Os comandantes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica não permitiram que o Vice Presidente, PEDRO ALEIXO, substituísse o Presidente enfermo, baixaram o Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1969, através do qual assumiram as funções do Presidente até o seu restabelecimento.

Declarada a vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República com a morte do General COSTA E SILVA, o Congresso Nacional foi reaberto para a eleição do novo Presidente da República.

Indicado pelos comandos militares, o General EMÍLIO GARRASTAZU MÉDICI foi eleito o terceiro Presidente do ciclo militar.

Foi sob o governo de GARRASTAZU MÉDICI que a repressão aos direitos políticos alcançou sua fase mais violenta.

c) 3ª Fase: 1974 – 1985

Com a eleição do General ERNESTO GEISEL para quarto Presidente do ciclo militar, começa a fase da abertura lenta, gradual e segura para a democracia, fase que tem continuidade com a gestão do quinto e último Presidente do ciclo militar – JOÃO BATISTA FIGUEIREDO.

Em 1978, o Congresso Nacional votou o fim do Ato Institucional nº 5, o fim da censura prévia no rádio e na televisão e o restabelecimento do **habeas corpus** para crimes políticos. O Governo atenuou a Lei de Segurança Nacional e permitiu o regresso de 120 exilados políticos.

Em 1979, o Congresso Nacional votou uma lei de anistia para os acusados de crimes contra a segurança nacional e para os agentes de segurança acusados de crimes de tortura e morte dos presos políticos.

Ainda em 1979, foi abolido o bipartidarismo político forçado. Desapareceram ARENA e MDB e foram criados seis novos partidos políticos.

Como ato final da transição, os militares se abstiveram de impor um general como candidato à sucessão presidencial em 1985, embora tivessem mantido a eleição indireta. Uma coalizão de forças da oposição e do partido do governo (PDS) levou à vitória do candidato oposicionista – TANCREDO NEVES, do PMDB.

Infelizmente, TANCREDO NEVES morreu antes de sua posse, tendo JOSÉ SARNEY, vice em sua chapa, assumido o cargo de Presidente da República.

Em cumprimento a compromisso de campanha assumido por TANCREDO NEVES, foi convocada, através da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, uma Assembleia Nacional Constituinte, para elaborar uma nova Constituição para o país.

De acordo com a Emenda Constitucional nº 26/85, o novo Congresso Nacional, a ser eleito, seria transformado em Assembleia Nacional Constituinte, com poderes para elaborar a nova Constituição. A nova Constituição foi promulgada em 5 de outubro de 1988.

2.1 A afirmação dos direitos civis no Império e na Primeira República

A Constituição de 1824 contém uma declaração de direitos que servirá de modelo para as declarações de direitos das constituições brasileiras posteriores. O seu art. 179 garante, somente aos brasileiros, a inviolabilidade dos direitos à liberdade, à segurança individual e à propriedade.

De acordo com PIMENTA BUENO (1978), os seus 35 incisos desdobram esses direitos da seguinte maneira:

Liberdade:

- liberdade de pensamento e sua comunicação;
- liberdade de consciência ou religião
- liberdade de locomoção, viagem ou emigração
- liberdade de trabalho ou indústria;
- liberdade de contratar e de associação

Direito de Segurança:

- inviolabilidade da casa;
- segurança pessoal e da prisão, compreendendo:
 - a) fiança ou livramento sem prisão;
 - b) proibição de prisão sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei, exigindo-se, contudo, nesta última hipótese, nota de culpa assinada pelo juiz;
 - c) exigência de ordem escrita da autoridade legítima para a execução da prisão, exceto flagrante delito;

- d) punição da autoridade que ordenasse prisão arbitrária, bem como de quem a tivesse requerido;
- e) exigência de lei anterior e autoridade competente para sentenciar alguém;
- e) independência do poder judicial;
- f) abolição de penas arbitrárias e juízos de comissão;
- g) personalidade dos crimes e das penas

Direito de igualdade:

- igualdade de todos perante a lei;
- acesso de todos os cidadãos aos cargos públicos;
- igualdade em relação às contribuições
- abolição de privilégios puramente pessoais;

Direito de propriedade

- direito de propriedade em geral;
- propriedade das invenções ou produções;
- inviolabilidade do segredo das cartas;

Direito de reclamação, de queixa e de petição:

- direito de requerimento ou reclamação;
- direito de queixa;
- direito de petição;

Direito de mover a ação de responsabilidade dos empregados públicos;**Direito à proteção dos socorros públicos;****Direito de instrução:**

- direito à instrução primária gratuita;
- direito a colégios e universidades

Era uma Constituição bastante liberal no molde das constituições europeias. Mas era uma declaração de direitos do homem branco e proprietário. CARVALHOa (2004) aponta três obstáculos à efetiva concretização da declaração de direitos da Constituição de 1824: a escravidão, a grande propriedade rural e a apropriação do poder público pelo poder privado (p. 45).

A escravidão negava a condição humana aos escravos, isto é, todos os direitos civis e políticos elencados na Constituição de 1824.

Muito embora o seu número fosse diminuindo com tempo por pressão da Inglaterra, passando de 30% da população brasileira à época da Independência para 5% da população em 1887, seus efeitos foram persistentes e deletérios na sociedade brasileira.

Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, a escravidão se difundiu por todo o país, com mais força nas zonas de latifúndio de agricultura de exportação.

No Brasil de antes da abolição da escravidão, todos possuíam escravos: grandes e pequenos proprietários rurais, comerciantes, profissionais liberais, padres, ordens religiosas, libertos e até escravos (CARVALHOa, 2004, p.48; FAUSTOa, 2006, p. 33).

O grave do fato em questão era que a sociedade brasileira negava a uma parte de sua população a condição humana. Nem mesmo durante a pregação da abolição se modificou essa percepção.

Com efeito, no mundo anglo-saxônico, os que combatiam a escravidão se baseavam na Declaração de Direitos e na religião. Os abolicionistas americanos sustentavam que, se a liberdade, de acordo com essa declaração, era um direito inalienável do homem, não se justificava que uma parte da população americana fosse privada dela. Por sua parte, os **quakers** baseavam a luta contra a escravidão em aspectos religiosos (a escravidão era um pecado pois negava a filhos de Deus seus direitos naturais). Já no Brasil, a Igreja Católica aceitava tranquilamente a escravidão, afirmando que só a escravidão da alma era

pecado, e os abolicionistas brasileiros apelavam para razões de ordem nacional. Joaquim Nabuco afirmava que a escravidão bloqueava o desenvolvimento das classes sociais e do mercado de trabalho, causava o crescimento exagerado do Estado e do número dos funcionários públicos, falseava o governo representativo (CARVALHOa, 2004, p. 51).

Ainda dentro dessa percepção do escravo e da escravidão, o governo brasileiro, diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, não providenciou nenhum programa de atendimento aos ex-escravos, como educação e emprego. O resultado é que, libertados, os ex-escravos continuaram escravos, voltando a trabalhar nas fazendas, agora recebendo salários aviltantes.

Não é excessivo repetir que 90% da população brasileira, à época do Império, era analfabeta e vivia na zona rural, dependendo do proprietário – coronel, major ou capitão – para o seu trabalho, para a sua subsistência, para sua moradia, para a sua defesa contra a polícia ou contra outros proprietários rurais. Dependia até para a sua assistência nas épocas de necessidade: assistência médica, remédios, dinheiro para o funeral, etc.

Estavam dependentes também do grande proprietário rural – o estado privado dentro do Estado brasileiro – o seu direito de ir e vir, o direito à propriedade, a inviolabilidade do lar, a proteção da honra e da integridade física e o direito de manifestação (CARVALHOa, 2004, p. 57).

O grande proprietário rural - o coronel, o major, o capitão - aliara-se ao Estado e se apropriara de funções que, em princípio, pertenciam a este. Dentro de seus domínios, o coronel, etc., era o legislador, o administrador público e a justiça.

Essa situação não se modificou com a Constituição de 1891 que, em seu art. 72, assegurava aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade.

Na realidade, o art. 72, com seus 31 incisos, manteve a declaração da Constituição de 1824, mas ampliou o seu catálogo:

- extinguiram-se os títulos nobiliárquicos;
- separou-se a Igreja do Estado e estabeleceu-se a plena liberdade religiosa;
- consagrou-se a liberdade de reunião sem armas;
- assegurou-se aos acusados a mais ampla defesa;
- aboliram-se as penas de galés, banimento judicial e morte;
- criou-se o **habeas corpus** com amplitude capaz de remediar qualquer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder;
- instituíram-se as garantias da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos) mas, expressamente, só em favor dos juízes federais.

A Reforma constitucional de 1926 restringiu o **habeas corpus** aos casos de prisão ou constrangimento ilegal na liberdade de locomoção e estendeu as garantias da magistratura à Justiça dos Estados.

2.2 A afirmação dos direitos civis no período de 1930 a 1964

A Constituição de 1934 manteve a declaração da de 1891, com algumas alterações significativas. A primeira consistiu na reiteração de disposição da reforma constitucional de 1926, no sentido de restringir a abrangência do **habeas corpus** para a defesa da liberdade física ou pessoal do indivíduo contra violência ou ameaça de violência, praticada ilegalmente ou com abuso de poder por qualquer autoridade. A segunda é uma consequência da primeira: foi instituído o mandado de segurança para a defesa de todos os outros direitos individuais violados ou ameaçados de violação por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.

A Constituição de 1937 não tem nenhuma importância para a afirmação dos direitos fundamentais.

A Constituição de 1946 restaurou a democracia e, com ela, a declaração de direitos da Constituição de 1934, com poucas modificações:

Entretanto, essas declarações permaneciam letra morta para a maioria da população que não tinha meios materiais nem educação suficiente para fazer valer os seus direitos.

No que se refere especificamente à Constituição de 1937, muito embora esta contivesse uma declaração de direitos semelhante à das constituições anteriores, o regime implantado era antiliberal e antidemocrático. O Estado Novo perseguiu, prendeu, torturou, forçou ao exílio intelectuais e políticos, sobretudo de esquerda e alguns liberais. Mas não adotou uma atitude de perseguições indiscriminadas. [...]. Católicos, integralistas autoritários, esquerdistas disfarçados vieram ocupar os cargos e aceitar as vantagens que o regime oferecia (FAUSTOa, 2006, p. 208).

2.3 A afirmação dos direitos civis no período de 1964 a 1985

Na realidade, a questão dos direitos civis está vinculada à dos direitos políticos nesta fase, vez que os indivíduos cujos direitos civis foram violados, na sua grande maioria, estavam ligados à atividade política – governadores, senadores, deputados federais, deputados estaduais, vereadores, líderes sindicais, intelectuais e militares.

A Constituição de 1946 continuou em vigor até 1967, com sua belíssima declaração de direitos. Também a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/69 continham extensas declarações de direitos, que não protegeram grande número de brasileiros de violações aos seus mais sagrados direitos, como se verá.

Com efeito, já no Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, foram suspensas as garantias de vitaliciedade e estabilidade para os funcionários públicos dos três poderes (art. 7º).

O Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, dava ao Presidente da República poder para suspender as garantias de vitaliciedade, estabilidade e inamovibilidade, dos funcionários públicos dos três poderes (art. 6º), para demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer funcionários públicos ou empregados de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, bem como para demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares (art. 6º, **caput** & 1º).

O § 2º do mesmo artigo dava os mesmos poderes no que refere aos funcionários e empregados dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. Ainda conforme o art. 8º do AI-5, o Presidente podia decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive das autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

O Ato Institucional nº 13, de 5 de setembro de 1969, reintroduz a pena de banimento, abolida pela Constituição de 1891, e o Ato Institucional nº 14, da mesma data, reintroduz a pena de morte, igualmente abolida pela Constituição de 1891.

Dando um resumo da situação dos direitos civis na época, afirma CARVALHOa (2004): **“a censura à imprensa eliminou a liberdade de opinião; não havia liberdade de reunião; os partidos políticos eram regulados e controlados pelo governo; os sindicatos estavam sob constante ameaça de intervenção; era proibido fazer greves; o direito de defesa era cerceado pelas prisões arbitrárias; a justiça militar julgava crimes civis; a inviolabilidade do lar e da correspondência não existia; a integridade física era violada pela tortura nos cárceres do governo; o próprio direito à vida era desrespeitado”** (p. 163- 4).

DIREITOS SOCIAIS

3.1 A afirmação dos direitos sociais no Império e na Primeira República

A Constituição de 1824 garantia, em seu art. 179, socorros públicos (XXXI) e instrução primária gratuita a todos os cidadãos (XXXII).

A lei de 15 de outubro de 1827 mandou criar uma escola de instrução primária em todas as localidades populares e o Ato Adicional, de 12 de agosto de 1834, no art. 10, § 2º, transferiu às Assembleias Legislativas provinciais a competência para legislar sobre a instrução pública (BUENO, 1978, p.432).

A Constituição de 1824 também garantia colégios e universidades (art. 179, XXXIII), ainda que não gratuitos.

Em sendo assim, o Império preocupou-se com a educação, ainda que seu programa educacional não tenha sido suficiente para diminuir o analfabetismo no Brasil.

Entretanto, nem a Constituição nem o governo imperial se preocuparam com os direitos trabalhistas e de proteção ao trabalhador. Nenhuma medida, nesse sentido, foi tomada durante o Império. De acordo com a concepção do liberalismo vigente na época, as relações de trabalho deveriam ser olhadas como relações contratuais entre iguais e, como tais, deveriam ser regidas pelas normas do Direito Privado. E, coerente com esse ponto de vista, a Constituição extinguiu as remanescentes corporações coloniais de ofício (Const. 1824, art. 179, XXV), o que reafirmava a liberdade de trabalho, ofício ou profissão, ponto importante do capitalismo que surgia e que as corporações contrariavam.

Com relação à assistência social, muito embora a Constituição garantisse socorros públicos, esta estava quase exclusivamente nas mãos de associações particulares.

As irmandades religiosas, oriundas da época colonial, ofereciam aos seus membros apoio para tratamento de saúde, auxílio funerário, empréstimos e mesmo pensões para viúvas e filhos (CARVALHOa, 2004, p. 61).

E as sociedades de auxílio mútuo, versão leiga das irmandades religiosas e antecessoras dos sindicatos, davam a mesma assistência aos seus membros (CARVALHOa, 2004, p. 61).

Quando o Império passa a legislar sobre o trabalho e a previdência, o faz beneficiando os empregados públicos: Caixa de Socorro dos empregados das estradas de ferro do Estado - Lei nº. 3.397/1888; Fundo de Pensões do Pessoal das Oficinas da Imprensa Nacional, criado pelo Decreto 10.269, de 20 de julho de 1889 (SANTOS, 1987, p. 17).

A Constituição de 1891 foi mais radical no seu liberalismo; não previu, em sua declaração de direitos, a garantia dos socorros públicos e da educação primária gratuita e se sustentava, na época, que toda legislação trabalhista era uma violação da liberdade de contratar.

Sobre ela afirma SEGADAS VIANNA (1966):

“Todos sofriam a influência das ideias dominantes nos Estados Unidos, com o caráter individualista, e dominava seus autores a crença de que fora o *laissez-faire* que levava a grande república ao alto grau de desenvolvimento já então atingido. Seguiram eles a orientação de que seria melhor acompanhar Sidgwick com a concepção de que a atividade própria do Governo se reduz à manutenção da segurança pessoal, da propriedade privada e das obrigações nascidas dos contratos, e que o bem-estar social atinge seu ponto culminante à medida que os indivíduos realizam de maneira razoável todos os seus interesses privado (p. 61)”.

É bastante elucidativo a esse respeito o veto do Presidente Manoel Vitorino ao projeto de Moraes e Barros sobre o trabalho na agricultura, em 1899: [...]. “Nas sociedades civilizadas a atividade humana se exerce em quase todas as formas sob o regime do contrato. Intervir o Estado na formação dos contratos é restringir a liberdade dos contratantes, é ferir a liberdade e a atividade individual nas suas mais elevadas e constantes manifestações, é limitar o livre exercício de todas as profissões, garantidas em toda a sua plenitude pelo art. 72, § 24 da Constituição. [...] (apud SEGADAS VIANA, 1966, p. 45).”

No entanto, em que pese essa orientação ideológica, a ordem republicana, fundada em 1889, deu prosseguimento ao processo de garantia social. Só que a determinados estratos do serviço público:

- (I) em 1889, foi concedido o direito de 15 dias de férias aos trabalhadores no abastecimento de água na Capital Federal;
- (II) o Decreto 565/1890 garante o direito de aposentadoria a todos os ferroviários, cria o Fundo de Pensão para o pessoal do Ministério da Fazenda e para o pessoal da Estrada de Ferro Central do Brasil. Somente em 1903, a legislação governamental ultrapassa os limites dos servidores do Estado e tem efetivamente início a série de medidas governamentais que, ao mesmo tempo em que garantia o reconhecimento da existência de categorias sociais, para além da existência individual dos cidadãos, reafirma timidamente a concepção da partilha profissional da população, para efeitos de direitos perante o Estado, concepção que, ..., não será alterada nem mesmo pela revisão constitucional de 1926 (SANTOS, 1987, p. 17/8).

Em 1903, há uma nova fissura na concepção **laissez-fairiana** do regime, ao reconhecer, aos profissionais da agricultura e indústrias rurais, o direito de organização e formação de sindicatos, direito

assegurado a todas as categorias profissionais em 1907. Isso implica que a aceitação da ideia de que agrupamentos sociais, reunidos por interesse comum, pudessem ser admitidos como interlocutores no debate social provocou importante fissura na ordem jurídico- institucional **laissez-fairiana, stricto sensu**, ao admitir a legitimidade de demandas coletivas, antes que estritamente individuais (SANTOS, 1987, p. 18).

Esse processo se acelera, em 1919, com o ingresso do Brasil na Organização Internacional do Trabalho. Neste ano, foi promulgada uma lei estabelecendo a responsabilidade dos patrões pelos acidentes do trabalho e, em 1926, uma lei regulou o direito de férias.

Também, por essa época foram dados os primeiros passos para a criação de um sistema de proteção social. Em 1923, foi criada a Caixa de Aposentadoria e Pensões para os ferroviários, com contribuição dividida entre governo, patrões e empregados, administração de representantes de patrões e empregados, sem a interferência do governo. Em 1926, foi criado um Instituto de Previdência para os funcionários do governo federal. O sistema expandiu-se e, ao final da Primeira República, já havia 47 Caixas, cerca de 8 mil operários contribuintes e de 7 mil pensionistas (CARVALHOa, 2004, p. 64)

Todavia, essas eram medidas para o trabalhador urbano. No meio rural, a assistência continuava sendo fornecida pelo proprietário rural – chamar o médico, adquirir os remédios, auxiliar no funeral, etc.

3.2 A afirmação dos direitos sociais no período de 1930 – 1945

A parte mais importante dos direitos sociais dos brasileiros foi positivada nesta época.

Entretanto, segundo CARVALHOa (2004), houve uma inversão na ordem do surgimento dos direitos descrita por MARSHALL. Os direitos sociais foram introduzidos antes da expansão dos direitos

políticos. Os trabalhadores foram incorporados à sociedade por virtude das leis sociais e não de sua ação sindical e política independente. Não por acaso, as leis de 1939 e 1943 proibiram as greves (p. 124).

E isto está de acordo com o que foi afirmado por SEGADAS VIANNA (1966), mais acima.

O Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio foi criado logo em 1930, menos de dois meses após a vitória da revolução. Em 1931, foi criado Departamento Nacional do Trabalho. Em 1932, foi decretada a jornada de 8 horas no comércio e na indústria, bem como foi regulamentado o trabalho feminino, proibindo-se o trabalho noturno para mulheres e estabelecendo-se salário igual para homens e mulheres. No mesmo ano, ainda, foi regulamentado o trabalho dos menores.

É de 1932 a criação das Juntas de Conciliação e Julgamento, como primeiro esboço de uma justiça do trabalho. Entre 1933 e 1934, foi regulamentado o direito de férias para os comerciários, bancários e industriários.

A Constituição de 1934 consagrou a competência do governo federal para regular as relações do trabalho, confirmou a jornada de oito horas e determinou a criação de um salário mínimo capaz de atender às necessidades da vida de um trabalhador chefe de família. Esse dispositivo da Constituição de 1934 foi regulamentado pela Lei nº 185 e pelo Decreto-Lei nº 399, de 1936, sendo que a primeira tabela do salário mínimo só foi aprovada pelo Decreto-Lei nº 2.162, de 1940.

Criou ainda a Justiça do Trabalho, que entrou em pleno funcionamento em 1941. Em 1943, veio a Consolidação das Leis do Trabalho, que codificou todas as leis trabalhistas e sindicais do período

Na área da previdência social, a Revolução teve o mesmo ímpeto criador.

Em 1933, foi criado o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Marítimos (IAPM), dando início a um processo de transformação e ampliação das Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAPs.) da década de 20.

Os institutos inovaram em dois sentidos:

- (a) não eram baseados em empresas, como as CAPs., mas em categorias profissionais amplas, como marítimos, comerciantes, industriários, bancários, etc.;
- (b) a administração dos IAPs não ficava a cargo dos patrões e empregados, como nas CAPs. O governo era integrante do sistema; o Presidente da República nomeava o presidente de cada IAP, que contava com um Conselho de Administração formado paritariamente por representantes das organizações sindicais de patrões e empregados.

O processo de criação dos IAPs continuou: em 1934, foram criados o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos bancários (IAPB) e o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos comerciantes (IAPC); em 1936, foi criado o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos industriários (IAPI); em 1938, foi criado o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos empregados em transporte e cargas (IAPETEC), o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos empregados em estiva (IAPE) e o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado (IPASE).

Os recursos dos IAPs provinham do governo, dos patrões e dos trabalhadores. Os benefícios concedidos variavam de IAP para IAP, mas todos concediam aposentadoria por invalidez e pensão para dependentes.

Na área sindical, o primeiro decreto sobre sindicalização foi baixado em 1931 e toda a legislação da década de trinta estabeleceu uma estrutura sindical que continua vigente até hoje com pequenas modificações:

- (a) era estabelecido o princípio da unidade sindical: só podia haver um sindicato de uma categoria profissional em um município;
- (b) os sindicatos tinham base municipal;

- (c) um mínimo de 5 sindicatos podia formar uma federação, de base estadual e 3 federações podiam formar uma confederação de base nacional.

Em 1940, foi criado o imposto sindical: de todos os trabalhadores, sindicalizados ou não, era descontado anualmente, na folha de pagamento, o salário de um dia de trabalho. Os empregadores também contribuíaam.

Do total da arrecadação, 60% ficavam com o sindicato da categoria profissional, 15% iam para a federação e 5% para a confederação, os restantes 20% formavam um Fundo Social Sindical administrado pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

O governo controlava os sindicatos através de delegados seus que assistiam às suas reuniões, examinavam sua situação financeira e enviavam relatórios trimestrais.

Toda essa estrutura montada demonstrava a estratégia do governo para enquadrar o movimento sindical. Para os homens de 1930, influenciados pelos positivistas, o sindicato não deveria ser um órgão de representação dos interesses dos empregados e empregadores, mas um órgão consultivo e de colaboração com o poder público. As relações entre capital e trabalho deveriam ser harmônicas e cabia ao Estado garantir a harmonia, exercendo papel de regulação e arbitramento (CARVALHOa, 2004, p. 115; WERNECK VIANNA, 1978). Tanto assim que as greves foram proibidas.

A Constituição de 1934 introduziu algumas modificações liberalizantes nessa legislação sindical:

- (a) foi revogado o princípio da unicidade sindical e adotado o princípio da pluralidade sindical: bastava que um terço dos operários de uma categoria profissional dentro do município se reunisse para que fosse possível criar um sindicato;
- (b) foram eliminados os delegados do governo dentro do sindicato.

A Constituição de 1946 confirmou e ampliou a lista dos direitos sociais em seu art. 157: A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão aos seguintes preceitos, além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores:

- I) salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família;
- II) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;
- III) salário do trabalho noturno superior ao do diurno;
- IV) participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar;
- V) duração diária do trabalho não excedente oito horas, exceto nos casos e condições previstos em lei;
- VI) repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos e, no limite das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local;
- VII) férias anuais remuneradas;
- VIII) higiene e segurança do trabalho;
- IX) proibição de trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo juiz competente;
- X) direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário;
- XI) fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria;
- XII) estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir;

- XIII) reconhecimento das convenções coletivas de trabalho;
- XIV) assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante;
- XV) assistência aos desempregados;
- XVI) previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte;
- XVII) obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho.

No art. 158, a Constituição reconhece o direito de greve, proibida na legislação anterior.

Finalmente, a Constituição aprimorou e fortaleceu a Justiça do Trabalho, integrando-a ao Poder Judiciário e estruturando-a com um Superior Tribunal do Trabalho com sede no Distrito Federal, com Tribunais Regionais do Trabalho com sede nas capitais dos Estados e com Junta ou Juizes de Conciliação e Julgamento.

Ainda na vigência da Constituição de 1946, convém mencionar:

- (I) Lei Orgânica da Previdência Social, de 1960, cuja principal inovação consistiu na unificação dos serviços prestados pelos vários IAP's;
- (II) Estatuto do Trabalhador Rural (Lei nº 4.214, de 2 de março de 1963).

O trabalhador rural (como a empregada doméstica e o trabalhador autônomo) ficou desassistido por toda a legislação acima mencionada. A agitação camponesa da década de 50 chamou a atenção do Governo para os seus problemas que baixou o Estatuto citado.

- (III) Salário-família, criado pela Lei nº 4.266, de 3 de outubro de 1963, devido a cada trabalhador urbano, equivalente a 5% do salário mínimo local para cada filho menor de 14 anos.

3.3 A afirmação dos direitos sociais no período de 1964 a 1985

De acordo com CARVALHOa (2004), como em 1937, a repressão dos direitos civis e políticos foi compensada pela expansão dos direitos sociais, no período de 1964 a 1985.

Em 1966, foi criado o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que acabava com os IAPs e unificava o sistema de previdência, com exceção do funcionalismo público, civil e militar, que ainda conserva seus próprios institutos.

As contribuições foram definidas em 8% do salário de todos os trabalhadores registrados, descontados mensalmente da folha de pagamento; os benefícios, como aposentadoria, pensão e assistência médica foram uniformizados.

Essa medida, se visava à racionalização do sistema em benefício de sua eficiência, tinha também por objetivo enfraquecer os sindicatos (CARVALHOa, 2004, p. 171).

Em 1971, foi criado o Fundo de Assistência Rural (FUNRURAL), que incluía o trabalhador rural na previdência. O FUNRURAL tinha financiamento e administração separados do INPS.

A distribuição dos benefícios do FUNRURAL, assim como de outras formas de assistência, foi confiada aos sindicatos rurais, o que reduziu sua combatividade política.

Foram ainda incorporados à previdência social os empregados domésticos e os trabalhadores autônomos. Para atender a exigências dos empresários, foi extinta a estabilidade no emprego, mas a medida foi compensada com a criação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), pago pelos empresários e retirado pelos trabalhadores em caso de demissão.

O Governo militar criou, ainda, o Banco Nacional de Habitação (BNH), para facilitar a aquisição da casa própria aos trabalhadores de

menor renda e, coroando a obra na área social, em 1974 foi criado o Ministério da Previdência e Assistência Social.

Finalmente, em 1972, foram estendidos às empregadas domésticas os benefícios da Previdência Social, até então reservados às ocupações reguladas pela Consolidação das Leis do Trabalho.

A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS, CIVIS E SOCIAIS NO PERÍODO DE 1985 ATÉ O PRESENTE

IV

Capítulo

Com a eleição de TANCREDO NEVES em 1985 encerra-se o período de governo ditatorial iniciado em 1964.

Em 5 de outubro de 1988, é promulgada a Constituição de 1988, considerada por muitos como a Constituição mais democrática da história constitucional do país.

A Constituição de 1988, no que respeita aos direitos fundamentais, distingue-se das anteriores primeiramente na sua forma:

- (I) Inicia-se com um título dedicado aos princípios fundamentais (Tit. I, art. 1º). Princípios são normas constitucionais que contêm os valores adotados pelo Poder Constituinte Originário para estruturar o Estado Brasileiro (CONCEIÇÃO, 2007, p. 159). São eles soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.
- (II) O título II é dedicado aos direitos e garantias fundamentais. E aqui há duas modificações importantes, uma de forma, outra de conteúdo. Formalmente, a declaração de direitos de 1988 distingue-se das anteriores por conter todos os direitos da cidadania: direitos individuais, direitos coletivos, direito de nacionalidade e direitos políticos. As declarações da constituições anteriores somente continham os direitos individuais e coletivos, lembrando que os direitos sociais normalmente eram enumerados na título dedicado à ordem econômica e social. Substancialmente, esses direitos são entendidos como tendo uma dupla dimensão: uma dimensão subjetiva – são direitos subjetivos individuais ou coletivos – e uma dimensão

objetiva – simultaneamente, são valores incorporados à Constituição como princípios e, como tal, devem reger também a atividade do Estado Brasileiro.

- (III) No & 1º do art. 5º, há a regra da imediata aplicação das normas definidoras dos direitos e garantias individuais. Com isso, o constituinte tentou combater a omissão legislativa que tornava letra morta dispositivos garantidores de direitos pela simples falta de regulamentação por parte do Poder Legislativo.
- (IV) Especificamente: a) no campo dos direitos individuais:
- (i) há um reforço na posição da mulher, enfatizando sua posição de igualdade na sociedade matrimonial;
 - (ii) há uma ênfase no combate à discriminação e à tortura, consideradas crimes inafiançáveis;
 - (iii) mas o que chama a atenção é a ênfase da Constituição nas garantias processuais civis e penais. O art. 5º tem 78 (setenta e oito) incisos, dos quais 43 são dedicados às garantias processuais civis e penais;
 - (iv) ainda no campo das garantias há de se citar os novos remédios constitucionais contra violações de direitos praticadas pelo Estado e, até, pelas grandes corporações privadas: mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e o **habeas data**;
 - (v) no entanto, isso de nada valeria se não fossem criados meios de o cidadão comum, geralmente pobre, ter acesso à justiça. Nas constituições anteriores, havia belíssimas declarações de direitos, tornadas letras mortas pela dificuldade ou impossibilidade de o cidadão comum recorrer à justiça. Para sanar esse problema, a Constituição criou os juizados especiais de pequenas causas civis e penais, bem como a Defensoria Pública

destinada a prestar orientação jurídica e de defesa aos necessitados.

- b) no campo dos direitos sociais, o mais relevante não é a mudança topográfica: a transferência dos direitos do título dedicado à ordem econômica e social para a declaração. O mais relevante é que a Constituição dedicou quase todo um título VIII (Da Ordem Social) a garantias institucionais destinadas a garantir a concretização dos direitos sociais como saúde, previdência social, assistência social, educação e cultura, etc.
- c) no campo dos direitos políticos podem-se citar:
 - (I) a universalização do direitos de voto, sendo obrigatório para os maiores de 18 anos alfabetizados e facultativo para os analfabetos, maiores de 70 anos e menores de 18 anos;
 - (II) a livre criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana (art. 17);
 - (III) a autonomia dos partidos políticos para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento (art. 17, 1º);
 - (IV) a concessão de recursos do fundo partidário e do direito de acesso gratuito ao rádio e à televisão, para que possam divulgar sua mensagem em pé de igualdade.

Entretanto, não é isso o que distingue a atual Constituição das anteriores, o que lhe dá seu caráter específico.

Se observarmos atentamente, as inovações na declaração de direitos fundamentais - civis, políticos e sociais - não são tão numerosas assim. Com efeito, do ponto de vista formal, as declarações de

direitos civis e políticos, desde a Constituição de 1824 até a atual, são mais ou menos semelhantes, com pequenas modificações. O mesmo pode ser dito com referência à declaração de direitos sociais, a partir da Constituição de 1934 até a presente Constituição.

O que efetivamente caracteriza a Constituição de 1988 é a mudança de paradigma. Passou-se do positivismo para o constitucionalismo ou neoconstitucionalismo.

SANCHIS (LEY, PRINCIPIOS, DERECHOS, 1998, e JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES, 2003 -) explica que o neoconstitucionalismo é uma forma de organização política que combina duas tradições:

- (I) a tradição americana, com sua constituição contendo de normas de competência e de procedimentos, mas garantida pela jurisdição constitucional;
- III) a tradição da Revolução Francesa com sua constituição como programa de transformação social, contendo não apenas normas de competência e de procedimentos, mas também um extenso catálogo de direitos e um extenso rol de princípios. No entanto, a concretização das normas constitucionais ficava à inteira discricção dos poderes constituídos, principalmente do legislador, que encarnaria a soberania popular, sem qualquer controle do Judiciário.

As modernas constituições europeias do pós-guerra são uma combinação dessas duas tradições:

- (I) uma constituição contendo normas de competência e de procedimentos a serem cumpridas pelo legislador na feitura das leis, normas cujo cumprimento é fiscalizado pela jurisdição;
- (II) uma constituição que, além disso, conteria também princípios, diretrizes e um extenso catálogo de direitos, igualmente controlados pela jurisdição

Um outro aspecto que singulariza essas constituições, em relação às constituições europeias do sec. XIX, está em que aquelas tinham sua concretização dependente da intervenção do legislador ordinário, enquanto, nas atuais, as normas referentes a princípios, diretrizes e direitos são normalmente autoaplicáveis, sem necessitar da intervenção do legislador ordinário.

Dando uma visão geral, SANCHIS enumera as seguintes características das modernas constituições:

- **Caráter normativo/força vinculante da Constituição**

A Constituição não é mais um catecismo, um guia moral para o legislador, que gozava de discricção no sua concretização. Atualmente, as constituições são autoaplicáveis e vinculam todos os poderes constituídos, inclusive o legislador.

- **Supremacia da Constituição.**

O constitucionalismo liberal europeu do sec. XIX escamoteou a ideia de soberania popular e de poder constituinte, para operar a substituição de supremacia constitucional pela soberania estatal e da Constituição pela Lei. Suprema era a lei. No neoconstitucionalismo são resgatadas as ideias de soberania popular e de poder constituinte, bem como a de supremacia da Constituição. Suprema é a Constituição, estando subordinados a ela todos os poderes constituídos, inclusive o legislador e suas decisões – leis, decretos, etc.

- **Eficácia/aplicação direta.**

A Constituição é a norma jurídica suprema de um ordenamento jurídico, não necessitando da intervenção do legislador ordinário para produzir os seus efeitos. Isso se aplica principalmente aos direitos e

garantias individuais que não estão submetidos à discricção do legislador ordinário, mas, ao contrário, são normas hierarquicamente superiores a eles, servindo de padrão de legitimação de suas ações e de seus atos.

• **Controle jurisdicional.**

O controle jurisdicional sobre os atos dos órgãos estatais – principalmente da lei – era impossível, vez que emanados de órgãos que encarnavam a soberania popular. No neoconstitucionalismo, com o resgate da ideia de soberania popular e de supremacia da Constituição, todos os atos dos poderes constituídos – principalmente a lei – são passíveis de controle jurisdicional.

Os princípios, diretrizes e direitos normalmente têm como destinatários os cidadãos nas suas relações com o poder e também nas suas relações horizontais com outros cidadãos e não os poderes constituídos. Em assim sendo, esses direitos são imediatamente usados pelos indivíduos que podem acionar a justiça caso não sejam respeitados ou violados

• **Rigidez constitucional**

A própria Constituição estabelece procedimentos especiais para sua modificação, enumerando, inclusive, certas matérias que são imodificáveis, que não estão à disposição do constituinte derivado.

Parece evidente que a Constituição de 1988, com os seus princípios e diretrizes (art. 1º a 4º e 170), com o seu extenso rol de direitos fundamentais, inclusive sociais (arts. 5º a 17), com sua intervenção na ordem econômica (Tit. VII) e com sua extensa ordem social (Tit. VIII) onde estão previstos mecanismos visando a possibilitar a concretização dos direitos sociais, filia-se a esse paradigma do constitucionalismo ou neoconstitucionalismo, abandonando o paradigma do clássico Estado de Direito Liberal.

No entanto, convém lembrar que essa substituição de paradigmas não se inicia com a Constituição de 1988. Clássicos Estados Liberais ou Estados Legislativos foram os instituídos pelas Constituições de 1824 e 1891. A passagem para o paradigma constitucional se inicia com a Constituição de 1934. A Constituição de 1988 é o ponto mais alto do processo.

PARTE III

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

TÍTULO I

O CATÁLOGO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 trouxe inúmeras inovações no campo dos direitos fundamentais. SARLET (2003) cita as seguintes:

a situação topográfica dos direitos fundamentais. Diferentemente das Constituições brasileiras anteriores que colocavam os direitos fundamentais no final de seu texto, após tratarem da organização do poder, a Constituição de 1988 os colocou logo no início, após o preâmbulo e o título dedicado os princípios fundamentais, para significar que se trata de parâmetro hermenêutico e de valores superiores de toda a ordem constitucional;

- substituiu a tradicional denominação direitos e garantias individuais, utilizada pelas constituições brasileiras anteriores, pela denominação direitos e garantias fundamentais, a significar que os direitos fundamentais, além de seu aspecto subjetivo de posições jurídicas individuais, têm também um aspecto objetivo, na medida em que constituem princípios fundamentais do Estado Brasileiro;
- a incorporação dos direitos econômicos e sociais ao rol dos direitos fundamentais, rompendo, também aqui com a tradição do constitucionalismo brasileiro, que os colocava na ordem econômica e social;
- a amplitude do catálogo dos direitos fundamentais. O art. 5º possui 78 incisos e o art. 7º, 34 incisos. Convém atentar também para o fato de que a Constituição, além dos já clássicos direitos da primeira geração (direitos individuais e coletivos) e da segunda geração (direitos econômicos e sociais), prevê ainda direitos de terceira geração, estes espalhados por várias

partes do texto constitucional: garantia da defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), direito à informação (art. 5º, XXXIII), os princípios relativos à atuação do Estado Brasileiro nas relações com outros Estados – autodeterminação dos povos, não-intervenção, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos (art. 4º, III, IV, VI e VII), direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), etc.

- todavia, a maior inovação da Constituição de 1988 consta do § 1º do art. 5º que determina a imediata aplicação das normas de direitos fundamentais, rompendo com uma tradição do constitucionalismo brasileiro, em que a maioria das normas definidoras de direito fundamental ficavam dependendo da atividade regulamentadora do Poder Legislativo (p. 73).

Talvez por causa da amplitude do catálogo dos direitos fundamentais e da ânsia em se colocar em pé de igualdade com outras ordens constitucionais e em sintonia com as diretrizes da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e com os pactos internacionais sobre Direitos Humanos, a Constituição de 1988 seja passível de algumas críticas na parte referente aos direitos fundamentais.

SARLET (2003) alinha as seguintes críticas:

- falta de rigor científico e de uma técnica legislativa adequada, revelando contradições, ausência de tratamento lógico na matéria e ensejando problemas de ordem hermenêutica (p. 75). O autor cita, como exemplos, o art. 5º com seus 78 incisos e, principalmente, o art. 6º, que enuncia genericamente uma série de direitos sociais, mas remete sua forma de concretização para as Ordens Econômica e Social, suscitando dúvidas se os direitos reconhecidos nestas são, ou não, direitos fundamentais (p. 74/5);

- ausência de sistematização, causada, talvez, pela pressa de dotar o país de uma Constituição, depois de 21 anos de ditadura, bem com pela pressão de vários grupos de interesses, às vezes contraditórios, exercida sobre os constituintes (p. 75);
- dentro dessa crítica de falta de sistematização, deve-se ressaltar a inclusão da regra constante do § 1º do art. 5º, que determina a imediata aplicação das normas definidoras dos direitos fundamentais. A localização da regra no final do art. 5º cria dúvidas de interpretação, sustentando alguns, como já se viu, que ela só se aplica às normas definidoras de direitos individuais e coletivos, enquanto outros afirmam que houve um erro de técnica legislativa, tendo o constituinte dito menos do que pretendia, e que a citada regra tem aplicação a todas as normas definidoras de direitos fundamentais;
- o constituinte incluiu, entre os direitos fundamentais, normas jurídicas de caráter eminentemente organizatório (art. 14, § 3º, I a VI, e §§ 4º a 8º) ou mesmo de natureza penal (art. 5º, XLII e XLIII);
- o constituinte deixou, entretanto, de incluir, no catálogo, normas genéricas sobre a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, sobre o princípio da proporcionalidade e a reserva legal.

FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO

I

Capítulo

Como se viu anteriormente, a Constituição de 1988 preferiu a expressão **direitos e garantias fundamentais** à expressão **direitos e garantias individuais** da constituições anteriores.

A questão é: por que direitos fundamentais? Em que consiste essa fundamentalidade?

A doutrina faz a distinção entre fundamentalidade formal e fundamentalidade material (HESSE, 1998; ALEXY, 2002; SARLETA, 2003)

A fundamentalidade formal está ligada ao direito positivo. Nessa perspectiva, seriam direitos fundamentais formais todos os direitos constantes do Título II, arts. 5º a 17 da Constituição de 1988, mesmo reconhecendo-se, como o faz SARLET (2003), que nesse catálogo há normas organizatórias (art. 5º, XVII e XVIII, por exemplo) ou de natureza penal (art. 5º, XLII e XLIII).

Já a fundamentalidade material decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais, além de direitos subjetivos, elementos constitutivos da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.

A partir da distinção entre fundamentalidade formal e fundamentalidade material, seriam direitos fundamentais **todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (...)** (SARLETA, 2003, p. 85)

Em consonância com a definição acima, pode-se afirmar que há no ordenamento jurídico brasileiro: (i) **direitos formal e materialmente fundamentais** - todas as posições jurídicas do catálogo constante do Título II, arts. 5º a 17; (ii) **direitos apenas materialmente fundamentais** - outras posições jurídicas que, por seu conteúdo e por sua relevância para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e dos demais princípios constitucionais constantes do Título I da Constituição, podem ser equiparadas, ser consideradas análogas aos direitos fundamentais constantes do catálogo. São os chamados direitos fundamentais fora do catálogo que, por sua vez, subdividem-se em:

- (a) direitos fundamentais fora do catálogo, mas sediados no texto da Constituição;
- (b) direitos fundamentais implícitos, deduzidos do regime e dos princípios adotados pela Constituição (art. 5º, § 2º);
- (c) direitos fundamentais decorrentes de tratados ou convenções internacionais (art. 5º, § 2º) (SARLETa, 2003).

Em outra perspectiva, a doutrina faz a distinção entre fundamentalidade subjetiva e fundamentalidade objetiva dos direitos fundamentais.

A noção de direito fundamental, em uma dimensão subjetiva, está ligada à clássica noção de direito subjetivo, no sentido de faculdade, poder ou interesse reconhecido e garantido pelo Estado.

Nessa dimensão subjetiva, à noção de direito fundamental está intimamente ligada a faculdade de o seu titular recorrer ao Judiciário para fazê-lo valer contra todos da comunidade, inclusive contra o Estado, sendo assentado, porém, que o grau de exigibilidade ou de justiciabilidade dos direitos fundamentais varia de intensidade de acordo com a normatividade de cada direito fundamental (SARLETa, 2003, p. 158).

Cumprе acrescentar, ainda, que são considerados direitos fundamentais, em sua dimensão subjetiva, não só os clássicos direitos de

defesa, mas também os direitos sociais, o direito de nacionalidade e os direitos políticos.

Já a concepção dos direitos fundamentais em uma dimensão objetiva é mais recente, foi construída pela doutrina e jurisprudência alemães a partir da decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão no caso Lüth, de 1958. Nesta decisão, o Tribunal assentou que os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas constituem decisões valorativas de natureza jurídico- objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, executivos e judiciários (HESSE, 1998; SARLETa, 2003, p. 147).

Ou como afirma LÛNOa, os direitos fundamentais **deixaram de ser meros limites ao exercício do poder político, ou seja, garantias negativas dos interesses individuais, para se tornar um conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos (p. 21).**

Dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais, SARLETa (2003) infere as seguintes consequências:

- a) como valores objetivos fundamentais da comunidade, os direitos fundamentais (mesmo os direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só de um ponto de vista individualista, mas também do ponto de vista da comunidade (p. 150);
- b) ainda como valores objetivos fundamentais da comunidade, os direitos fundamentais têm uma eficácia dirigente em relação aos órgãos estatais, no sentido de conterem ordens ou diretivas, aos órgãos do Estado, de sua concretização e realização (p. 151);
- c) são, ainda na qualidade de valores, parâmetros para o controle de constitucionalidade dos atos normativos estatais (p. 151);
- d) além disso, têm uma eficácia irradiante, no sentido de que fornecem diretrizes para a interpretação não só das outras

normas constitucionais, mas de todas as normas do ordenamento jurídico (p. 152);

- e) Associada a essa dimensão da efeito irradiante, menciona-se também a problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a chamada eficácia horizontal (p. 152);
- f) ainda dentro dessa dimensão objetiva, reconhece-se aos direitos fundamentais a capacidade de criar, para o Estado, o dever/obrigação de promover a sua proteção. Como decorrência dessa obrigação, incumbe ao Estado a adoção de várias medidas: proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal (p. 153);
- g) Finalmente, faz-se mister mencionar a obrigação estatal de promover o exercício dos direitos fundamentais através da criação e manutenção de instituições estatais e de procedimentos (p. 154).

SILVA (2005) propõe a seguinte classificação dos direitos fundamentais constantes do catálogo da Constituição de 1988:

- direitos fundamentais do homem- indivíduo;
- direitos fundamentais do homem- membro de uma coletividade;
- direitos fundamentais do homem social;
- direitos fundamentais do homem nacional;
- direitos fundamentais do homem- cidadão.

2.1 Direitos fundamentais do homem-indivíduo – direitos da 1ª geração (art. 5º)

São também chamados de direitos individuais, liberdades públicas, liberdades civis, direitos civis, etc.

São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o pacto social (LAFER, 1988, p. 126).

A moderna doutrina do Direito constitucional, inspirada na classificação das posições jurídicas em que o indivíduo se coloca frente ao Estado, os chama de direitos de defesa, porque consoante a lição de JELLINEK, o indivíduo, titular desses direitos, se coloca, perante o Estado, no **status negativus** ou **status libertatis**, isto é, posição de negação de qualquer restrição de seu direito que não esteja prevista em lei.

Daí que sua principal característica, que os diferencia dos outros direitos fundamentais, está em que eles criam uma zona de autonomia para os indivíduos, zona de autonomia esta que deve ser reconhecida

e respeitada pelos demais membros da coletividade, e, principalmente, pelo Estado.

De acordo com MENDESa (1999), “enquanto direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário. Se o Estado viola esse princípio, então dispõe o indivíduo da correspondente pretensão que pode consistir, fundamentalmente, em uma: (i) pretensão de abstenção; (ii) pretensão de revogação; (iii) pretensão de anulação (p. 37)”.

2.2 Direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade – direitos da 1ª geração (art. 5º)

São os direitos que a Constituição classifica como coletivos. De acordo com LAFER (1988, p. 127), esses direitos são uma complementação ao individualismo, provocada pela evolução do liberalismo. Não estão previstos na Declaração de 1789, mas já consta da 1ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos sob a forma da liberdade de associação, que permitiu o surgimento dos partidos políticos e dos sindicatos.

Muito embora classificados como direitos coletivos, são, na realidade, direitos individuais de exercício coletivo, por se tratar de direitos individuais que só podem ser exercidos mediante o concurso de várias pessoas.

2.3 Direitos fundamentais do homem social (direitos econômicos, sociais e culturais) – direitos da 2ª geração (arts. 6º a 11).

A Constituição os classifica como direitos sociais.

São produto da segunda onda revolucionária iniciada em 1848, provocada pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de

participar do bem-estar social, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo (LAFER, 1988, p. 127).

Nesse sentido, são, na maioria dos casos, direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade (LAFER, 1988, p. 127), tendo como sujeito passivo, também na maioria dos casos, o Estado.

São complementares aos direitos da primeira geração, pois buscam assegurar as condições para o exercício dos primeiros. Daí que os direitos da primeira geração são considerados **liberdade de**, enquanto os da segunda geração são considerados **liberdade para**.

2.4 Direito fundamental do homem nacional – direito de nacionalidade (arts. 12 e 13)

É o direito que tem toda pessoa a ter uma nacionalidade, isto é, de ser membro de um determinado Estado, bem como do direito de dela não ser privado arbitrariamente.

É o que se depreende da leitura do art. 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948: **1. Todo ser humano tem direito a uma nacionalidade. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.**

2.5 Direitos fundamentais do homem cidadão – direitos políticos (art. 14 e 17)

De acordo com a lição de JELLINEK, aqui o homem se coloca no **status activae civitatis**, isto é, numa posição que lhe assegura a faculdade de participar da formação da vontade estatal.

Os parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição abrem a Constituição à recepção de novos direitos fundamentais:

- (I) **implícitos**, deduzidos do regime e de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.
- (II) **decorrentes** de tratados internacionais sobre direitos fundamentais.

Dispõe o §2º do art. 5º: **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.**

A primeira hipótese prevista no §2º do art. 5º prevê a incorporação de novos direitos fundamentais, implícitos, deduzidos do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

Essa norma segue uma tradição que vem desde a Constituição de 1891 que, inspirada na Emenda IX da Constituição americana, dispõe em seu art. 78: **A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.**

Com alguma modificação na redação, mas com o mesmo sentido e finalidade, dita regra foi repetida pelas Constituições brasileiras posteriores (Const. 1934, art. 114; Const. 1937, art. 123; Const. 1946, art. 144; Const. 1967, art. 150, § 35; Emenda Constitucional nº 1/69, art. 153, § 36).

De acordo com SARLETA (2003), seguindo neste passo a orientação da doutrina brasileira, o rol dos direitos fundamentais do art. 5º não é taxativo, mantendo a Constituição uma abertura para o reconhecimento de novos direitos fundamentais não especificados no citado artigo.

Assim é que o Supremo Tribunal Federal, baseado no § 2º do art. 5º acima transcrito, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade no 939-7, considerou o princípio da anterioridade, previsto no art. 150, III, b, da Constituição, autêntico direito e garantia fundamental do contribuinte.

Chama a atenção o fato de que o §2º do art. 5º prevê uma outra hipótese que não faz parte da tradição do direito constitucional brasileiro: a incorporação de novos direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais (MELLO, 2001, p. 17; PIOVESAN, 2008, p. 52).

Há duas questões relacionadas à interpretação da norma acima:

- (I) qual a hierarquia das normas de direitos fundamentais constantes de tratados internacionais assinados pelo Brasil?
- (II) a norma em questão refere-se apenas aos direitos e garantias elencados no art. 5º ou abrange também os direitos econômicos, sociais e culturais?

Com relação à primeira questão, informa PIOVESAN (2008) que há quatro (4) correntes doutrinárias:

- (I) há os que consideram as normas constantes dos tratados internacionais como supra-constitucionais;
- (II) outros atribuem às normas constantes dos tratados internacionais a natureza de normas constitucionais (PIOVESAN);
- (III) outros sustentam que os tratados internacionais são de natureza infraconstitucional, mas supra-legal;
- (IV) outros, finalmente, consideram que as normas dos tratados internacionais são de natureza legal – posição esta majoritária

no Supremo Tribunal Federal até antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

A partir da Emenda Constitucional nº 45, 8/12/2004, a questão foi pacificada. Com efeito, a citada emenda introduziu um novo parágrafo – parágrafo 3º - ao art. 5º com a seguinte redação: **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.**

A partir da prescrição constitucional contida no § 3º do art. 5º, a autora passou a dividir os tratados internacionais de direitos humanos em duas categorias:

- (I) tratados de direitos humanos formal e materialmente constitucionais – aqueles aprovados pelo Congresso Nacional seguindo o processo legislativo das emendas constitucionais; e
- (II) tratados de direitos humanos apenas materialmente constitucionais – aqueles aprovados simplesmente por intermédio de decreto legislativo (art. 49, I).

No que se refere aos primeiros, não há mais dúvida de que suas normas têm a mesma hierarquia das normas constitucionais. Já quanto aos segundos, há o entendimento majoritário de que suas normas têm a hierarquia das leis ordinárias, muito embora a autora continue afirmando que elas gozam de hierarquia constitucional.

A outra questão diz respeito à abrangência da norma contida no § 2º do art. 5º: novos direitos econômicos, sociais e culturais poderiam ser incorporados ao rol já existente na Constituição de 1988?

SARLETa (2003) tem uma resposta afirmativa, elencando os seguintes motivos para sua asserção:

- (I) O § 2º do art. 5º fala genericamente de direitos e garantias sem qualquer limitação;
- (II) os direitos sociais foram incorporados no título referente aos direitos e garantias fundamentais, apesar de regradados em outra parte da Constituição;
- (III) apesar de terem estrutura normativa diferente, tanto os direitos individuais quanto os direitos sociais se revestem do manto da fundamentalidade;
- (IV) a própria redação dos arts. 6º e 7º já permitem a incorporação de novos direitos econômicos, sociais e culturais;
- (V) já está pacificado, no seio da doutrina nacional, o entendimento de que o rol dos direitos dos arts. 6º e 7º é apenas exemplificativo, não taxativo, permitindo a adição de novos direitos (p. 90/1).

SARLET (2003) fala ainda de um outro tipo de direito fundamental fora do catálogo: são direitos fundamentais que não constam do rol (arts. 5º a 17), mas estão situados em outras partes do texto constitucional.

De acordo com o autor, seriam direitos fundamentais materiais fora do catálogo, não decorrentes do regime e dos princípios, nem dos tratados internacionais, mas situados ao longo do texto da Constituição de 1988: o direito de igual acesso aos cargos públicos (art. 37, I), os direitos de associação sindical e de greve dos servidores públicos (art. 37, VI e VII), o direito do servidor público à estabilidade no cargo (art. 41), a garantia da publicidade e da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX), as limitações constitucionais ao poder de tributar do Estado (art. 150, I a VI), a igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges (art. 226, § 5º), o direito dos filhos a tratamento igualitário e não discriminatório (art. 227, § 6º), o direito à proteção do meio ambiente (art. 225), os direitos à previdência social e à aposentadoria (arts. 201 e 202), o direito à assistência social (art. 203), à saúde (art. 196), à educação

(art. 205), ao ensino público fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, I), a garantia ao exercício dos direitos culturais (art. 215), o direito ao planejamento familiar incentivado pelo Estado (art. 226, § 7º), à proteção da entidade familiar (art. 226) e à proteção das crianças e dos adolescentes (art. 227) (p. 127/9).

Entretanto, em que pese a autoridade do autor na matéria, entendemos que estes não seriam direitos fundamentais, mas direitos subjetivos constitucionais, como afirmado anteriormente. Ou direitos constitucionais ordinários, na expressão de VIEIRA (2008, p. 43), embora utilizada em outro contexto. Entendemos ainda que cabe ao STF definir os direitos fundamentais fora do catálogo, em cada caso concreto, como já o fez quando decidiu que o princípio da anterioridade da lei tributária é um direito fundamental do contribuinte.

TÍTULO II

DIREITOS INDIVIDUAIS

Como se viu da classificação de SILVA (2005), são os direitos reconhecidos e garantidos ao homem enquanto indivíduo.

São os chamados direitos de 1ª geração ou dimensão, porque oriundos da primeira onda revolucionária (Revoluções Americana e Francesa) de fins do século XVIII.

Têm como caráter específico o individualismo.

De acordo com LOCKE, que inspirou as revoluções burguesas de fins do século XVIII, os homens que se encontravam no estado de natureza, por uma questão de segurança física e jurídica, celebraram um pacto (**pactum societatis**) através do qual formaram uma sociedade política – o Estado.

Através desse pacto/contrato social, eles renunciaram a partes de seus direitos e liberdades a favor do Estado, a fim de que este possa usar da força para manter a segurança. Mas mantiveram os restantes direitos e liberdades em seu poder.

De acordo com essa concepção:

- a) os homens são anteriores ao Estado; este é criado por eles, com uma finalidade específica – a garantia de seus direitos e liberdades;
- b) os homens, antes de entrarem na sociedade estatal, já dispunham de certos direitos e liberdades que lhes advêm de sua própria natureza humana. Isto quer dizer: os direitos do homem não são concedidos pelo Estado, são-lhe anteriores, fazem parte da natureza humana;
- c) ao constituírem o Estado, como força coativa organizada para manter a segurança social, os homens cedem-lhe uma

parte de seus direitos e liberdades e, com isso, legitimam o poder do Estado de limitar o seu exercício.

- d) todavia, esse poder é limitado: o Estado só pode restringir o exercício dos direitos e liberdades do indivíduo para proteger o exercício desses direitos e liberdades dos outros indivíduos e na medida exata estabelecida em lei.
- e) inexistindo lei restritiva, o indivíduo tem uma zona de autonomia ilimitada. Podendo fazer o que lhe aprouver na busca de sua felicidade e de seu desenvolvimento.

São os seguintes os direitos individuais garantidos pela Constituição de 1988:

- Direito à vida;
- Direito à privacidade¹;
- Direito à liberdade;
- Direito à igualdade;
- Direito de propriedade e
- Direito a segurança.

Por uma questão de racionalidade e de clareza, esses direitos serão tratados em capítulos separados a seguir.

1 O direito à privacidade não consta da relação do **caput** do art. 5º, mas a doutrina é unânime em considerá-lo um importante direito fundamental dos tempos atuais.

1.1 Considerações gerais

O direito à vida é o direito fundamental mais negligenciado pela legislação e pela doutrina do Estado de Direito liberal que deu ênfase à liberdade, à propriedade e à segurança.

Não consta da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, nem das constituições francesas subsequentes até 1946. Também não consta da Constituição americana de 1787.

No Brasil, as Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937 não o citam. Aparece nas declarações de direitos das Constituições de 1946, 1967 e 1988.

Passou a ter relevância efetiva a partir do término da Segunda Guerra Mundial. Por isso, consta da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. III - **todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal**) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966 (art. 6º, 1 - **O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida**), da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José , de 1969 (art. 4º, 1 - **Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente**).

A Constituição de 1988 dispõe em seu art. 5º, **caput**: **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, [...]**.

A mesma negligência, com relação ao direito à vida, também se observa na doutrina, tanto nacional como estrangeira; não se encontra uma exposição bem estruturada sobre tal direito nos manuais de direito constitucional.

O direito à vida compreende:

- (I) o direito de nascer,
- (II) o direito de permanecer vivo ou direito à integridade física e moral,
- (III) o direito de dispor do próprio corpo e
- (IV) o direito à subsistência (o direito à subsistência será tratado na parte referente aos direitos sociais).

1.2 O estatuto jurídico do embrião

Atualmente, com a utilização dos embriões humanos para fins de pesquisa científica e, mais recentemente, com a sua utilização como fontes de células-tronco ou como matéria-prima da indústria farmacêutica ou de cosméticos, impõe-se a discussão do estatuto jurídico do embrião humano antes de se passar ao direito de nascer propriamente dito.

1.2.1 Definindo os termos

No entanto, impõe-se, antes de tudo, definir termos como embrião, feto, célula-tronco embrionária, célula-tronco adulta ou somática, etc., vez que são termos estranhos à ciência do direito e normalmente desconhecidos para os operadores do direito.

ZAGO (2006) dá as seguintes definições:

- Embrião – O ser humano nas primeiras fases de desenvolvimento, isto é, do fim da segunda até o final da oitava (8^a) semana, quando termina a morfogênese geral.

- Feto – Organismo humano em desenvolvimento, no período que vai da nova (9^a) semana de gestação ao nascimento.
- Célula-tronco – Tipo de células indiferenciadas, sem função específica nos tecidos, capazes de multiplicar-se mantendo-se indiferenciadas por longos períodos (tanto **in vitro** como **in vivo**), mas que diante de estímulos específicos podem diferenciar-se em células maduras e funcionais dos tecidos. As células-tronco têm a propriedade fundamental de divisão assimétrica, ou seja, ao mesmo tempo em que originam células precursoras com capacidade de diferenciação restrita a um determinado tecido, produzem células indiferenciadas que repõem a população de células-tronco.
- Célula-tronco embrionária – Tipo de célula-tronco pluripotente (capaz de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto) que cresce **in vitro** na forma de linhagens celulares derivadas de embriões humanos.
- Célula-tronco adulta – Tipo de célula-tronco obtida de tecidos após a fase embrionária (feto, recém-nascido, adulto). As células-tronco adultas até agora isoladas em humanos são tecido-específicas, ou seja, têm capacidade de diferenciação limitada a um único tipo de tecido ou a alguns poucos tecidos relacionados.
- Célula-tronco pluripotente – Tipo de célula-tronco capaz de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto (excluindo as membranas embrionárias)
- Célula-tronco totipotente – Tipo de célula-tronco capaz de originar todos os tecidos fetais (célula-ovo ou óvulo fecundado, ou a célula híbrida obtida por transferência de núcleo somático).
- Célula-tronco tecido-específica – Tipo de célula-tronco obtida de tecido adulto diferenciado e que tem a capacidade

de diferenciar-se em células desse tecido, funcionando como uma reserva para repor o tecido adulto à medida que é lesado, desgastado ou remodelado (p. 18/9).

1.2.2 Identificando o problema

Os fins do século XX e princípios do século XXI presenciaram grandes avanços no campo da biologia. Um desses avanços foi a descoberta das células-tronco embrionárias.

Alguns sistemas de órgãos do corpo humano são capazes de se regenerar ao longo de sua vida. Em alguns de nossos órgãos ou sistemas as células morrem e são substituídas constantemente. É o que ocorre, por exemplo, com nossa pele, nosso sangue, etc.

Essa atividade de reposição de células mortas é efetuada pelas células-tronco, chamadas somáticas, que permanecem residentes no organismo humano. No entanto, a capacidade de regeneração dessas células-tronco somáticas é limitada ao órgão em que se especializaram. Assim é que as células hematopoiéticas, de acordo com os conhecimentos atuais, só têm capacidade para formar células sanguíneas.

Segundo os especialistas, as células-tronco embrionárias se distinguem das células-tronco adultas ou somáticas pelo fato de que seriam capazes de produzir todos os tecidos de um indivíduo. Por isso, são chamadas pluripotentes.

Outra característica das células-tronco embrionárias é que são autorrenováveis no sentido de que têm a capacidade de se dividir assincronamente numa célula-filha diferenciada e numa célula-filha semelhante a uma célula-tronco (OKAMA, in HOLLAND/LEBACQZ/ZOLOTH, 2006, p. 4/5).

Segundo HOLLAND (2006), todas essas qualidades tornam o estudo dessas células extremamente importante para a ciência médica. Para dizê-lo simplificadaamente, como as CteH parecem poder se tornar

todo e qualquer tipo de tecido, uma vez que se compreendam os mecanismos de diferenciação, essas células podem oferecer bancos de pele, de ossos, de fígados e de outros tecidos para reparar ou substituir partes do corpo (XVI).

Ocorre que, ao serem utilizados para fins de pesquisa ou de terapia, os embriões são destruídos. Esse fato levanta os seguintes problemas éticos e jurídicos:

- Os embriões humanos são seres humanos ou, simplesmente, um conjunto de células indiferenciadas?
- Se seres humanos, têm sua vida e sua dignidade tuteladas pela Constituição?
- Desde a concepção ou em um estágio mais avançado de seu desenvolvimento?
- A proteção constitucional do embrião abrange todos os tipos de embrião ou apenas aquele que se encontra no ventre da gestante?
- Mesmo reconhecendo-se que o embrião é um ser humano, cuja vida e dignidade são tuteladas pela Constituição, esse direito é absoluto ou pode ser ponderado com outros direitos fundamentais como o direito da mãe de dispor de seu próprio corpo ou a liberdade de pesquisa científica? Etc.

É de se salientar que inexistente consenso a respeito dessas questões e as respostas variam de cultura para cultura e de religião para religião.

Assim é que, para o judaísmo, antes do quadragésimo dia depois da concepção, o feto em desenvolvimento deve ser considerado como água, como informa ZOLOTH (in HOLLAND/LEBACQZ/ZOLOTH,2006, p. 107).

E, ainda de acordo com a autora acima citada, antes do 40º dia após a concepção, o embrião é uma entidade não infundida de alma; merece uma consideração e um respeito especiais, mas não é considerado uma pessoa humana (p.109).

Além disso, deve-se levar em consideração que, no judaísmo, o mandato da cura é fundamental: a vida deve ser conservada sempre que possível, mesmo se isso requer violar ou suspender outros mandamentos da lei judaica.

Em vista disso, ainda de acordo com ZOLOTH (2006), **se as células-tronco podem conservar uma vida, elas não só podem mas devem ser usadas** (p. 110). E por isso a pesquisa com embriões e células-tronco não somente são permitidas, mas incentivadas, mesmo reconhecendo-se os possíveis riscos de sua má utilização.

Já no mundo católico, não há unanimidade de opiniões no que se relaciona ao estatuto do embrião. A posição majoritária, sustentada pela hierarquia da Igreja Católica, é contrária às pesquisas com células-tronco, baseada no argumento de que o embrião humano deve ter o mesmo estatuto moral de que são dotadas as pessoas humanas, ao menos na medida em que não devem ser criados ou destruídos apenas com finalidades de pesquisa. Essa posição da maioria católica é também influenciada pelo medo da clonagem humana.

No entanto, há uma corrente de teólogos católicos que, baseada numa secular tradição católica, sustenta que o embrião humano, nos seus primeiros estágios (antes da formação da linha primitiva ou da implantação do óvulo no útero da gestante) não constitui uma entidade humana individualizada com o potencial inerente de se transformar em um ser humano. Em consequência, o estatuto moral do embrião humano não é o de uma pessoa humana, muito embora mereça um certo tipo de respeito por ser uma forma de vida humana. Em consequência, seu uso em pesquisa pode ser justificado (FARLEY, MARGARET, in HOLLAND/LEBACQZ/ZOLOTH, 2006, p. 122/4).

Na realidade, há duas teorias inteiramente opostas acerca do início da vida humana: a teoria concepcionista ou genética e a teoria natalista.

De acordo com a teoria concepcionista ou genética, o marco inicial da vida seria a fertilização – encontro do óvulo com o espermatozoide. [...]: **o embrião humano, desde o estágio unicelular, já é um**

organismo humano, ou seja, um ser vivo com um sistema único, integrado e organizado que contém intrinsecamente toda a informação genética, individual e específica, orientada com autonomia para o desenvolvimento do corpo em sua plenitude, nas distintas fases do desenvolvimento contínuo, gradual e coordenado. Segundo essa perspectiva, o embrião humano já é, para todos os efeitos (...), um indivíduo humano autônomo que inicia, desde o momento da concepção, seu ciclo vital (PALLAZZANI, in MARTINEZ, 2005, p. 172).

Já a teoria natalista sustenta que a vida tem início com o nascimento com vida. É a concepção adotada pelo Código Civil (art. 2º – A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; [...]).

Entre essas duas teorias extremas situam-se várias outras que colocam o início da vida em algum ponto do desenvolvimento do embrião, como se segue:

- (a) Teoria Embriológica - A vida teria início a partir do 14º dia da fecundação. É aí que se completa a nidação (a fixação do embrião na parede do útero) e a formação da linha primitiva (estrutura que dará origem à espinha vertebral).

Justifica-se essa orientação com os seguintes argumentos:

- (I) aparece a linha primitiva;
 - (II) o embrião não pode mais se dividir nem se fundir;
 - (III) o conjunto celular que formará o feto separa-se das células que compõem os anexos embrionários – a placenta, o cordão umbilical, etc.
- (b) Teoria Neurológica - Início da vida na 8ª semana. Aparecimento das primeiras estruturas que originarão o sistema nervoso central com o início da capacidade de sensibilidade. Outros preferem colocar o início da vida em estágio mais avançado: esta teria início na 20ª semana com a formação do córtex cerebral, condição essencial para o exercício da função racional.

Esta é a tese defendida pelos teóricos do paralelismo entre a morte cerebral e a vida cerebral, dos que identificam o nascimento da pessoa humana com o início da atividade cortical e a morte com a interrupção da atividade cerebral

- (c) Teoria Ecológica – Início da vida entre a 20^a e 24^a semana. É aí que se completa a formação dos pulmões, última estrutura vital a ficar pronta. Foi a principal fundamentação da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos autorizando o aborto e se refere à capacidade potencial do feto de sobreviver autonomamente fora do útero.
- (d) Teoria Gradualista – Não tem marco inicial. Supõe a continuidade do processo biológico, em que a vida é concebida como um ciclo. Nesse sentido, a formação de um indivíduo começa com a dos gametas de seus pais ainda no útero das avós (PALAZZANI, in MARTINEZ, 2005; CESARINO, 2007).

Todos aqueles que colocam o início da vida em um estágio além da concepção consideram o ser vivo existente antes desse estágio- o pré-embrião - como um ser vivo, mas não uma pessoa humana. É o que afirma PALAZZANI (in MARTÍNEZ, 2005):

“[...], os que reduzem o embrião a um aglomerado de células, e que lhe negam o estatuto de pessoa, não admitem que o embrião tenha uma dignidade intrínseca (em si mesmo e por si mesmo) pois não há sentido (nessa perspectiva) em falar em dignidade intrínseca. A natureza humana (inclusive a não-pessoal) do embrião não é por si mesma normativa, razão pela qual não supõe nenhuma obrigação na atuação ética nem jurídica; os valores e direitos, no máximo, podem ser conferidos extrinsecamente e atribuídos ocasionalmente, ou seja, formalmente, ao embrião humano por várias razões externas (mas certamente não devido à sua natureza interna).

Portanto, não haveria nenhum dever necessário de proteger o embrião humano, mas apenas possibilidade de protegê-lo, levando-se em conta as considerações utilitaristas de conveniência, os sentimentos de coparticipação ou de simpatia, as considerações sociais de preocupação e responsabilidade, os acordos prudenciais e as razões de caráter estético ou simbólico. O embrião pode ser objeto convencional e ocasional de proteção (assim como uma paisagem natural ou uma obra de arte); seria, de qualquer modo, de um dever **prima facie**, ou seja, relativo e casual, revisável e temporal, avaliável de acordo com as circunstâncias. De qualquer modo, é negada ao embrião humano uma subjetividade ética e jurídica forte: o embrião humano ou é reduzido a mero objeto ou é considerado um sujeito fraco (p.176/77)”.

Não sendo considerado uma pessoa, não o reconhecendo como sujeito de direitos e obrigações e não tendo a dignidade da pessoa humana, nada impede que o pensamento liberal-utilitarista admita a possibilidade da utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia, ponderando o seu direito à vida e a sua dignidade com outros direitos constitucionais (o direito da mulher de dispor de seu próprio corpo, por exemplo) ou com outros princípios constitucionais, como a liberdade de pesquisa ou a saúde pública, dando prevalência a esses últimos.

1.2.3 A discussão do problema no Congresso Nacional

O problema da utilização das células para fins de pesquisa e terapia constou de um artigo do projeto de lei que tratava de transgênicos.

CESARINO (2007) faz uma comparação entre o processo legislativo britânico, que culminou na promulgação da **Human Fertilisation and Embriology Act**, em 1990, e o processo legislativo brasileiro que culminou na aprovação do art. 5º da Lei nº 11.105/2005.

De acordo com a autora, a discussão da lei inglesa levou cerca de 10 (dez) anos, o que permitiu que os parlamentares ingleses criassem uma categoria específica de seres: o pré-embrião. Os parlamentares ingleses

adotaram a teoria embriológica, rejeitando as demais. Eles aceitaram a distinção entre pré-embrião e embrião. O pré-embrião é simplesmente um conjunto de células indiferenciadas, não um ser humano em formação, o que facilitou a sua decisão de permitir a utilização de pré-embriões em pesquisa.

No caso brasileiro, o problema da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisa constou de um artigo do anteprojeto de lei que regulamentava a utilização de transgênicos pela agricultura. Além disso, não houve o tempo do projeto britânico para se formar uma opinião a respeito. O processo legislativo foi caracterizado pela urgência. Como consequência, os parlamentares brasileiros não definiram o estatuto jurídico dos embriões.

Os parlamentares brasileiros, por pressão dos **lobbies** de grupos de interesses – grupos de cientistas interessados nas pesquisas com células-tronco embrionárias e grupos de pessoas portadoras de doenças que futuramente seriam beneficiadas com os seus resultados - resolveram adotar uma posição utilitarista: as pesquisas de células-tronco embrionárias seriam uma questão de saúde pública pelo benefício que trariam para as pessoas e principalmente para a sociedade.

Além disso, os parlamentares britânicos, porque tiveram bastante tempo para discutir o assunto, estabeleceram um limite efetivo para essas pesquisas: só poderiam ser utilizados pré-embriões, isto é, embriões com até 14 dias de fecundação. Já os parlamentares brasileiros não criaram um sistema de controle efetivo. Simplesmente autorizaram, no art. 5º da Lei nº 11.105/2005, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

- (I) sejam embriões inviáveis;
- (II) sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da

publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos contados a partir da data do congelamento.

1.2.4 A decisão do STF

Promulgada a Lei nº 11.105/2005, estabelecendo normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados e permitindo, em seu art. 5º, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, para fins de pesquisa e terapia [...], o Procurador-Geral da República impetrou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/2005 solicitando que o Supremo Tribunal Federal declarasse inconstitucional o citado art. 5º.

Alegou o Procurador Geral da República, em favor de seu pedido:

- (I) A vida humana começa na e a partir da fecundação, desenvolvendo-se continuamente;
- (II) o zigoto, constituído por uma única célula, é um ser humano embrionário;
- (III) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e propiciando-lhe um ambiente próprio para o seu desenvolvimento;
- (IV) a pessoa humana já existe em sua individualidade genética e especificidade ôntica no próprio instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino;
- (V) há, portanto, coincidência entre fecundação e personalidade, pouco importando o processo em que ocorreu a fecundação, se artificial ou **in vitro** ou natural.

O Ministro CARLOS AYRES BRITTO, relator do processo, não acolheu o pedido da Procuradoria Geral da República.

O voto do ministro se baseou em dois pontos:

- (a) A Constituição de 1988 não definiu o início da personalidade. Durante a Constituinte, houve uma proposta nesse sentido que foi rejeitada. Isso significa que deixou essa definição para a legislação infraconstitucional, o que ocorreu com o art. 2º do Código Civil de 2002.
- (b) O Código Civil definiu que o início da personalidade se dá com o nascimento da criança com vida.

A seguir serão citados trechos do voto do Min. Carlos Ayres de Britto, não na ordem em que ele o proferiu, mas de acordo com o seu pensamento:

“Falo de pessoas físicas ou naturais para abranger tão somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art. 2º do Código Civil brasileiro chama de “personalidade civil”. Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho da personalidade perante o Direito (teoria natalista, portanto, em oposição às teorias da personalidade condicional e da concepcionista). Mas personalidade como predicado ou apanágio de quem é pessoa numa dimensão biográfica, mais que simplesmente biológica. Se é assim, ou seja, cogitando-se de personalidade numa dimensão biográfica, penso que se está a falar do indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal- humana. Com o que se tem a seguinte e ainda provisória definição jurídica: vida humana, já revestida do atributo da personalidade civil, é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte.

Nossa Carta Magna não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida pré-natal. Quando fala da

dignidade da pessoa humana, é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual.

E quando se reporta a “direitos da pessoa humana”, “livre exercício dos direitos individuais” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea, está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. A Constituição Federal não fez de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativo e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural.

A inviolabilidade de que trata o art. 5º da Constituição é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritório o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos.

É o produto final dessa metamorfose. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos feto.

Não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino. Sem embargo, esse insubstituível início da vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural; não por efeito de uma unânime ou sequer majoritária convicção metafísica, mas porque assim é que preceitua o Ordenamento Jurídico Brasileiro. Essa posição não o impede de reconhecer que o ordenamento jurídico dá alguma proteção ao nascituro, isto é, àquele que vai nascer: embrião e feto: Essa constatação de que o Direito protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano é o próprio condutor do pensamento de RONALD DWORKIN. Proteção que vai

aumentando à medida que tais etapas do evoluir da criatura humana vão-se adensando a cargo do investimento nela: investimento natural ou da própria natureza, investimento pessoal dos genitores e familiares – tutela jurídica proporcional ao tamanho desse investimento simultaneamente natural e pessoal. Sucede que a dignidade da pessoa humana é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento. Transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revela como o próprio início e continuidade de um processo que deságue, justamente, no indivíduo-pessoa. Caso do embrião e do feto, segundo a humanitária diretriz de que a eminência da embocadura ou apogeu do ciclo biológico justifica a tutela das respectivas etapas. Pois essa aptidão para avançar, concretamente, na trilha do nascimento é que vai corresponder ao conceito legal de nascituro. Categoria exclusivamente jurídica, porquanto não versada pelas ciências médicas e biológicas, e assim conceituado pelo civilista SÍLVIO RODRIGUES: Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno.

Razão por que o nosso Código Civil se reporta à lei para colocar a salvo, “desde a concepção, os direitos do nascituro”, que são direitos de quem se encontra a caminho do nascimento. Igual proteção jurídica se encontra no § 3º da Lei nº 9.434/1997: é vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecidos para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à saúde do feto.

Além da norma de criminalização do aborto (arts. 123 a 127 do Código Penal), com as exceções dos incisos I e II do art. 128 – se não há outro meio de salvar a gestante e se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal. Mas essa proteção legal ao nascituro se restringe ao embrião ou feto no interior do útero da gestante, não alcançando, portanto, o embrião fertilizado e mantido **in vitro**: Dupla

referência legal ao vocábulo gestante para evidenciar que o bem jurídico a tutelar contra o aborto é um organismo ou entidade pré-natal, quer em estado embrionário, quer em estado fetal, mas sempre no interior do corpo feminino. Não em placa de Petri, cilindro metálico ou outro recipiente mecânico de embriões que não precisaram de intercurso sexual para eclodir.

Os embriões, a que a lei se refere, são aqueles derivados de uma fertilização que se obtém sem o conúbio ou acasalamento humano. Fora da relação sexual. Fertilização **in vitro**. Numa frase, concepção artificial ou em laboratório, ainda numa quadra em que deixam de coincidir os fenômenos da fecundação de um determinado óvulo e a respectiva gravidez humana. Donde a proposição de que, se toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, nem todo embrião humano desencadeia uma gestação humana. Situação em que também deixam de coincidir concepção e nascituro, pelos menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. Não se trata sequer de interromper uma produtora trajetória extra-uterina do material constituído e acondicionado em tubo de ensaio, simplesmente porque esse modo de irromper em laboratório e permanecer confinado **in vitro** é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Impossível de um reprodutivo “desenvolvimento contínuo”, ao contrário **data venia** da afirmação textualmente feita na petição inicial da presente ação.”

É verdade que o Ministro procura mitigar sua posição francamente legalista, com alguma referência a teorias biológicas sobre o início da vida. Assim é que faz referência à teoria embriológica (a vida teria início a partir do 14º dia da fecundação com a nidação – fixação do embrião na parede do útero:

À falta do húmus ou da constitutiva ambiência orgânica do corpo feminino, o óvulo já fecundado, mas em estado de congelamento, estaca na sua própria linha de partida genética. Não tem como alcançar a fase que, na mulher

grávida corresponde àquela “nidação” que já é a antessala do feto. Donde que, no materno e criativo aconchego do útero, o processo reprodutivo é da espécie evolutiva ou de progressivo fazimento de uma nova pessoa; ao passo que, lá, na gélida solidão do confinamento **in vitro**, o que se tem é um quadro geneticamente contido no embrião, ou, pior ainda, um processo que tende a ser estacionário- degenerativo.

A técnica do congelamento degrada os embriões, diminui a viabilidade desses embriões para o implante; para dar um ser vivo completo.

Respeitados os pressupostos da Lei de Biossegurança, o embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação. Pessoa humana não existe nem mesmo como potencialidade. Pelo que não se pode sequer cogitar da distinção aristotélica entre ato e potência, porque, se o embrião **in vitro** é algo valioso por si mesmo, se permanecer assim inescapavelmente confinado é algo que jamais será alguém. Já diante de um embrião rigorosamente situado nos marcos do art. 5º da Lei de Biossegurança, o que se tem? Uma vida vegetativa que se antecipa à do cérebro. O cérebro ainda não chegou, a maternidade também não, nenhum dos dois vai chegar nunca. Mas nem por isso algo oriundo da fusão do material coletado em dois seres humanos deixa de existir pulsantemente, mas sem a menor possibilidade de caminhar na transformadora direção de uma pessoa natural.

Se o embrião humano, a que se reporta o art. 5º da Lei de Biossegurança, constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, então a afirmação da incompatibilidade deste último diploma legal com a Constituição é de ser plena e prontamente rechaçada”.

Contra essa orientação, posicionou-se o Min. CARLOS ALBERTO DE MENEZES DIREITO que, em seu voto, sustentou:

“O óvulo fecundado (embrião), exatamente por ser totipotente e poder gerar um ser humano integral e completo, já é vida humana.

O Min. AYRES BRITTO sustenta que não se confundem as três realidades: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose.

No entanto, a ideia de metamorfose é desafiada pelos que valorizam o embrião. Um dos principais argumentos em contrário é amparado em estudos que indicam haver diversos estágios contínuos no processo de desenvolvimento embrionário e fetal, não sendo possível isolar as etapas e considerar algumas mais importantes que outras. O embrião não é ente que se transmuda para além de sua essência. É o próprio ser em potência, em ininterrupta atualização que em seus primeiros estágios e, mesmo em cultura, é representado por suas sucessivas divisões.

O embrião é, desde a fecundação, um indivíduo, um representante da espécie humana, com a toda a carga genética (DNA) que será a mesma do feto, do recém-nascido, da criança, do adolescente, do adulto, do velho. Não há diferenças ontológicas entre essas fases que justifique a algumas a proteção de sua continuidade e a outras não. Há uma dificuldade lógica a desafiar o raciocínio que coloca marcos temporais no desenvolvimento do embrião para fixar o início da vida após a fecundação. É que, se de um lado reconhece haver vida no embrião, mas uma vida não humana, para a qual não haveria a proteção do direito constitucional à vida, de outro, entende não haver pessoa (personalidade) no embrião, mas lhe reconhece a proteção da dignidade de pessoa humana.

Essa engenhosa solução é compartilhada por boa parte do mundo ocidental para justificar a violação do embrião: um estatuto intermediário, fundado em uma dignidade também intermediária, geralmente associada à ausência de capacidade moral ou racional. O embrião, que ainda não desenvolveu a mínima capacidade racional, mereceria uma proteção diminuída, fundada exatamente em

uma dignidade atinente à sua condição de futuro ser racional. Toda essa discussão aponta para a inadequação da dignidade da pessoa humana como fundamento para a proteção do embrião, porque, se a vida racional é que justifica o reconhecimento da dignidade, não há motivo para reconhecer dignidade no embrião.

A construção do estatuto intermediário do embrião, capitaneada, sobretudo, pelos filósofos dos países da **Common Law**, acaba revelando uma indevida aplicação do belo conceito de dignidade da pessoa humana, a tanto custo desenvolvido pelo direito romano-germânico. Sem vida não há dignidade, e a dignidade é uma exigência da vida humana. Logo, o estatuto intermédio do embrião conduz a uma contradição, pois enquanto o reconhecimento do direito à dignidade depende de um “transbordamento”, para o direito à vida não se pede mais que recohecê-lo sobre o que está vivo.

A doutrina do direito constitucional dá conta de que o direito à vida comporta duas acepções: o direito de permanecer vivo e o direito à subsistência. Se o embrião é vida e vida humana, a decorrência lógica é que a Constituição o protege.

Os embriões, submetidos a congelamento, são embriões com vida e não é o próprio congelamento que lhes retira tal condição. Tampouco lhes retira essa condição o fato de estarem congelados há mais de 3 anos. O método de extração de células-tronco embrionárias que acarreta a sua destruição, violará o direito à vida.

A posição do relator foi apoiada por cinco ministros, o que levou o STF a decidir pela constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005. Mas faz-se necessário entender que a decisão do STF se restringiu ao embrião conservado **in vitro**: o embrião humano, fertilizado e conservado **in vitro** por mais de três anos não é um ser humano, pelo que pode ser utilizado em pesquisa e em terapia. O STF não se pronunciou, na ADI nº 3.510/2005 sobre o estatuto do embrião no útero da mulher e, por isso, não autorizou o aborto. No entanto, há que se ressaltar que os

cientistas, que apoiam as pesquisas com células-tronco e que serviram de suporte para o voto dos ministros a favor da constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005, sustentam, em sua maioria, que o embrião, em geral, no útero da mulher ou **in vitro**, não é um ser humano, como o comprova o seguinte trecho de EDWARD OSBORNE WILSON (On Nature), citado pela Min. ELLEN GRACIE em seu voto:

“The newly fertilized egg, a corpuscule one two-hundredth of an inch in diameter, is not a human being. It is a set of instructions sent floating the in cavity of the womb. Enfolded within its spherical nucleus are anestimated 250 **thousand ou more** pairs of genes, of which fitty thousand will direct the assembly of the proteins and the remainder will regulate their rates of development. After the egg penetrates the blood-engorged wall of the uterus, it divides again aind again. The expanding masses of daughter cells fold and crease into ridges, loops and layers. Then, shifting lide some magical kaleidoscope, they self-assembly into the fetus, a precise configuration of blood, vessels, nerves, and other complex tissues.

(O ovo recém-fertilizado, um corpúsculo de cerca de dois centésimos de uma polegada de diâmetro, não é um ser humano. É um conjunto de instruções lançadas na cavidade do útero. Envolvidos no seu núcleo esférico, estão cerca de 250.000 pares de genes, dos quais 50.000 dirigirão a união das proteínas e os restantes regularão suas taxas de desenvolvimento. Depois que o óvulo penetra as intumescidas paredes do útero, divide-se mais e mais. As massas em expansão de células-filhas dobram-se e curvam-se em curvas, laços e camadas. Então, movendo-se como um caleidoscópio mágico, elas se concentram no feto, uma configuração precisa de vasos sanguíneos, nervos e outros tecidos complexos)”.

Mas há cientistas de renome internacional que sustentam que a vida começa com a concepção. É a posição de JÉRÔME LEJEUNE, autoridade mundial em biologia genética, descobridor da síndrome de

DOWN: Não quero repetir o óbvio mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano já estão presentes. A fecundação é o início da vida, Daí para a frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinado (apud DINIZ, 2002, p. 27).

E há também juristas de renome internacional que perfilham a mesma concepção sobre o início, como se verá no seguinte trecho de BÖCKENFÖRDE (2008):

“Primeiramente, é da mais crucial importância saber se essa garantia abrange o reconhecimento e o respeito, como sujeitos autônomos, apenas de homem nascido, ou se abarca também o embrião.

Dependendo da resposta, o **status** jurídico do embrião é afetado, É o embrião protegido por esta garantia? Se for, a partir de que momento passa a ser titular da pretensão de respeito de sua dignidade humana e de seu direito à vida? [...] Ainda que a objeção não seja preponderantemente levantada só por cientistas, como poderia um embrião de dezesseis ou dezoito células já ser portador de dignidade humana? Em vista do diagnóstico biológico, isso é totalmente irreal; quase absurdo. Por isso, não poucos consideram e tentam justificar um estágio mais tardio para ser reconhecida a dignidade do embrião, como o momento da nidação, do desenvolvimento do cérebro, do nascimento, a capacidade para a autodeterminação (p. 62) [...]

Até que ponto se deve estender o reconhecimento da dignidade humana a todo homem ao longo do processo de vida, a fim de que ela (dignidade) verdadeiramente se afirme, é uma questão debatida, controversa e necessariamente subsequente.

É suficiente se o reconhecimento e a consideração da dignidade forem reconhecidos apenas a partir de um ponto definido no curso da vida humana, mesmo que este curso da vida permaneça disponível de antemão? Ou

o reconhecimento e a consideração da dignidade devem incidir desde a origem, desde o primeiro instante da vida humana? Se permanecem sendo verdadeiras as afirmativas da existência em razão da própria vontade ou do fim em si mesmo, não resultando em declarações vazias de conteúdo, somente esta última pode ser a resposta correta.

A dignidade que qualifica um ser pronto, não pode ser cindida ou destacada da própria história deste ser, mas, pelo contrário, devendo-se abrangê-la. Ao se procurar uma fase determinada do processo da vida, em que o respeito e a consideração são devidos ao homem em razão de sua dignidade, para se excluir ou graduar processualmente tal consideração ou respeito (seja porque, hipoteticamente, haja apenas um embrião de 16 ou 18 células, ou porque tenha ocorrido uma nidação incerta), abre-se uma lacuna no desenvolvimento do homem concreto e individualizado.

Se o respeito à dignidade deve valer para todos os homens como tais, então ela deve ser concedida ao homem desde o início, no primeiro instante de sua vida e alcançar este momento, e não apenas ser atribuída ao homem somente se este sobreviver ileso por determinado período de tempo, após, portanto, ter estado desprotegido contra uma coisificação e a disponibilização arbitrária [...] Esse primeiro instante da vida humana, em que ela especificamente se aperfeiçoa e se desenvolve, começa com a fecundação, e não apenas em momento posterior. Por meio dela, constitui-se uma nova e autônoma essência de vida humana, na qualidade de célula-semente ou célula-ovo, que também são espécies de vida humana. É caracterizada individualmente pela junção inconfundível de uma quantidade definida de cromossomos, e não de modo diverso. Este é – cientificamente incontroverso – o fundamento biológico do homem particularizado.

Por este prisma, o desenvolvimento anímico e intelectual posterior já está fundamentado: o homem é uma unidade formada pelo espírito, corpo e alma. Depois que o conjunto de cromossomos individuais é fixado, não há mais

nenhuma interferência na qualidade deste novo ser que se desenvolve.

O programa genético do desenvolvimento está pronto e não carece de nenhuma outra complementação. Desenvolve-se em virtude de seu processo vital interno, conforme a sua própria organização ; e esta é justamente a característica que identifica a existência de organismo humano: forma cunhada, que se desenvolve em vida.

É certo que tudo isso não pode ocorrer sem os diversos auxílios externos, que, por sua vez, também atuam na respectiva formatação, tais como a alimentação , o contato e o intercâmbio com o organismo materno, entre outros. Mas isso nada mais é do que condições necessárias para viabilizar o próprio desenvolvimento da forma humana para o mundo exterior, e não o desenvolvimento em si mesmo (p. 66/8)”.
.

Em consequência desse posicionamento, BÖCKENFÖRDE é contrário às pesquisas com células-tronco embrionárias, tanto no caso das extraídas de embriões produzidos especificamente para esse fim como no caso das extraídas de embriões excedentes, como é o caso em estudo.

E aqui cumpre mais uma vez mais um trecho de BÖCKENFÖRDE, por se aplicar à decisão do STF de autorizar as pesquisas com esse tipo de células, inclusive às suas justificativas:

“Como os embriões, neste caso, foram criados com o objetivo de se conseguir uma gravidez, a respectiva produção, portanto, não foi destinada a transformá-los em instrumentos de pesquisa. Neste caso, o que devemos considerar primariamente decisivo não é o respeito à dignidade humana, e sim o direito do embrião a uma vida humana portadora de dignidade humana que sirva à proteção de existência físico-biológica. Todavia, o direito do ser humano à vida, que possui o seu fundamento na dignidade humana, não é absoluto e inviolável, como o é a dignidade em si mesma. No direito à vida, sob determinadas circunstâncias, é possível interferir conforme expressamente estabelecido no art. 2º, & 2º, da Lei

Fundamental. Da mesma forma, isso vale também para o direito à vida de um embrião. Todavia, para justificarmos tais intervenções, faz-se necessária a existência de situações de conflito excepcionais (legítima defesa, ações bélicas em defesa do Estado; ações policiais).. Como nestes casos não se trata apenas de determinadas restrições, mas, também, em grande parte, de um tudo ou nada, ou seja, de situações de vida e morte, só se podem admitir interferências no direito à vida, quando não houver à disposição nenhum outro meio mais suave, capaz de solucionar o conflito. Nada indica que com relação aos interesses em pesquisas com células-tronco estes estritos pressupostos estejam preenchidos.

O interesse do pesquisador é indiscutivelmente legítimo, estando apoiado no direito fundamental à liberdade de pesquisa. Mas, como este direito fundamental não pode justificar a morte de um homem, ele também não é capaz de legitimar o consumo de um embrião, isto é, o ato de matá-lo, em razão de ser ele (o embrião) um homem **in nuce**. E tampouco pode o direito à saúde prestar-se a isso.

No interesse da pesquisa, não se cuida de modo algum da vida presente ou da saúde atual de um ou vários seres humanos, mas, sim, de experiências completamente incertas; de experiências mediante pesquisa com células-tronco, que, talvez, algum dia, resultem na descoberta de meios de cura para doenças até então incuráveis. Além disso, é inteiramente incerto e duvidoso para os cientistas se os resultados esperados também não poderiam ser obtidos por meio de pesquisas realizadas em adultos, ou em células-tronco retiradas do cordão umbilical. Por conseguinte, a pesquisa com células-tronco embrionária não é de modo algum o único meio adequado (p. 69/70).

Talvez se devesse encerrar o presente tópico com a conclusão de TRIBE (1992, p. 116), de que a questão do início da vida é insolúvel.

1.3 Direito de nascer

Há efetivamente um direito de nascer? Há, sim, para aqueles que são contrários ao aborto. Para estes, a vida começa com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide ou com a concepção, isto é, com a fusão das duas células germinativas provenientes de organismos diferentes, dentro ou fora do útero, como se depreende do seguinte trecho de DINIZ (2002):

“A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero. [...] Desde esse instante tem-se um autêntico ser humano e, seja qual for o grau de evolução vital em que se encontre, precisa, antes do nascimento, do útero e do respeito à sua vida. O feto é um ser com individualidade própria; diferencia-se desde a concepção, tanto de sua mãe como de seu pai e de qualquer pessoa, e independentemente do que a lei estabeleça, é um ser humano (p. 27)”.

Já para os que são favoráveis ao aborto, inexistente tal direito do nascituro. Para estes, um feto recém-concebido não passa de um aglomerado de células sob o comando não de um cérebro, mas apenas de um código genético e que, nesse caso, é uma criança tanto quanto um ovo recém-fertilizado é um frango (DWORKIN, 2009, p. 11.).

Pela sua própria natureza, o aborto é a negação desse direito de nascer. Com efeito, o termo aborto, originário de **abortum (abortus-us)** significa: **interrupção de gravidez antes de seu termo normal, seja ela espontânea ou provocada, tenha havido ou não expulsão do feto destruído** (DINIZ, 2002, p. 31).

DWORKIN (2009) dá uma definição mais crua, indo direto ao ponto essencial da questão: **O aborto, que significa matar deliberadamente um embrião humano em formação, [...] (p. 1).**

Nos Estados Unidos, no século XVIII e inícios do sec. XIX, o aborto era comum. De acordo com a **common law** que vigorava então, era permitido até o **quickening** – tempo em que a gestante percebia os primeiros movimentos do feto. Isto significava, na prática, que o aborto era permitido até o 4º ou 5º mês de gravidez.

Nos inícios do sec. XIX, iniciou-se um movimento pela regulamentação do aborto, tendo em vista a grande taxa de mortalidade feminina causada pelas práticas abortivas.

Essa campanha antiaborto foi liderada, não pelas igrejas nem por uma cruzada moral, mas pelas várias associações de médicos regulares americanos preocupados não só com os problemas de saúde da mulher, mas também com a atividade de médicos irregulares e farmacêuticos que ofereciam métodos abortivos miraculosos.

Como consequência dessa campanha, vários estados americanos baixaram leis criminalizando o aborto, exceto nos casos de aborto terapêutico – aquele em que, de acordo com parecer médico, era necessário para salvar a vida da mãe.

Foi nos fins do século do século XIX que começou um novo movimento tendo o aborto como objeto. Mas, nessa época, lutava-se pela liberação do aborto. E tinha como motivação a saúde da mulher e a dor que lhe era infligida ao obrigá-la a manter uma gestação indesejada. A mulher, desejosa de interromper a gravidez, tinha que obter um parecer médico, para fazer um aborto legal. Se não obtivesse tal parecer, teria de recorrer a clínicas clandestinas ou teriam de viajar para outros estados americanos ou para países estrangeiros onde o aborto fosse permitido.

Foi a partir do ano de 1950 que começou o moderno debate sobre o aborto. Mas as primeiras líderes ainda não pleiteavam um direito da mulher de controlar sua vida reprodutiva. O direito da mulher de controlar sua vida reprodutiva, o direito da mulher de decidir, por si mesma, se aborta ou não, só foi pleiteado abertamente em 1967, na conferência nacional da **National Organization for Women** (NOW) (TRIBE, 1992, p. 27/49).

No entanto, a polêmica continuou com vários estados americanos baixando leis antiaborto e só terminou com a decisão da Suprema Corte no caso **Roe v. Wade**, de 1973. Nessa decisão, a Suprema Corte derrubou uma lei texana que proibia completamente o aborto, exceto para salvar a vida da mãe e o permitiu até o terceiro mês de gravidez, sem qualquer restrição. É em torno dessa decisão judicial que se desenrola toda a controvérsia acerca do aborto, controvérsia que se acirrou de tal maneira que DWORKIN (2009) considerou a guerra religiosa do sec. XX.

Nessa guerra, ainda de acordo com DWORKIN (2009), há duas posições contrapostas:

- (I) Há uma posição conservadora, totalmente contrária ao aborto, com base nos seguintes argumentos
 - (a) os fetos são criaturas com interesses próprios desde o início, aí incluído, fundamentalmente, o interesse de permanecer vivo;
 - (b) portanto, eles têm os direitos de todos os seres humanos de proteger esses interesses básicos, inclusive o direito de não serem mortos;
 - (c) em consequência, o aborto é errado em princípio por violar o direito de alguém de não ser morto, cabendo ao Estado a responsabilidade de tutelar tal direito.

É o que DWORKIN (2009) chama de **objeção derivativa** (p. 12/3). Essa posição às vezes apresenta um aspecto contraditório, ao admitir o aborto no caso de estupro, por exemplo, quando o feto é totalmente inocente em relação ao crime cometido.

- (II) e há posição liberal favorável ao aborto que parte do pressuposto de que o feto, mesmo sendo um ser pertencente à raça humana, não é uma pessoa humana e, por isso, não tem direitos nem interesses próprios.

Essa posição é bem matizada. Com efeito, há aqueles que sustentam que o aborto nada mais é do que uma simples intervenção cirúrgica. Entretanto, pode-se caracterizar a posição liberal a partir dos seguintes pontos:

- a) rejeição da posição extremada de que o aborto é uma simples intervenção cirúrgica, sustentando-se, ao contrário, que o aborto, por significar a eliminação de uma vida humana, é sempre moralmente problemático;
- (b) Em assim sendo, não deve ser praticado para fins triviais ou frívolos, sendo justificado apenas para salvar a vida da mãe e nos casos de estupro, incesto, deformidade grave ou inviabilidade da vida;
- (c) justifica-se ainda quando o nascimento da criança vai trazer consequências graves para a vida da mãe ou para a de sua família (abandonar a escola, abrir mão de uma carreira ou de uma vida independente);
- (d) no entanto, mesmo nos casos de aborto não moralmente justificado, a decisão de abortar deve caber exclusivamente à gestante, não devendo o Estado intervir por meio da lei penal, salvo no período final da gestação (p. 45/6).

Entretanto, DWORKIN (2009) demonstra que, mesmo nos casos em que o aborto pode ser justificado, este não deixa de levantar questionamentos morais. Por exemplo, no caso de deformidade grave, pode-se argumentar que o aborto seria feito no interesse da própria criança. Mas pode ocorrer (e já ocorreu) que mesmo crianças com deformidades graves podem estabelecer relações, dar e receber carinho, lutar e, às vezes, superar a deformidade (p. 47).

Ainda de acordo com o mesmo autor, muito embora o pressuposto de que o feto não tem direitos nem interesses seja necessário para a concepção liberal, não é suficiente para explicar porque existem casos em que o aborto é moralmente errado. Não responde a questões como:

- (I) por que o aborto deveria suscitar algum problema moral, se não prejudica os direitos e interesses de outra pessoa?
- (II) Por que fazer um aborto não seria igual a fazer uma intervenção cirúrgica qualquer?
- (III) Por que uma mulher deveria se sentir arrependida depois de fazer um aborto?
- (IV) Por que uma mulher deveria sentir mais arrependida do que se sentiria depois de fazer sexo tendo antes recorrido a um anticoncepcional? (p. 47).

Ainda segundo DWORKIN (2009), a verdade é que tanto os conservadores como os liberais partem de um pressuposto comum: a vida tem um significado intrínseco, a vida é sagrada, de modo que é um erro, em princípio, eliminá-la, mesmo quando não estão em jogo os interesses e os direitos de ninguém (p. 47).

A sua divergência se centra na maneira como interpretam a idéia de que a vida humana é sagrada (p. 98).

Para os conservadores dizer que a vida humana é sagrada e inviolável significa que a morte não deve ser antecipada em nenhuma hipótese, porque a morte antecipada significa uma frustração do curso biológico da vida, frustração esta muito maior do que as outras frustrações que o nascimento de um ser defeituoso ou indesejado poderia acarretar na vida das pessoas. No caso, o investimento natural do dom da vida supera todos os investimentos humanos na vida (p. 125).

Já para os liberais, a vida humana é, em princípio, também sagrada e inviolável. É um investimento da natureza. No entanto, em algumas ocasiões, quando o nascimento de uma criança defeituosa ou indesejada implica uma frustração dos investimentos dos pais na criação e desenvolvimento de um ser saudável ou no desenvolvimento de um projeto pessoal, o aborto pode ser aceito. Nesse caso, o investimento pessoal tem proeminência sobre o investimento natural (p.125)

É evidente que estas são posições extremadas. Alguns conservadores aceitam o aborto, quando necessário para salvar a vida da gestante, nos casos de estupro ou de incesto, por exemplo, não porque considerem que o feto não é uma pessoa, mas porque consideram que o investimento da natureza na vida da mãe é mais importante que na vida do feto.

Já os liberais aceitam o aborto não somente nos casos de perigo para a vida da gestante e de estupro, mas também nos casos em que o nascimento da criança frustra não só o seu projeto de vida (nos casos de fetos com malformação genética grave), mas também quando frustra o projeto de vida dos pais. No entanto, vai se tornando inaceitável à medida que o feto vai adquirindo a forma e a capacidade de um bebê. E isso tudo não como uma falta de respeito à santidade da vida, mas, ao contrário, acreditando que estão permitindo uma vida mais digna aos pais.

O movimento pró-vida e, portanto, contrário ao aborto, é liderado, nos Estados Unidos, pela Igreja Católica. No entanto, cumpre notar que na Idade Média havia a distinção **entre feto animado e feto não animado**. Teólogos como SANTO AGOSTINHO, SÃO JERÔNIMO e SANTO TOMÁS DE AQUINO não acreditavam que o feto recebesse a alma no momento da concepção, mas posteriormente, no 40º dia, no caso de feto macho, ou no 80º dia, no caso de feto fêmea. Somente então o aborto era considerado um assassinato. Antes desse período, o feto era inanimado, isto é, não tinha alma e o aborto não era considerado um assassinato, mas, mesmo assim, era combatido pela Igreja Católica, não como um assassinato, mas como um ato contra a santidade da vida, contra a ordem natural da procriação, juntamente com a contracepção e a masturbação (HUNGRIA, 1958; DINIZ, 2002; DWORKIN, 2009; TRIBE, 1992).

Essa posição da Igreja Católica mudou a partir de meados do sec. XIX, com a proclamação do dogma da Imaculada Conceição pelo Papa Pio IX.

Na Encíclica **Humanae Vitae**, o Papa PAULO VI afirma: [...]

“Pois a vida humana é sagrada – todos os homens devem reconhecer esse fato - recordou-nos Nosso Predecessor, o Papa JOÃO XXIII, “**a partir do momento em que, já em seus primórdios, invoca a ação criadora de Deus**”. Portanto [...] a interrupção direta dos processos gerativos já iniciados e, acima de tudo, o aborto direto, mesmo que praticado por razões terapêuticas, devem ser absolutamente excluídos como meios legítimos de controlar o nascimento de crianças (apud DWORKIN, 2009, p. 60).

Atualmente, a posição oficial da Igreja sobre o aborto encontra-se na **Instrução sobre o respeito pela vida humana em sua origem e sobre a dignidade da procriação**, publicada em 1987 pela Sagrada Congregação do Vaticano para a Doutrina da Fé, em que se afirma: **todo ser humano tem direito à vida e à integridade física desde o momento da concepção até a morte** (apud DWORKIN, 2009, p. 54).

O movimento pró-aborto é liderado pelas feministas, movimento que congrega várias tendências sobre estratégias para melhorar a posição política, econômica e social das mulheres (DWORKIN, 2009, p. 70)

Segundo DWORKIN (2009), a luta pelo aborto nos Estados Unidos se baseia no direito à privacidade, no direito à igualdade de condições das mulheres em relação aos homens, bem como na responsabilidade das mulheres.

Direito à privacidade aqui significa não uma privacidade territorial (privacidade dentro de sua própria casa), nem uma privacidade confidencial (liberdade de pensamento), mas uma privacidade no sentido de soberania na tomada de decisão sobre o seu próprio corpo, soberania na decisão de abortar ou não (p. 70/6).

A gravidez impõe à mulher gestante uma série de transformações em seu corpo, que geralmente lhe acarretam uma série de sofrimentos físicos e psicológicos. Impor-lhe a manutenção de uma gravidez indesejada se afigura uma grande violência à sua autonomia e à sua liberdade, em suma, ao seu direito à privacidade (TRIBE, 1992).

Muito embora a decisão da Suprema Corte, em **Roe v. Wade**, tenha se baseado no direito à privacidade, algumas feministas americanas não aceitam esse fundamento, porque isso implicaria em tratar a mulher e o feto como se fossem entidades moral e geneticamente distintas. Seria como se existisse entre o feto e gestante uma relação semelhante à existente entre o empregado e o empregador ou entre o inquilino e o dono do imóvel, relação que pode ser desfeita a qualquer momento por decisão de uma das partes. Essa concepção ignoraria o sentido especial da gravidez para a gestante: o feto não está simplesmente dentro dela como um objeto inanimado ou como uma coisa viva que fora para ali transplantada. O feto é dela, mais do que de outra pessoa, inclusive o pai. É um investimento seu; está vivo porque ela o fez vivo (DWORKIN, 2009; TRIBE, 1992).

Elas entendem que, se a Suprema Corte, em várias ocasiões, reconheceu aos homens liberdade e autonomia sexual e reprodutiva, negar esses mesmos direitos às mulheres, impondo-lhes uma gravidez indesejável, seria uma forma de discriminação, de negação de seu direito de participar da sociedade em situação de iguais.

Por isso, entendem que o debate sobre o aborto deve centrar-se no direito à igualdade entre os sexos.

Segundo elas:

“Se as mulheres fossem livres e iguais aos homens em suas relações sexuais, se tivessem um papel mais verdadeiramente igual na formação do ambiente moral, cultural e econômico no qual as crianças são concebidas e criadas, então o **status** de um feto seria diferente, pois seria mais verdadeira e inequivocamente a criação intencional

e desejada da própria mulher, em vez de algo que lhe é imposto (DWORKIN, 2009, p. 78).

Outras feministas, por sua vez, põem ênfase, na sua luta pelo direito ao aborto, não no direito à privacidade, nem no direito à igualdade, mas na responsabilidade da mulher de tomar uma decisão complexa que só ela pode tomar (DWORKIN, 2009, p. 79/80). É nesse sentido o pensamento da Profa. ROBIN WEST, uma ilustre advogada feminista:

“[...] Em outros momentos, a necessidade de abortar se impõe não a partir de um impulso assassino de por fim a uma vida, mas da dura realidade de um parceiro financeiramente irresponsável, uma sociedade indiferente aos cuidados com os filhos e um ambiente de trabalho incapaz de atender às necessidades dos pais que trabalham. [...] Seja qual for a razão, a decisão de abortar é quase invariavelmente tomada no contexto de uma rede de responsabilidades e compromissos interligados, conflitantes e, em geral, irreconciliáveis (apud DWORKIN, 2009, p. 80)”.

O aborto, para essa corrente de feministas, continua sendo moralmente reprovável, pois é um atentado contra a santidade, contra a inviolabilidade da vida, a não ser quando a sua não realização atentaria contra a santidade da vida da própria gestante ou contra a santidade da vida de outras pessoas (DWORKIN, 2009, p. 80/4).

No Brasil, o aborto sempre foi condenado pela Igreja Católica.

E sempre foi criminalizado pelos Códigos Penais brasileiros como um crime contra a vida. O Código Criminal de 1830 punia toda e qualquer forma de aborto sem exceção. O Código Penal de 1890 punia o aborto, excetuado o aborto terapêutico, aquele praticado para salvar a vida da mãe. O Código Penal de 1940 pune o aborto, exceto o aborto terapêutico e o chamado aborto sentimental – aquele em que a gravidez é fruto de estupro.

Aqui, a luta é pela mudança da legislação sobre o aborto, colocando em campos opostos o movimento pró-vida, liderado pela Igreja Católica e outros grupos religiosos, e o movimento pró-aborto, liderado pelas feministas.

De um lado, os integrantes do movimento pró-vida lutam para impedir a modificação da legislação penal vigente; são contrários à criação de mais permissivos de aborto legal ou à descriminalização do aborto.

Do lado oposto, os integrantes do movimento pró-aborto lutam pela criação de mais permissivos de aborto legal ou pela sua descriminalização.

Ambos os grupos se apoiam no art. 2º do Código Civil (**A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro**) e no *caput* do art. 5º da Constituição de 1988 (**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, [...]**).

Para o primeiro grupo, o feto/nascituro é uma pessoa com direitos e interesses, inclusive o direito de nascer e de não ser morto, assegurados pela lei civil. Além disso, a Constituição assegura a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção.

Já os segundos sustentam que:

- (I) a lei civil não considera o feto/nascituro uma pessoa com direitos e interesses próprios, estabelece apenas uma qualificação jurídica especial para ele;
- (II) a Constituição de 1988 não assegura a inviolabilidade da vida desde a concepção (VENTURA, 2009, p. 181).

A luta entre os grupos pró-vida e pró-aborto se desenrola nos âmbitos dos poderes legislativo, executivo e judiciário, bem como nos meios acadêmicos.

O aborto foi uma das questões mais polêmicas enfrentadas pela Assembleia Nacional Constituinte – 1987/1988. O grupo pró-vida sugeriu um dispositivo estabelecendo o início da vida desde a concepção; já o grupo pró-aborto apresentou uma emenda popular permitindo o aborto. Dado seu caráter polêmico, ambas as propostas foram rejeitadas e não constaram da Carta de 1988 (ROCHA, 2009).

Na década de 80, foram apresentadas vinte e três (23) projetos de lei versando sobre o aborto, grande parte favorável à sua permissão. Dentre estes vale salientar:

- (I) uma proposta apresentada em 1994 que se transformou na Lei nº 8.921/94 – altera o inciso II do art. 131 da Consolidação as Leis do Trabalho e garante o abono das faltas ao trabalho decorrentes do abortamento, independentemente das circunstâncias em que ocorreu; e
- (II) a PEC 25/95, apresentada por parlamentares ligados ao movimento pró-vida e que visava acrescentar ao **caput** do art. 5º da Constituição preceito da inviolabilidade da vida desde a concepção, o que provocaria a supressão dos dois permissivos do Código Penal. Esta proposta de emenda constitucional não foi aprovada pelo Congresso Nacional (ROCHA, 2009).
- (III) Nas legislaturas de 1999-2003, 2003-2007 e na atual, foram apresentadas quarenta (40) projetos de lei versando sobre o aborto, favoráveis ou desfavoráveis, sendo de se ressaltar o anteprojeto da Comissão Tripartite de Revisão da Legislação Punitiva do Aborto, criada pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, em 2005. Esse anteprojeto da Comissão, constituída por representantes dos Poderes Legislativo e Executivo e da sociedade civil e que sofreu forte influência do movimento feminista, previa o direito à interrupção da gravidez, com base no consentimento da gestante e realizada por médico:

- (a) até 12 semanas de gestação em qualquer circunstância;
- (b) até 20 semanas de gestação, quando a gravidez resulta de crime contra a liberdade sexual;
- (c) nas situações de risco à saúde da gestante e de malformação congênita incompatível com a vida, ou grave e incurável enfermidade do feto.

Nenhuma dessas proposições logrou ser aprovada pelo Congresso Nacional (ROCHA, 2009).

No Executivo, cabe citar os Planos Nacionais de Direitos Humanos (I, II e III), elaborados pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos com grande participação dos movimentos feministas, onde se afirma o compromisso do Governo de apoiar a alteração dos dispositivos do Código Penal, visando à ampliação dos permissivos para o aborto voluntário.

No âmbito do Judiciário, desde a década de 90, vem-se registrando um aumento no número de decisões judiciais individuais que admitiam a legalidade do aborto, a pedido da gestante, no caso de fetos inviáveis como os fetos anencéfalos e com outras anomalias graves. Essas sentenças reconheciam a existência de um conflito de direitos entre a gestante e o feto e, aplicando o método da ponderação, decidiam que os direitos da mulher à saúde, liberdade e dignidade deveriam prevalecer sobre o direito do feto ao desenvolvimento biológico e ao nascimento. Diante dessas decisões, o Pe. LUÍS CARLOS LODI DA CRUZ (do movimento pró-vida de Goiás) impetrou um **habeas corpus** em favor de um feto anencéfalo, com o propósito de anular uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Deferido este **habeas corpus** pelo Superior Tribunal de Justiça, foi proposto um outro **habeas corpus**, dessa vez a favor da gestante, perante o mesmo STJ. Este não chegou a ser julgado porque, durante a sessão de julgamento, chegou a notícia do nascimento e morte da criança, mas o ministro relator do caso já havia dado o seu voto favorável ao seu deferimento.

Em vista disso, o movimento feminista resolveu mudar a estratégia e foi impetrada, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), uma ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) em articulação com a organização não governamental feminista ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, requerendo a declaração de legalidade da intervenção médica denominada antecipação terapêutica do parto nos casos de gestação de fetos anencéfalos.

A mudança de estratégia tinha um objetivo claro: como as propostas de mudança legislativa encaminhadas ao Congresso Nacional não foram aceitas, procura-se, através da ADPF, cuja decisão tem eficácia contra todos e efeitos vinculantes (Lei nº 9.882, art. 10, & 3º), criar um novo permissivo geral de aborto legal, ainda que limitado aos fetos anencéfalos (VENTURA, 2009, p. 183/5).

Em 12/04/2012, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por 8 votos a 2, que grávidas de fetos sem cérebro poderão optar por interromper a gestação com assistência médica. Em consequência, o aborto, nessa circunstância, não é crime. Em seu voto, o Min. MARCO AURÉLIO MELLO, relator do caso, afirmou:

“Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando da proteção estatal [...]. O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura.

Os estudos acadêmicos apontam para as seguintes tendências no tratamento da questão do aborto:

- (I) O uso das leis criminais como instrumento de proteção da vida humana. No entanto, os mesmos autores apontam para a inadequação das leis penais no tratamento do aborto com base nos seguintes princípios:

- (a) idoneidade – as leis penais são inidôneas/inadequadas para preveni-lo;
 - (b) subsidiaridade – há que demonstrar que não existe outro meio para alcançar o objetivo colimado pelas leis penais; e
 - (c) racionalidade/razoabilidade – os benefícios alcançados pelas leis penais não são superiores aos prejuízos por ela causados.
- (II) O uso das leis de saúde, relacionando o direito ao aborto ao direito à saúde da mulher. O inconveniente dessa posição está em que ele depende da atuação do médico. Com efeito, é a este que cabe decidir se, no caso concreto, cabe ou não o aborto, como meio de proteção da saúde e/ou da vida da mulher.
- (III) O uso das leis constitucionais ou de convenções internacionais que associam o direito da mulher ao aborto aos direitos individuais da liberdade e da privacidade, bem como ao direito social da saúde (VENTURA, 2009).

Nesse caso, os defensores do direito ao aborto tendem a concebê-lo como um direito autônomo, independente do direito à saúde e das funções reprodutivas da mulher e apoiam sua posição em uma série de valores, princípios e direitos fundamentais, como o valor da dignidade da pessoa humana, o princípio da liberdade e o direito social à saúde e postulam que se deve ponderar o direito da mulher de decidir sobre a sua própria gravidez e o direito do feto de nascer, entendendo que, em certas ocasiões, o direito da mulher deve prevalecer sobre o direito do feto.

Já aqueles que são contrários apoiam sua posição no valor da dignidade da pessoa humana, no princípio da inviolabilidade do direito à vida e na concepção de que, sendo a vida um direito natural, este seria absoluto.

De notar que ambas as partes apelam para o valor da dignidade da pessoa humana como fundamento de suas posições, só que esse valor adquire significado diferente em cada uma delas. Com efeito, para os

defensores do aborto, dignidade tem como elementos constitutivos o bem-estar e a liberdade de escolher. No caso, respeita-se a dignidade humana ao sacrificar o feto em benefício do bem-estar da gestante. Já os opositores partem da filosofia moral de KANT.

Segundo KANT, o homem é um fim em si mesmo e não um meio para alguém alcançar um determinado fim. Em outros termos, a vida do nascituro não pode se sacrificada por causa do bem-estar da gestante (VENTURA, 2009, p. 190 e ss).

1.4 Direito à integridade física e moral

A doutrina normalmente classifica o direito à integridade (física) como um direito autônomo em relação ao direito à vida (CUPIS, 1950, por exemplo). No entanto, parece mais correto classificá-lo como parte integrante do direito à vida. A pessoa tem não somente o direito de nascer, mas também, logicamente, o direito à integridade física e moral: o direito de permanecer vivo (o direito de não ser morto) e o direito de permanecer íntegro (o direito de não sofrer violências físicas e psicológicas).

De acordo com BITTAR (2004), esse direito **consiste em manter-se a higidez física e a lucidez mental do ser, opondo-se a qualquer atentado que venha a atingi-las, como direito oponível a todos** (p. 76).

E continua: O bem jurídico visado é a incolumidade física e intelectual. Preservam-se, com o direito reconhecido, os dotes naturais e os adquiridos pela pessoa, em nível físico e em nível mental, profligando-se qualquer dano ao seu corpo ou à sua mente. Condenam-se atentados ao físico, à saúde e à mente, rejeitando-se, social e individualmente, lesões causadas à normalidade funcional do corpo humano, sob os prismas anatômico, fisiológico e mental (p. 77).

As constituições brasileiras anteriores tutelavam apenas a integridade física. A Constituição de 1824 aboliu os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis (art. 179, XIX); a de 1891

aboliu as penas de galés (art. 72, & 20) e de morte (art. 72, & 21). As constituições posteriores, exceto as de 1937 e 1969, baniram a pena de morte, exceto nos casos previstos na legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro.

A Constituição de 1988 levou em consideração as técnicas modernas de tortura psicológica e passou a tutelar não só a integridade física mas também a psicológica, conforme o disposto no art. 5º, III (**ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante**), XLVII (**não haverá penas: a) de morte; c) de trabalhos forçados; e) cruéis**), e XLIX (**é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral**).

Esse direito compreende um direito frente ao Estado a ações positivas e um direito frente ao Estado a ações negativas. O direito frente ao Estado a ações positivas consiste na faculdade que tem o indivíduo de exigir do Estado medidas que o protejam contra as violações à sua integridade física, psicológica e moral praticadas por outros indivíduos.

O Estado cumpre essa obrigação punindo, através do Código Penal, violações contra a vida (homicídio – art. 121; induzimento ao suicídio – art. 122; por exemplo), bem como as lesões corporais (art. 129), os maus tratos (art. 136), a exposição a contágio de doença venérea (art. 130), o perigo de contágio de moléstia grave (art. 131), o perigo para a vida ou a saúde de outrem (art. 132), o abandono de incapaz (art. 133), a exposição ou abandono de recém-nascido (art. 134), a omissão de socorro (art. 135), os maus tratos (art. 136), etc.

Cumpra ainda essa obrigação com organizações como a polícia, o sistema penitenciário, o judiciário, que se destinam a prevenir e a punir essas violações com as sanções previstas no Código Penal.

O direito frente ao Estado a ações negativas consiste na faculdade que tem o indivíduo de exigir que este se abstenha de qualquer ato que venha a violar a sua integridade física, psicológica e moral. Muito embora a Constituição, em seu art. 5º, XLIX, se refira especificamente

à integridade física dos presos, o Estado tem o dever de respeitar a integridade física de todas as pessoas.

Entretanto, esse não é um direito absoluto. É uma regra que admite exceções. O Código Penal brasileiro, por exemplo, prevê como legítima a violação da integridade física de outrem em caso de estado de necessidade ou de legítima defesa (arts. 23, 24 e 25).

Na vida prática, a sociedade admite, geralmente, certas práticas e certas atividades que normalmente ocasionam lesões à integridade física das pessoas. Falamos de: intervenções cirúrgicas, a prática de esportes perigosos (corridas de automóveis, lutas de boxe, etc.), o exercício de funções ou de trabalhos perigosos (artistas de circo, bombeiros, trabalhos que lidam com explosivos, eletricidade, material radioativo, mineração, etc.

Em todos esses casos acima mencionados, há duas regras inafastáveis:

- (I) o consentimento da pessoa envolvida ou de seu representante; e
- (II) no casos das intervenções, que delas não resultem deformidades e que não sejam atentatórias à lei, aos bons costumes, à moral ou à ordem pública (BITTAR, 2004, p. 78/9).

No entanto, o que mais interessa ao Direito Constitucional são as chamadas violações legais da integridade física das pessoas. ROBERT ET DUFFAR (1999, p. 361) divide essas violações legais em dois grupos:

a) violações legais da integridade física das pessoas por motivo de segurança pública.

Em certas ocasiões – proteção de pessoas, prisão, repressão a tumultos -, a polícia está autorizada a utilizar a força física, podendo, com isso, ferir pessoas ou até causar a sua morte. É evidente que, no Estado de Direito, esses atos de violência

legal serão submetidos ao crivo do controle de proporcionalidade, tanto na esfera administrativa, como na esfera judicial.

b) violações legais da integridade física das pessoas por motivo de saúde pública.

São inúmeros os casos em que se reconhece a legitimidade da intervenção estatal na integridade física das pessoas, podendo-se citar: a internação psiquiátrica compulsória (Lei nº 10.216, de 6/04/2001 – art. 9º), a vacinação obrigatória (Dec. 78.231, de 12/08/1976 -art. 27), a transfusão de sangue compulsória, por exemplo.

Porque os Estados, à época das Revoluções de fins do século XVIII, já haviam conseguido dar cumprimento às ações positivas garantindo a vida dos indivíduos contra as violações de outros indivíduos, as Declarações de Direitos dão ênfase às chamadas violações ilegais praticadas pelo Estado contra a integridade física das pessoas.

Os atos criminosos que o Estado pode praticar contra a integridade física dos cidadãos são:

a) Genocídio

De acordo com a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio da ONU, de 1948, o genocídio é qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso:

- O assassinato de membros do grupo;
- Dano grave à integridade física ou mental do grupo;
- Submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial;
- Transferência forçada dos membros do grupo para outro grupo.

O crime de genocídio não é previsto especificamente na Constituição de 1988, mas 'tratado pela Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956 (COMPARATO, 1999, p. 222 e ss).

b) Esterilização eugênica

É empregada para impedir a transmissão de moléstias hereditárias, evitando prole inválida ou inútil, e para prevenir a reincidência de delinquentes portadores de desvio sexual.

Na Carolina do Norte (Estados Unidos), mais de 100 mil débeis mentais foram esterilizados. Até 1971, quase todos os Estados norte-americanos passaram a admitir a esterilização compulsória por motivo eugênico, em casos de doença mental, epilepsia, desvio sexual e criminoso sexual recorrente, desde que houvesse autorização judicial.

Ouros países, como a Suíça e a Alemanha, admitem a esterilização eugênica.

No Brasil, não é permitida a esterilização eugênica, vez que a Constituição, em seu art. 5º, XLVII, e, proíbe a aplicação de penas cruéis, tornando inadmissíveis a castração e a esterilização, ainda que o criminoso tenha cometido delito impulsionado por um desvio de sexualidade (DINIZ, 2002, p. 144 e seguintes).

c) Experiência científica em seres humanos

O primeiro Código Internacional de Ética para pesquisas em seres humanos foi o de Nuremberg, de 1947, em resposta às atrocidades e experimentações iníquas praticadas pelos médicos nazistas, nos campos de concentração, na Segunda Guerra Mundial.

Com efeito, durante a Segunda Guerra Mundial, na Alemanha nazista, prisioneiros foram usados como cobaias em pesquisas científicas: foram inoculados, propositadamente, sífilis, gonococos por via

venosa, tifo, células cancerosas e vírus de toda sorte ; efetuaram-se esterilizações e experimentos genéticos com o objetivo de obter uma raça superior; foram provocadas queimaduras de 1º e 2º grau por meio de exposição aos compostos de fósforo; doses de substâncias tóxicas foram ministradas para conhecer os seus efeitos; mulheres com lesões pré-cancerígenas no colo do útero foram mantidas sem tratamento para analisar a evolução da doença.

No Japão, no mesmo período, prisioneiros chineses foram infectados com bactérias causadoras de peste bubônica, antraz, febre tifoide e cólera e, depois de doentes, eram expostos a vivisseções sem anestesia.

Nos Estados Unidos, houve casos de experiências científicas com seres humanos:

- (a) em 1963, no Hospital Israelita de doenças crônicas de Nova York, foram injetadas células cancerosas vivas em pacientes idosos;
- (b) entre 1950 e 1970, no Hospital Willowbrook, Nova York, injetaram hepatite viral em crianças portadoras da Síndrome de Down;
- (c) desde os anos 40, no Estado do Alabama, no caso Estudo Tukegee, 400 negros sífilíticos foram deixados sem tratamento para pesquisar o curso natural da doença, embora a penicilina já tivesse sido descoberta;
- (d) durante a Guerra do Golfo, aplicaram-se em soldados americanos vacinas experimentais, para prevenção e tratamento de moléstias decorrentes do uso de armas químicas (DINIZ, 2002, p. 362 e ss; ROCHA, 2008, 113; LEITE, 2008, p. 47).

Em 1964, com a Declaração de Helsinque, foram aprovadas normas internacionais disciplinadoras da pesquisa clínica combinada com o tratamento, diferenciando-a da experimentação não terapêutica.

No Brasil, de acordo com as Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisas em Seres Humanos, aprovadas pela Resolução do Conselho Nacional de Saúde nº 196, de 10 de outubro de 1996, a pesquisa biomédica que, individual ou coletivamente, envolva ser humano, de forma direta ou indireta, em sua totalidade ou em parte, incluindo o manejo de informações ou materiais, tendo por escopo fins terapêuticos ou de prevenção de moléstias rege-se pelos princípios nela consignados e pelos referenciais básicos da bioética: autonomia, não-maleficência, beneficência e justiça. (DINIZ, 2002, p. 365/66).

No entanto, com a aprovação de pesquisas com embriões humanos, prática que se está expandindo pelo mundo ocidental, o perigo da eugenia volta a rondar a sociedade contemporânea. De acordo com STELA MARIA MARTINEZ (apud ROCHA, 2008):

“A magnitude desses avanços demonstra a possibilidade real de levar a cabo programas de eugenia ativa, nos quais, mediante a manipulação genética, se defina o sexo, a cor dos olhos, ou a contextura física dos indivíduos por nascer. E mais ainda: não é descartado imaginar a seleção hipotética de um indivíduo perfeito – segundo os cânones culturais vigentes em determinado momento histórico – e a subsequente produção, mediante clonagem, de seres humanos em série, idênticos ao modelo; ou, ao contrário, supor a criação de seres de baixíssimo nível intelectual, mas dotados de extraordinária força física, aos quais se destine a realização das tarefas mais rudes (p. 87).

d) tortura

A tortura era uma meio comum de investigação e de punição na Europa até o Iluminismo, sendo condenada por uns e defendida por outros.

Sua aplicação como instrumento de investigação ou de punição dividiu os pensadores durante o Iluminismo, defensores do direito à vida e à integridade física.

Assim, na Inglaterra, por exemplo, era defendida por BACON e condenada por HOBBS, que só admitia em certas ocasiões. De acordo com ele, se a tortura deve ser usada, deve sê-lo em circunstâncias muito específicas e apenas para promover a busca da verdade, compreendendo-se que acusações sob tortura não são muito respeitadas como testemunhos (apud ISHAYa, 2003, p. 87). Coube a BECCARIA (2011) a mais completa e peremptória condenação da tortura:

“É uma barbárie consagrada pelo uso na maioria dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo, seja para que ele confesse a autoria do crime, seja para esclarecer as contradições em que tinha caído, seja para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, porém dos quais poderia ser culpado, seja porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infâmia. Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada. Apenas o direito da força pode, portanto, dar autoridade, a um juiz para aplicar uma pena a um cidadão, quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou culpado.

Aí está uma proposição muito simples: ou o crime é certo ou é incerto. Se é certo, apenas deve ser punido com a pena que a lei fixa, e a tortura é inútil, porque não se tem mais necessidade das confissões do acusado. Se o crime é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Efetivamente, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não está provado (p.36).

Se a condenação de BECCARIA e VOTAIRE encontrou ouvidos moucos no séc. XVIII, foi ouvida, no século XX, com a sua incorporação em documentos internacionais (ISHAYa, 2003, p.88).

A tortura, as penas ou tratamentos desumanos ou degradantes foram proibidos pelo Artigo V da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e pelo Artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – **Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes.**

Foi ainda objeto da Convenção Internacional contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, adotada pela Resolução 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1984, cujo art. 1º, 1, define tortura:

“Para os fins desta Convenção, o termo tortura designa qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa; ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes, de sanções legítimas.

Tal convenção da ONU foi promulgada no Brasil através do Dec. nº 40, de 15/02/1991.

No Brasil, a tortura foi um método de investigação e punição largamente utilizado em todos os períodos de sua história. No entanto, de acordo com os historiadores, seu uso foi intensificado nos períodos de exceção – Estado Novo (de 1937 a 1945) e ditadura militar (de 1964 a 1985). Após a ditadura militar, a tortura continuou sendo aplicada largamente, agora não contra os adversários do regime, mas contra os presos comuns, principalmente pretos e pobres.

Talvez por causa desses antecedentes históricos tenha havido uma preocupação tão grande com a tortura, tendo a Constituição de 1988 a proibido em primeiro lugar (Art. 5º, III, **ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante**), e, no momento seguinte, a criminalizado (Art. 5º, XLIII – **a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, [...]**)

Esse dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 9.455, de 07/04/1997, que assim tipifica o crime de tortura:

“Art. 1º – Constitui crime de tortura:

I – Constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosas;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa.

II -Submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

e) Pena de morte

Da mesma maneira, a pena de morte dividiu os pensadores do Iluminismo. Assim é que sua aplicação era defendida, por exemplo, por LOCKE, ROUSSEAU e KANT e condenada, por exemplo, por BECCARIA e ROBESPIERRE.

De acordo com LOCKE:

“E assim ocorre que, no estado de natureza, todo homem tem o poder de matar um assassino, tanto para impedir que outros cometam o mesmo mal [...], como para guardar os homens dos intentos de um criminoso que, tendo

renunciado à razão, à regra e à medida comuns concedidas por Deus aos homens, pela violência injusta e pela carnificina por ele cometidas contra outrem, declarou guerra a toda a humanidade e, portanto, pode ser destruído como um leão ou um tigre, um desses animais selvagens com os quais os homens não podem ter sociedade ou segurança. [...] Respondo que cada transgressão pode ser punida a um tal grau e com tal severidade que baste, para transformá-la em mau negócio para o transgressor, dar-lhe causas de arrependimento e aterrorizar a outros para que não procedam da mesma forma. Cada delito passível de ser cometido no estado de natureza é também passível de ser punido da mesma forma e no mesmo grau que numa sociedade política [...] (in ISHAYb, 2006, p.178).

Já KANT não via contradição entre a sua defesa do direito à vida e a sua defesa da pena capital. **Se um homem comete um assassinio, deve morrer. Nesse caso, nenhum substitutivo pode satisfazer à justiça** (ISHAYA, 2003,p. 88).

Para BECCARIA (2011), no entanto:

“A pena de morte, pois, não se apoia em nenhum direito. É guerra que se declara a um cidadão pelo país, que considera necessária ou útil a eliminação desse cidadão. Se eu provar, contudo, que a morte nada tem de útil ou de necessário, ganharei a causa da humanidade. A morte de um cidadão apenas pode ser considerada necessária por duas razões: nos instantes confusos em que a nação está na dependência de recuperar ou perder sua liberdade, nos períodos de confusão quando se substituem as leis pela desordem; e quando um cidadão, embora sem sua liberdade, pode ainda, graças às suas relações e ao seu crédito, atentar contra a segurança pública, podendo a sua existência acarretar uma revolução perigosa no governo estabelecido.

[...] A experiência de todos os séculos demonstra que a pena de morte jamais deteve celerados determinados a praticar o mal. [...]. O rigor do castigo faz menor efeito sobre o espírito do homem do que a duração da

pena, pois a nossa sensibilidade é mais fácil e mais constantemente atingida por um impressão ligeira, porém frequente, do que por abalo violento, porém passageiro. [...]. O espetáculo atroz, porém momentâneo, da morte de um criminoso é um freio menos poderoso para o crime do que o exemplo de um homem a quem se tira a liberdade, tornado até certo ponto uma besta de carga e que paga com trabalhos penosos o prejuízo que causou à sociedade (p. 50).

Influenciado por BECCARIA, afirmava ROBESPIERRE: **aos olhos da verdade e da justiça, as cenas de morte que a sociedade comanda com tão grande cerimônia não são senão assassínios covardes, crimes solenes cometidos de acordo com o processo penal por uma nação inteira.**

Um ano após BECCARIA ter feito exceção, aceitando a pena capital nos casos em que a segurança nacional estivesse em perigo, ROBESPIERRE pediu a pena de morte para o rei LUÍS XVI, preso quando fugia para países inimigos da Revolução Francesa.

A posição dicotômica de ROBESPIERRE em relação à pena de morte refletia a posição dos iluministas. E ainda hoje essa divisão perdura. Ainda hoje há os que condenam e os que defendem a aplicação da pena de morte.

Para os seus defensores:

- (I) a pena de morte impede que um criminoso convicto volte a matar;
- (II) é uma satisfação para a família do assassinado.

Já os oponentes sustentam:

- (I) a futilidade da pena de morte como impedimento para novos crimes;
- (II) os erros da justiça que podem levar muitos inocentes à morte;
- (III) os criminosos são geralmente vítimas da sociedade e a eles se deveria dar meios de se redimir;

(IV) a violência da sociedade só gera mais violência. (ISHAYa, 2003, p. 88/91).

Essa divisão de visões sobre a pena de morte se encontra inclusive no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, especificamente em seu art. 6º):

1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela Lei, ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

2. Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com a legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente Pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio. Poder-se-á aplicar essa pena apenas em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente.

No Brasil, a pena de morte está abolida, somente sendo admitida no caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX (Art. 5º, XLVII, a).

1.5 Direito de dispor do próprio corpo

Aqui, o direito à vida reveste-se principalmente da forma de direito de exigir, frente ao Estado, uma ação negativa: não- interferência.

O direito de dispor do próprio corpo está relacionado a questões como:

a) Aborto

Aqui o aborto será considerado sob um outro prisma. Não se considera mais o aborto como negação do direito do nascituro de nascer,

mas como um simples exercício da liberdade da mulher de ter ou não um filho.

No presente momento, parece que os defensores do aborto estão abandonando argumentos, baseados na biologia, sobre o início da vida ou na ética. Estão fundamentando o direito ao aborto no direito à privacidade como soberania na tomada da decisão, no direito à liberdade, no sentido de faculdade de decidir sobre a sua própria vida, e na responsabilidade que tem a mulher de assumir os encargos inerentes à gravidez e à criação de um filho. Enfim, no direito da mulher de dispor do próprio corpo.

De acordo com DWORKIN (2009) já citado anteriormente, a decisão de abortar, quer nos casos moralmente aprovados, quer nos casos moralmente desaprovados, compete exclusivamente à mulher. Deve fundar-se em crenças morais e religiosas, no foro íntimo de cada uma, não competindo ao Estado laico baixar normas obrigatórias de moral ou religiosas.

b) Liberdade de procriar e liberdade de não procriar

O homem, ou a mulher, ou o casal, tem o direito de planejar a sua família. É o que se acha disposto no § 7º do art. 226 da Constituição:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Regulamentando o mencionado § 7º do art. 226 da Constituição, dispõe a Lei nº. 9.263, de 12 de janeiro de 1996.

Art. 1º - O planejamento familiar é direito do todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º - Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Para o exercício desse direito de procriar ou de não procriar, o Estado oferecerá todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção (art. 9º).

Constitui violações criminosas desse direito:

- Induzir ou instigar dolosamente a esterilização cirúrgica (art. 17);
- Exigir atestado de esterilização para qualquer fim (art. 18).

c) Direito de dispor das partes separadas do corpo.

Aqui se faz mister distinguir: disposição de partes de seu próprio corpo e disposição de partes retiradas do cadáver. No que se refere à primeira hipótese, a doação de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, aparentemente, relativiza o princípio da não disponibilidade do direito à integridade física.

O direito à integridade física é intransmissível e irrenunciável, como ensina a doutrina (CUPIS, p. 60, 1950) e como determina a lei (Código Civil, art. 11). Mas pode ser disponível dentro de certos limites (Código Civil, art. 13 – **Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes**).

Efetivamente, diariamente, todos nós estamos permitindo atos que, de certa maneira, atingem nossa integridade física, desde os mais simples, como cortar o cabelo ou fazer a barba, até os mais sérios, como operações cirúrgicas ou a participação em competições esportivas violentas, como o boxe.

No entanto, esse ato de disposição encontra limite no disposto no art. 13 do Código Civil, acima transcrito.

No caso específico da disposição das partes retiradas do seu próprio corpo, a doutrina sustenta que há um direito de propriedade daquele de cujo corpo foram destacadas, discutindo-se, entre os juristas, se se trata de um **jus in se ipsum** ou não (CUPIS, p. 74, 1950). Entretanto, mesmo reconhecendo esse direito de propriedade daquele de cujo corpo foram destacadas, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece limites nesse seu direito de disposição. Assim é que essas partes são consideradas coisas fora de comércio (**extra commercium**), não podendo ser cedidas a título oneroso (Constituição, art. 199, § 4º, combinado com o art. 1º da Lei nº. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997), com exceção do sangue, do esperma e do óvulo (Parágrafo único do art. 1º da Lei nº. 9.434/97).

Já no que se refere à disposição de partes retiradas do cadáver, o regime jurídico é outro. Não se trata de um direito de propriedade do **de cujus** sobre o seu próprio corpo, porque, com a morte, cessa personalidade jurídica, como dispõe o art. 6º do Código Civil (**a existência da pessoa natural termina com a morte; [...]**).

De acordo com CUPIS (1950), **o cadáver é, por outro lado, objeto de um direito privado não patrimonial, deduzível do costume, que contém a faculdade de determinar o modo e a forma de sua destinação normal. Tal direito pertence aos parentes do defunto em razão do sentimento de piedade que os liga (p. 78)**. E acrescenta o autor acima mencionado: **O direito dos parentes de cuidar da destinação do cadáver tem, como pressuposto negativo, que não desconheça a vontade do defunto sobre tal destinação (p. 78)**.

O regime jurídico dos transplantes de tecidos, órgãos e partes, tanto do corpo humano vivo como do cadáver, foi estabelecido pela Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, alterada pela Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001, e regulamentada pelo Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997.

(I) Transplante do corpo vivo

De acordo com o disposto no art. 9º da Lei nº 9.434/97, o princípio geral é o de que toda pessoa maior, juridicamente capaz, pode dispor de órgãos, tecidos ou partes de seu corpo para fins de transplante ou terapêuticos.

No entanto, esse princípio é limitado pela própria Lei nº 9.434/97 nas seguintes hipóteses:

(I) A disposição tem que ser gratuita, sob a forma de doação. A compra ou venda de tecidos, órgãos ou partes do corpo constitui crime, punível com pena de três a oito anos de reclusão e multa 200-360 dias-multa;

(II) A pessoa pode doar livremente para trasplante em cônjuge ou parente consanguíneo até o quarto grau inclusive. Fora desses casos, a doação depende de autorização judicial, dispensada essa em relação ao transplante de medula óssea (art. 9º, **caput**, com a redação dada pela Lei nº 10.211, de 2001);

(III) O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação, nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis e autorização judicial, se o ato não oferecer risco para sua saúde (art. 9º, & 6º);

(IV) É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo, exceto quando se tratar de doação de tecidos para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto (art. 9º, & 7º);

(V) O auto-transplante só depende de consentimento do próprio indivíduo, registrado em seu prontuário médico, se for capaz. Se incapaz, depende do consentimento de um de seus pais ou responsáveis (art. 9º, & 8º);

(VI) Só é permitida a doação, quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora (art. 9º, & 3º).

Em todos os casos de transplante, tanto de tecidos, órgãos ou partes do cadáver como de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo, este só pode ser efetuado com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento (art. 10, com a redação dada pela Lei nº 9.434/97).

No caso em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida da sua vontade, o consentimento será dado por um de seus pais ou responsáveis (art. 10, & 1º, da Lei nº 9.434/97, com a redação da Lei nº 10.211/2001).

(II) Transplante post mortem

A retirada de órgão **post mortem** só pode ser efetuada após diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina (art. 3º)

Através da Resolução nº 1.480/97, o Conselho Federal de Medicina definiu morte encefálica como a cessação irreversível de todas as funções do encéfalo, incluindo o tronco encefálico, onde se situam estruturas responsáveis pela manutenção dos processos vitais autônomos, como a pressão arterial e a função respiratória.

De acordo com a redação original dada pela Lei nº 9.434/97, a doação era presumida se não houvesse uma manifestação do doador em contrário (art. 4º, **caput**), manifestação esta concretizada através da expressão não doador de órgãos e tecidos, gravada na Carteira de Identidade e na Carteira Nacional de Habilitação (art. 4º, & 1º).

Segundo CATÃO (2004), esse consentimento presumido transformaria todos os brasileiros maiores e capazes em doadores presumidos (p. 235). E continua o autor: **“E aquelas pessoas que não quisessem doar seus órgãos e tecidos deveriam, segundo o art. 4º, && 1º a 3º, da supracitada lei, e o art. 14, && 1º, 6º e 7º, do Decreto nº 2.268/97, comparecer a uma repartição oficial de identificação civil, departamento de trânsito ou órgão de classe, para gravar, em sua Carteira de Identidade Civil, Carteira Nacional de Habilitação ou Carteira Profissional, a expressão não doador de órgãos e tecidos (p. 235).**

Essa disposição legal causou muita polêmica no seio da sociedade, inclusive na classe médica, tendo o Conselho Federal de Medicina determinado que o médico deveria, necessariamente, consultar a família antes da retirada de órgãos, tecidos ou partes do corpo (CATÃO, 2004, p. 245). Houve até quem considerasse a Lei nº 9.434/97 inconstitucional, por contrariar disposições constitucionais como o direito de personalidade, especialmente ao direito de autodeterminação, ao direito de privacidade e à dignidade humana (MENDES, 1999, p. 207).

A esse respeito, o mesmo MENDES (1999) afirma que a simples opção pelo modelo de doação presumida não significa uma afronta ao princípio da livre autodeterminação das pessoas ou uma afronta contra a sua liberdade de decisão (p. 208).

Em vista disso, foi editada a Medida Provisória nº 1.718, de 6 de outubro de 1998, que alterou o modelo de consentimento, substituindo o do consentimento presumido, previsto na Lei nº 9.434/97, pelo de consentimento informado. Nesse modelo, parte-se da premissa de que cabe à pessoa em vida dispor de seu corpo após a morte, através de uma declaração escrita autorizando ou não a doação de seus órgãos. Na ausência

dessa declaração de vontade do **de cujus**, os órgãos responsáveis fazem uma comunicação à sua família sobre a intenção de se proceder à retirada dos órgãos e tecidos, cabendo a esta autorizar ou não.

Nesse sentido, acresceu o & 6º ao art. 4º da Lei nº 9.434/97 que revogou o consentimento presumido e determinou que, no caso de ausência de manifestação expressa do potencial doador, a mãe, o filho ou o cônjuge poderá manifestar-se contrariamente à doação, o que será obrigatoriamente acatado pelas equipes de transplante e remoção. No entanto, manteve a negativa na Carteira de Identidade e na Carteira de Habilitação.

A Medida Provisória nº 1.959, de 24 de outubro de 2000, modificou a sistemática de autorização de transplante, ao alterar, mais uma vez, a redação do art. 4º da Lei nº 9.434/97, determinando que a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoa falecida, para transplante ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização de qualquer um de seus parentes maiores, na linha reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, ou do cônjuge, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte (art. 1º).

Esse modelo de consentimento foi mantido pela Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001, que introduziu as seguintes modificações na sistemática de transplante:

- (I) Acrescentou um parágrafo único ao art. 2º da Lei 9.434/97, com a seguinte redação: **A realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos e partes do corpo humano só poderá ser autorizada após a realização, no doador, de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos em normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Saúde;**
- (II) Alterou, mais uma vez, a redação do art. 4º da Lei nº 9.434/97, confirmando o entendimento de que a retirada de tecidos, órgãos e partes do cadáver depende exclusivamente de autorização de parentes, mas alterando a ordem desses parentes autorizados a dar autorização: cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau.

d) Direito à morte digna

O homem não só tem direito a uma vida digna, mas tem também o direito a uma morte digna.

O direito a uma morte digna levanta as questões do suicídio, da eutanásia e da ortotanásia.

É o suicídio um direito do homem, um atributo da liberdade individual? A resposta a esta questão varia de acordo com as opções filosóficas e as crenças religiosas. Para uns é demonstração de fraqueza diante das provas da existência; para outros, a apropriação de um poder sobre a vida que pertence apenas a Deus; outros, finalmente, o consideram a expressão maior da liberdade individual (ROBERT e DUFFAR, 1999, p. 217).

No que se refere a esta última posição é conhecida a afirmação de ENRICO FERRI: o homem, assim como tem o direito de viver, tem igualmente o direito de morrer; o interesse da sociedade pode vincular sua atividade enquanto ele dela faz parte, mas não a atividade destinada a por termo a essa relação de pertencimento (apud DE CUPIS, 1950, p. 57).

No Brasil, não há um direito ao suicídio. Este, assim como a sua tentativa, são atos ilícitos. Entretanto, atos ilícitos não puníveis, porque a pena seria inútil, no caso do suicídio, ou contraproducente, no caso de sua tentativa (HUNGRIA, V, 1958, p. 223 e ss).

No entanto, é punível toda forma de indução, instigação ou auxílio para que alguém cometa o suicídio, nos termos do art. 122 do Código Penal.

A **eutanásia** consiste no fato de alguém antecipar a morte de um paciente terminal ou incurável, por piedade, a seu pedido ou de seus familiares, empregando-se, em regra, recursos farmacológicos.

No Direito brasileiro, a eutanásia constitui crime, crime de homicídio, mas de homicídio privilegiado, porque causado por motivo de relevante valor moral (HUNGRIA, V, 1958, p. 122). É o chamado **homicídio eutanásico** que o autor define como **aquele que é praticado para abreviar piedosamente o irremediável sofrimento da vítima e a pedido**

ou com o consentimento desta (p 127). Por isso, é punível, mas com significativa redução de pena – de um 1/6 a 1/3 da pena aplicada no homicídio comum – 6 a 20 anos de reclusão (Código Penal, art. 121, & 1º)

O Código de Ética Médica brasileiro, aprovado pela Resolução CFM nº 1931, de 24/09/2009, em seu art. 41, veda ao médico a utilização, em qualquer caso, de meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal.

A ortotanásia ou eutanásia passiva é a eutanásia por omissão consistente no ato de suspender medicamentos ou medidas que aliviem a dor, ou de deixar de usar os meios artificiais para prolongar a vida de um paciente em coma irreversível, por ser intolerável o prolongamento de uma vida vegetativa sob o prisma físico, emocional e econômico, acatando solicitação do próprio enfermo ou de seus familiares (DINIZ, 2002, p. 323 e ss).

DWORKIN (2009) entende que a eutanásia, como o aborto, levanta sérias questões éticas e morais, como autonomia, interesses fundamentais do paciente e o princípio da santidade da vida.

(I) autonomia

Os defensores da eutanásia sustentam que se deveria permitir que as pessoas tomem, por si próprias, decisões fundamentais que lhes permitam por fim à própria vida, pelo menos nos casos em que essa decisão é claramente racional (p. 268).

Essas decisões poderiam constar de testamentos ou de procurações para a tomada de decisões em questões médicas, documentos que indicam uma determinada pessoa para tomar decisões de vida e morte em nome do signatário, quando este já não estiver em condições de tomá-las (p. 252).

Entretanto, os adversários da eutanásia retrucam, também invocando a autonomia, que pessoas, que prefeririam continuar vivas, poderiam manifestar, de maneira inequívoca, que lhes pusessem fim à

vida. Isso ocorreria com doentes terminais que se sentiriam constrangidos com os gastos e cuidados de parentes e amigos (p. 268/9).

(II) interesses fundamentais do paciente

Alguns sustentam que a morte, em caso de doentes em estado vegetativo ou de doenças que provocam intenso sofrimento, atenderia melhor o seu interesse,

Essa questão se coloca principalmente nos casos em que o paciente terminal não deixou nenhum documento manifestando suas intenções a respeito. Nesse caso, são os parentes que, a partir da história de vida do paciente, declaram que este, se pudesse se manifestar, preferiria morrer a viver nas condições em que se encontrar.

Mas há novamente a objeção: como decidir sobre o melhor para uma pessoa que não pode se manifestar, como no caso do paciente em estado vegetativo que não tem a menor consciência do estado em que se encontra? (p. 271/6).

(III) O valor intrínseco da vida/santidade da vida humana

Esse é o argumento esgrimido pelos adversários da eutanásia, principalmente a Igreja Católica. A vida tem um valor intrínseco que ultrapassa a autonomia e os interesses do paciente. O investimento natural em uma vida humana é muito mais importante do que o investimento humano. A opção pela morte é o maior insulto possível ao valor sagrado da vida (p. 302).

Mas os defensores da eutanásia sustentam que, em certas ocasiões quando o paciente é mantido vivo artificialmente através de tubos de plástico e drogas, a intervenção humana é uma prova de maior respeito para com o valor sagrado da vida do que a manutenção do estado em que o paciente se encontra (p. 305).

No fim, a conclusão do autor em relação à **eutanásia – fim da vida** – é a mesma que ele expressa em relação **ao aborto – início da vida**. Muito embora levando em consideração a santidade da vida humana – e nisto concordam os que são favoráveis e os que são contrários à eutanásia – o autor sustenta que esta é uma questão de autonomia, de foro íntimo – cada pessoa deve ser livre para decidir se autoriza ou não a antecipação de sua morte, não devendo o Estado interferir nessa área de sua autonomia.

e) Direito de dispor do próprio corpo para fins lucrativos

Esse direito pode surpreender até chocar.

Com efeito, o respeito devido ao corpo humano encontra uma aplicação fundamental no princípio de sua indisponibilidade, significando que o corpo humano não pode ser objeto de atos de comércio.

No entanto, há numerosas exceções e uma das mais polêmicas está na prostituição, no sentido de venda do próprio corpo para a prática de atos libidinosos. Para alguns juristas, a prostituta não vende o seu corpo, mas seus serviços (RIVERO ET MOUTOUH, 1977, p. 43).

No Direito Penal brasileiro, a prostituição não é crime; são punidos criminalmente o lenocínio e o tráfico de mulheres (Código Penal, arts. 227, 228, 229, 230, 231 e 232).

A respeito do assunto, afirma BITTAR (2004): [...], **tem a pessoa o direito de dispor de seu próprio corpo, para as diferentes finalidades da vida social normal, inclusive para satisfação da lascívia alheia, desde que em circunstâncias que não choquem a moral pública, quando então poderá ingressar na esfera penal, [...]. Daí por que não é delito a prostituição, mas sim a facilitação ou o aproveitamento por terceiro** (p. 83)

Não consta da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, nem das Constituições do século XIX.

Está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. XII – **Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques**), no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966 (art. 17 – **Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais a sua honra e reputação**) e na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (art. 11. 2. **Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas**).

No Brasil, as constituições anteriores a 1988 não tutelaram a intimidade como direito unitário.

As Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946 garantiram manifestações concretas do direito à intimidade como a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das correspondências, como direitos autônomos (Const. 1824, art. 179, VII e XXVII; Const. 1891, art. 72, §§ 11 e 18; Const. 1934, art. 113, 8 e 16; Const. 1937, art. 122, 6; Const. 1946, art. 141, §§ 6º e 15). A Const. 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/69 garantem a inviolabilidade do domicílio e da correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 9º e 10).

A Constituição de 1988 regula a matéria no art. 5º, nos incisos X (**São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação**), XI (**A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador [...]**) e XII (**É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas**). Parece que o legislador constituinte adotou a tese de que existiria uma pluralidade de direitos à intimidade.

2.1 Indefinição terminológica

Não existe uma terminologia uniforme a respeito do direito à privacidade, como se pode ver da simples leitura dos dispositivos acima citados. A doutrina anglo-saxônica prefere a expressão direito à privacidade (**right of privacy**), enquanto a doutrina europeia não anglo-saxônica prefere as expressões direito à vida privada e direito à intimidade, já como direitos diversos, já como expressões sinônimas.

Aliás, há na doutrina uma polêmica antiga sobre se existe um direito geral à privacidade (DE CUPIS) ou se existem uma pluralidade de direitos autônomos relacionados à privacidade (PUGLIESE) (apud LUÑO, 2003). No Brasil, COSTA JR. (1995) é partidário da tese pluralista.

2.2 Delimitando o problema

LUÑO (2003) afirma que a aparição do conceito de intimidade está intimamente ligado ao nascimento da burguesia (p. 321).

A intimidade aparece com a desagregação da sociedade feudal, sendo uma aspiração da burguesia de aceder ao que antes era um privilégio de uns poucos. Daí que os caracteres que vêm conformando o moderno conceito de intimidade se acham intimamente ligados às

necessidades e à ideologia da burguesia. Isso explica seu marcado matiz individualista, que se concretiza na reivindicação de faculdades destinadas a salvaguardar um determinado espaço com caráter exclusivo e excludente, notas que recordam os instrumentos jurídicos de delimitação e defesa do direito de propriedade (LUÑO, 2003, p . 322).

Por isso, muito embora o seu nascimento coincida com a afirmação revolucionária dos direitos do homem, o direito à privacidade, inicialmente, não foi pensado como exigência natural de todos os homens, mas como privilégio de uma classe (p.322).

Contra essa opinião levanta-se a chamada teoria histórica em suas duas vertentes:

- (I) a primeira vertente, é representada por WARREN e BRANDEIS que, estudando os precedentes da **common law**, sustentam que o direito à intimidade está vinculado ao direito de propriedade, mas tomam a propriedade não em seu sentido estrito, técnico, mas em sentido amplo, abarcando toda posse, todos direitos e privilégios, compreendendo, portanto, o direito à inviolabilidade da pessoa (MIGUEL, 1999, 32/33);
- (II) a outra vertente, de que WESTIN (1970) é um dos representantes, estuda a origem da intimidade como fenômeno, como ideia e como direito e sustenta que a intimidade não está ligada ao aparecimento da burguesia, nem à Revolução Francesa (MIGUEL, 1999, p. 33).

Com efeito, ensina WESTIN (1970):

“As necessidades de privacidade individual e grupal e consequentes normas sociais estão presentes em quase todas as sociedades. Compreendendo um vasto círculo de atividades, essas normas afetam áreas básicas da vida do indivíduo, do grupo familiar íntimo e da comunidade como um todo. As normas de privacidade da sociedade são estabelecidas em cada uma dessas três áreas:

- (1) o indivíduo procura tanto privacidade como companheirismo em suas interações diárias com os outros; são estabelecidos limites para manter um grau de distância em certos momentos cruciais de suas vidas;
- (2) a unidade familiar também institui limitações tanto para os seus membros como para os estranhos para proteger várias atividades dentro do lar;
- (3) Importantes rituais e cerimônias na comunidade maior também são protegidos por costumes que prescrevem privacidade para eles dentro do grupo (p. 13).

Além disso, de acordo com o mesmo autor, não só a privacidade é uma constante em quase todas as sociedades; também o é a tendência, por parte do indivíduo, de invadir a privacidade dos outros, e da sociedade para vigiar a fim de se guardar contra conduta anti-social. A nível individual, isto é baseado na propensão para a curiosidade que existe em cada indivíduo, desde os seus tempos de criança (19).

Segundo WESTIN (1970), há dois tipos de curiosidade:

- (I) a simples curiosidade – a inquisição diária ou a busca por explicação que é usualmente aceitável ou mesmo considerada benéfica na maioria das sociedades; e
- (II) a curiosidade anti-social – quando leva o indivíduo a quebrar os tabus de sua sociedade e penetrar nos mundos sagrados (20)

Todavia, ensina o autor que a curiosidade é apenas a metade do fenômeno. Há também um processo universal de vigilância por parte das autoridades para reforçar as leis e os tabus da sociedade. Qualquer sistema social que cria normas – todas as sociedades humanas – têm de ter mecanismos para impor essas normas (p. 20).

O direito de privacidade que protege o indivíduo contra a curiosidade individual anti-social é uma das manifestações mais importantes

do Direito da Personalidade e está disciplinado no Código Civil, Parte Geral, Livro I, Cap. II – Dos Direitos da Personalidade, arts. 11 a 21.

Direito que começou a ser construído pela doutrina e pelos tribunais a partir do artigo de SAMUEL WARREN e LOUIS D. BRANDEIS, intitulado **The Right to Privacy**, publicado na HARVARD LAW REVIEW, de 1890.

Em 1960, em artigo publicado na CALIFORNIA LAW REVIEW, PROSSER fez um estudo detalhado do direito à privacidade, construído pela doutrina e pela jurisprudência nos anos subsequentes ao artigo de WARREN & BRANDEIS, concluindo que, sob a denominação comum de direito à privacidade há, na realidade, quatro (4) ações autônomas:

- (a) direito de ação contra o ilícito da intrusão na intimidade ou na solidão de alguém ou em seus negócios privados;
- (b) direito de ação contra o ilícito da divulgação ao público de fatos privados embaraçosos
- (c) direito de ação contra o ilícito que coloca a pessoa em falsa perspectiva perante o público;
- (d) direito de ação contra o ilícito da apropriação, em proveito do réu, do nome e da imagem do autor.

O presente trabalho tratará do direito de privacidade que protege o indivíduo contra as ingerências indevidas do Estado em sua intimidade, em sua vida privada, em sua honra e em sua imagem, isto é, de um direito como limite ao poder do Estado, como o são todos os direitos fundamentais.

É o direito que consta da Emenda IV à Constituição americana (**O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas papeis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; (...)**, do art. 8º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1. **Toda pessoa tem direito a ter respeitados sua vida privada e familiar, seu domicílio e sua correspondência. 2. Não ingerência da autoridade pública no exercício**

deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista em lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros) e se encontra espalhado em vários dispositivos da Constituição de 1988, como se viu anteriormente.

Essa distinção encontra respaldo nos ensinamentos de GRINOVER (1982):

“As lesões do direito à intimidade colocam-se em dois planos diversos: o primeiro, concernente à autoridade pública, quer no campo do poder de polícia, quer no campo da atividade judiciária. O poder público atribui-se poderes de interferência no âmbito de atividade do indivíduo, acabando por ferir certos interesses que se enquadram na esfera da vida privada. O segundo aspecto da interferência não diz respeito à autoridade, mas sim a outros indivíduos: os progressos da técnica (teleobjetiva, gravadores, aparelhos de interceptação etc.) e o conflito entre o interesse à intimidade e a liberdade de imprensa e de informação, são alguns elementos que indicam a preponderância do tema (p. 71).

De acordo com McWHIRTER (1992), este direito de estar livre da interferência do governo se origina do conceito geral de que há liberdades além do poder do Estado de controlar, mesmo se esse Estado é uma democracia. Ao mesmo tempo há uma crença de que a maioria deve regular a maioria dos problemas. O dilema fundamental do Estado democrático liberal é que questões podem ser deixadas para a vontade da maioria e quais estão além do poder do governo (p. 33).

Ainda tratando da mesma questão, afirma MIGUEL (1995): o direito à intimidade, como os outros direitos fundamentais clássicos, se configura originariamente de forma negativa, isto é, como direito de defesa, como um direito subjetivo típico (p. 118).

Coerente com o seu entendimento, afirma MIGUEL (1995) que o sujeito passivo do direito fundamental à intimidade é o Estado: o direito à intimidade, [...], tem uma eficácia plena e direta frente aos poderes públicos sem necessidade de mediação legislativa (p. 145).

É um direito do indivíduo contra ingerências indevidas do Estado na sua intimidade, na sua vida privada, violando a inviolabilidade de seu domicílio, o segredo de suas comunicações, o segredo bancário, o segredo dos dados pessoais, informatizados ou não, a sua imagem ou a sua honra.

No entanto, atualmente, como um valor constitucional, tais direitos também se aplicam às relações privadas, como ensina LUÑO (2003): **convém advertir que a constitucionalização do direito fundamental à honra, à intimidade e à própria imagem não pode ser entendida como uma tutela limitada às relações entre o Estado e os indivíduos, inoperante na esfera das relações inter- privadas** (p. 326/7).

Cabe aqui recordar a tradição liberal, sintetizada por MILL (2010): **A única parte da conduta de qualquer pessoa, pela qual ela é responsável perante a sociedade, é aquela que diz respeito às outras pessoas. Naquela parte que só diz respeito a si mesma, a independência de cada pessoa é, por direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seus próprios corpos e mente, o indivíduo é soberano** (p. 49/50).

Enquanto o direito (privado) de privacidade tem sua origem na indignação causada em WARREN pela intromissão da imprensa de Boston em sua vida particular pela publicação de fatos ocorridos em sua residência, o direito (público) privacidade foi construído pela Suprema Corte dos Estados Unidos, visando a assegurar a todos os americanos o seu direito à vida e à felicidade assegurados na declaração de independência dos Estados Unidos.

E cabe aqui recordar que a primeira decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, reconhecendo o direito intimidade como direito garantido pela Constituição (Emenda IV), foi no caso GRISWOLD v

CONNETICUT, em 1965, em que o tribunal considerou inconstitucional uma lei do Estado de Conneticut, por violar o direito à intimidade ao proibir o uso de anticonceptivos por pessoas casadas, considerando tal uso um crime (GARDÓ, 2000, p.36). Há que recordar ainda que muitas sentenças da Suprema Corte americana sobre a intimidade são relativas à sexualidade e ao aborto, como, por exemplo, o caso ROE v WADE, de 1973.

Como resultado, a Corte reconheceu aos americanos o direito à vida (direito de casar, de procriar ou de não procriar, direito de aborto, direito de morrer), direito de família (direito de educar seus filhos), direito ao sexo (sexo ortodoxo heterossexual, sexo homossexual, fornicação, sodomia), direito à droga, direito à inviolabilidade de seu corpo e de seu espírito.

No Brasil, o reconhecimento do direito à privacidade é recente, data da Constituição de 1988 e, ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos, é uma construção do constituinte originário e do legislador ordinário, muito embora não se desconheça o papel dos tribunais nessa construção.

2.3 A privacidade na Constituição de 1988

2.3.1 Direito à intimidade

No decorrer de sua existência e na sua incessante busca da felicidade, a pessoa toma uma série de decisões referentes a sexo, gestação, casamento, vida e morte, corpo e alma, etc.

Por outro lado, historicamente, o Estado sempre procurou interferir nessas decisões, por razões morais, religiosas, políticas e sócio-econômicas. O que se vai mostrar agora é o estado dessas interferências estatais na vida íntima das pessoas:

(a) Liberdade sexual

Atualmente, o Estado brasileiro reconhece a liberdade sexual de cada indivíduo, em princípio nela não interferindo. Assim, a orientação sexual (heterossexual ou homossexual), e as práticas sexuais (sexo heterossexual, sexo homossexual, sexo normal, sodomia, sexo grupal, etc) são problemas que estão vinculados ao direito à de cada indivíduo. No entanto, há limites a esta liberdade.

O Estado reconhece e garante essa liberdade sexual entre pessoas adultas e livres, criminalizando o estupro (constranger mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça), o atentado violento ao pudor (constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso de conjunção carnal), posse sexual mediante fraude (ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude), atentado ao pudor mediante fraude (induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal), sedução (seduzir mulher virgem, menor de 18 anos e maior de 14, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança) e a corrução de menores (corromper ou facilitar a corrução de pessoa maior de 14 e menor de 18 anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo (Código Penal, arts. 213 a 218), visando, antes de tudo, a preservar essa liberdade.

(b) Liberdade de constituir família

A família é instituição reconhecida e garantida pela Constituição de 1988, consoante o disposto no art. 226, **caput**. Antes da Constituição de 1988, a constituição da família estava submetida a duas condicionantes:

- (I) só podiam casar-se pessoas de sexo diferente – homem e mulher;

(II) a constituição do casamento estava submetida às formalidades previstas no Código Civil (arts. 180/182).

A Constituição de 1988 inovou nesta matéria, ao reconhecer, ao lado da família, constituída de acordo com os preceitos do Código Civil, a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, [...], conforme o disposto no art. 226, & 3º, dispositivo regulamentado pelo art. 1.723 do novo Código Civil.

Em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, julgando a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132, estendeu o disposto no art. 1.723 às uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo, a chamada união homoafetiva, pelo que, de certa maneira, reconheceu o casamento homossexual. Posteriormente, em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça aprovou resolução que obriga os cartórios de todo o país a celebrar o casamento civil entre homossexuais e a converter a união estável homoafetiva em casamento.

A ingerência do Estado no direito fundamental de casar está contida nos impedimentos enumerados no art. 1521 do Código Civil, principalmente os clássicos incesto e poligamia.

(c) Liberdade de procriar

Ínsito no direito de constituir família está o direito de procriar.

O Estado brasileiro reconhece às pessoas o direito de decidir se querem ter filhos ou não, bem como o direito de decidir quantos filhos desejam ter, como se depreende do disposto no art. 226, & 7º (**Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas**).

Entretanto, concebida a criança, o Estado brasileiro interfere na decisão de dar à luz ou não, proibindo o aborto em princípio, com as exceções previstas no art.128 do Código Penal.

(d) Direito à vida e à morte

O Estado brasileiro reconhece a todas pessoas o direito à vida, garante a sua inviolabilidade (art. 5º, **caput**) contra violações por parte do Estado, mas também por parte dos particulares, principalmente através do Código Penal. Mas não reconhece às pessoas o direito de decidir sobre a própria morte, tirando-a ele próprio (suicídio) e pedindo a outrem para fazê-lo (eutanásia).

(e) Direito à integridade física e psicológica

Já se falou, anteriormente, sobre o direito à integridade física como garantia contra os maus-tratos praticados pelo Estados contra seus cidadãos, principalmente os presos. Aqui vai-se tratar de outro tipo de violação à integridade física: a retirada de partes de seu corpo ou de substâncias produzidas pelo seu corpo – sangue, esperma, urina, fezes, suor, etc. ou através de outros tipos de intervenção em seu corpo

Se forçada essa retirada ou essa intervenção, implicaria em violação do direito à intimidade das pessoas, em princípio. Entretanto, a lei pode prever casos de violações à integridade física das pessoas, em seu benefício ou em razão de saúde pública. É o caso, por exemplo, das vacinações obrigatórias das crianças, previstas no art. 14, **caput** e parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

Do mesmo modo, qualquer interferência na integridade psicológica da pessoa para extrair informações, que ela não quer revelar ou não sabe que está revelando ou é levada a revelar sem ter consciência de seu significado para a sua privacidade, é, sem sombra de dúvida, uma arbitrária e ilegal invasão de sua privacidade.

Estamos nos referindo a exames e testes para fins de investigação criminal ou judicial, como o teste de DNA, para determinar a paternidade ou autoria de um crime, o exame de urina, para determinar se a pessoa é consumidora de drogas, o teste do bafômetro, para determinar se o condutor do veículo consumiu bebida alcoólica, etc.

Com efeito, na decisão do **Habeas Corpus** 71.373-4-RS, que trata de investigação de paternidade – exame de DNA, o Supremo Tribunal Federal emitiu a seguinte decisão: Discrepa, [...], de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório debaixo de vara, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. [...].

Por outro lado, estamos nos referindo ao detetor de mentiras, testes de personalidade e ao soro da verdade, por exemplo.

O polígrafo, de acordo com WESTIN (1970), o mais usado dos vários aparelhos conhecidos como detetor de mentiras, foi desenvolvido, em sua forma moderna, durante os anos 20, como um instrumento de ajuda à polícia na descoberta de crimes. A teoria atrás do polígrafo é que a mentira causa reações psicológicas distinguíveis e mensuráveis em uma pessoa que sabe que não está dizendo a verdade.

O operador do polígrafo faz perguntas em um padrão especial, enquanto mede as batidas do coração e o pulso, a pressão do sangue, a respiração e a transpiração. As mudanças corporais são registradas em um papel, produzindo gráficos como os do eletrocardiograma ou do sismógrafo. Supõe-se que o operador do polígrafo seja capaz de identificar as respostas não-verdadeiras para as perguntas críticas (p. 133/4)

Segundo o mesmo autor, o teste de personalidade consiste no uso de exame escrito ou oral para descobrir traços de personalidade com a finalidade de julgar a força psicológica de um indivíduo, especialmente para predizer sua futura performance em alguns papéis.

Tais testes podem estar em forma de questões escritas, em que o sujeito responde questões sobre si mesmo, suas emoções, preferências, valores e atitudes, ou podem ser testes projetivos, em que pede-se ao indivíduo que faça um desenho, interprete borrões de tinta, comente uma pintura ambígua e execute outros atos que forneçam chaves para a sua personalidade.

Em geral, os testes de personalidade diferem dos testes de inteligência ou de aptidão, porque o teste de personalidade não mede fatores objetivos, como aptidão linguística, destreza lógica ou física, mas procura medir emoções, atitudes, propensões de níveis de ajustamento pessoal. Além disso, os testes de personalidade tradicionais incluem questões que pedem ao sujeito que revele suas atitudes em relação a questões sexuais, políticas, religiosas e familiares, uma vez que essas questões são consideradas áreas significativas para distinguir dos padrões normais da população (134).

2.3. 2 Direito à privacidade e as garantias processuais

Coerente com a posição defendida no presente trabalho – a de que estamos tratando de um direito fundamental frente ao Estado –, cabe aqui o seguinte ensinamento de GRINOVER (1982)

“A problemática da intimidade faz parte **ab antiquo** do tema de fundo do processo penal, porque nele se defrontam a exigência de tutela da pessoa humana e a exigência de tutela da comunidade e ainda porque é no processo penal que o Estado de direito se preocupa em colocar limites aos poderes de investigação, pública e privada, como proteção ao indivíduo. O processo penal é, portanto, o terreno sobre o qual vem se desenvolvendo, desde sempre e com diversos resultados, o conflito que dá origem à problemática da intimidade: e isto principalmente para quem, como nós, é levado a resolver a questão da intimidade em um enfoque de liberdade (p. 91/2)

2.3.2.1 Direito à inviolabilidade do domicílio

Consta de todas as constituições brasileiras. Na Constituição de 1824 está previsto nos seguintes termos - art. 179, VII – **Todo cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a lei determinar.**

Já está aí configurado o padrão de tutela do domicílio do indivíduo: (i) a inviolabilidade do domicílio como regra; (ii) no entanto, o constituinte não considera este um direito absoluto; (iii) por isso, prevê duas exceções a esse princípio: incursões de dia e incursões de noite; (iv) de noite, só se pode entrar no domicílio, sem o consentimento do morador, nos casos de incêndio ou de inundação; (v) de dia, pode-se entrar, sem o consentimento do morador, nos casos previstos em lei.

As Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1967 alteraram um pouco a redação de 1824, dispondo que se poderia penetrar na casa à noite, sem o consentimento do morador, nos casos de crimes ou desastres.

De acordo com PONTES DE MIRANDA (V, 1968), é necessário que se façam as seguintes distinções:

- (I) as exceções à inviolabilidade durante o dia só se dirigem contra a administração e a justiça, não contra o legislador, pois, de acordo com o texto constitucional, cabe a este determinar os casos em que se pode penetrar na casa durante o dia, sem o consentimento do morador;
- (II) as exceções à inviolabilidade **durante a noite** dirigem contra o legislador, contra a administração e contra a justiça (p. 175/6).

Ainda de acordo com o renomado constitucionalista, o princípio da inviolabilidade do domicílio só se aplica contra os poderes públicos. A entrada de particulares na casa, sem o consentimento do morador,

constitui crime capitulado no Código Penal (Dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio, art. 150). (p. 178)

Na Constituição de 1937, caberia ao legislador ordinário estabelecer os casos de incursões noturnas e diurnas na casa sem o consentimento do morador.

A Constituição de 1988 inovou:

(I) previu três possibilidades de incursões noturnas – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro;

(II) retirou do legislador ordinário a faculdade de estabelecer as hipóteses de incursões diurnas, ao estabelecer que estas só podem ocorrer por determinação judicial.

O conceito de casa/domicílio é bastante amplo em Direito Constitucional. De acordo com PONTES DE MIRANDA (V, 1968):

“No direito constitucional, domicílio é onde se habita e onde se ocupa espaço, próprio, para uso pessoal, ou para negócios, oficina, escritório, e abrange o pátio, o quintal, as estrebarias, a garagem, os quartos de empregados, etc...o todo da habitação ou do prédio ocupado para uso exclusivo dos ocupantes. O simples quarto de hotel ou de pensão é domicílio. O apartamento onde o advogado tem o seu escritório é domicílio. A parte em que está a família de um gerente de casa de diversões, com exclusão das outras pessoas, é domicílio.

Mas é preciso atender-se a que, se uma casa, ou um apartamento, ou um quarto, onde os habitantes costumam estar permanentemente, facilmente configura o domicílio, casos há que não apresentam a mesma nitidez. Daí as dúvidas; daí pensar-se em terceira espécie que estaria, como zona cinza, entre o domicílio e o não-domicílio, como a pousada de caça, a casa de rendez-vous, os recantos de casa de diversões. Em verdade, porém, ainda quando dificuldades surjam na conceituação, não há a terceira espécie: o espaço ocupado ou é domicílio [...], ou não é domicílio, de modo nenhum (p. 172)”.

No Direito norte-americano compreende-se melhor o significado desse direito fundamental, vez que ali está bem explícito o seu significado instrumental, a sua finalidade: limitar o poder do poder público de penetrar na casa do indivíduo para efetuar buscas (**searches**) ou apreensões (**seizures**) de pessoas e coisas que o auxiliem em sua atividade investigativa, conforme o disposto na Emenda IV (**The right of the people to be secure in their persons, houses, papers and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrant shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or thing to be seized** – o direito do povo de estar seguro em sua pessoa, casa, papéis e haveres, contra buscas e apreensões arbitrárias, não poderá ser violado e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas).

Nesse sentido, está regulamentado pelo art. 240 do Código de Processo Penal. Questiona-se se o direito à inviolabilidade do domicílio aplica-se apenas aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, como se poderia concluir a partir de uma interpretação literal do **caput** do art. 5º, mas a todos os residentes no país.

PONTES DE MIRANDA (V, 1968), interpretando dispositivo da Constituição de 1967 de igual teor, afirma: **Seria, em matéria de alta relevância para o indivíduo, negar-se aos estrangeiros direito reconhecido pelos povos cultos e a que o próprio direito das gentes atribui consequências** (p. 174).

Finalmente, cumpre acrescentar que, no direito constitucional brasileiro, anterior à Constituição de 1988, a inviolabilidade do domicílio foi considerado já como uma manifestação do direito à segurança (PIMENTA BUENO – Comentários à Constituição do Império, 1978, p. 404 e ss), já como complemento da liberdade individual (CARLOS MAXIMILIANO – Comentários à Constituição de 1891, 2004, p.

705) ou da liberdade física (PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1967, t. V, p. 172), já como manifestação do direito de propriedade (PAULINO JACQUES, 1977).

A tendência da moderna doutrina do direito constitucional brasileiro é considerar a inviolabilidade do domicílio como manifestação do direito à intimidade (SILVAa, 2005; MENDES, 2007, FERREIRA FILHO, 1997, entre outros).

2.3.2.2 Direito ao sigilo das comunicações

A Constituição de 1824 garantia a inviolabilidade das cartas (art. 179, XXVII). As Constituições de 1891, 1934, 1937 e 1946 garantiam o sigilo da correspondência. As Constituições de 1967 e 1988 acompanharam os avanços tecnológicos e garantiram a inviolabilidade da correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.

a) Direito ao sigilo da correspondência epistolar

Está-se falando aqui da correspondência epistolar privada. Consequentemente, está fora de apreciação a correspondência pública – aquela emitida por um funcionário público no exercício de suas funções, dirigida a outro funcionário público, tratando de assuntos da Administração Pública.

Por outro lado, do mesmo modo que em relação ao direito à intimidade em geral, está-se tratando aqui de um direito fundamental frente ao poder do Estado, de um direito de ter sua correspondência epistolar não violada pelo Estado.

É nesse sentido que esse direito está garantido na Emenda IV da Declaração de Direitos americana: **O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papeis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; [...].**

E foi com esse sentido que o constituinte de 1824 o inscreveu na Constituição do Império - art. 179, XXVII: **O segredo das cartas é inviolável. A administração do Correio fica rigorosamente responsável por qualquer infração deste artigo.**

Interpretando o disposto no § 18, art. 72, da Constituição de 1891 (É inviolável o sigilo da correspondência), ensina CARLOS MAXIMILIANO (2005):

“A franquia é moderna. Houve outrora os **gabinetes negros**, oficinas misteriosas em que funcionários bem remunerados descolavam habilmente os involucros, copiavam o que convinha, e compunham de novo tudo, sem deixar vestígios de violação. Foram a princípio armas terríveis do absolutismo civil e da Inquisição religiosa. Prestaram-se depois para a libidinagem e toda sorte de abusos: por aquele meio Luís XIV e, sobretudo, Luís XV conheciam a crônica escandalosa de Paris e as fraquezas das pessoas da corte. [...]

A garantia constitucional foi instituída, sobretudo, contra o Estado, que manteve os **gabinetes negros**, e tem o monopólio do transporte de cartas. Estende-se, entretanto, aos particulares também (p. 729.)

E porque se trata de um direito frente ao Estado é que ele pode ser suspenso temporariamente na vigência do estado de defesa (art. 136, § 1º, I, b) ou do estado de sítio (art. 139, III), o que não ocorreria se se tratasse de uma garantia contra a violação praticada por um particular.

Atualmente, com o aparecimento do crime organizado, está-se admitindo uma outra restrição ao sigilo da correspondência. Assim é que o STF, em decisão recente, admitiu a quebra do sigilo da correspondência dos presos, pela administração carcerária, excepcionalmente, por razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica (MENDES, 2007, p. 382).

b) Direito ao sigilo das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

Dispõe o inciso XII do art. 5º: **é inviolável o sigilo [...] 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.**

Antes de mais nada, convém repisar a observação de que a interceptação de que se trata é a promovida pelo poder público. A interceptação de comunicação promovida por particular é crime. A garantia em questão é uma garantia do cidadão perante o Estado.

O dispositivo acima transcrito permite três (3) tipos de interpretação:

- I – a inviolabilidade abrange as comunicações telegráficas, as comunicações de dados, os dados e as comunicações telefônicas, sendo que estas últimas podem ter sua inviolabilidade quebrada por decisão do juiz.
- II – a inviolabilidade abrange as comunicações telegráficas, as comunicações de dados e as comunicações telefônicas. Os dados produzidos por esses processos comunicativos não são protegidos por essa inviolabilidade e as comunicações telefônicas poderão ter sua inviolabilidade quebrada por decisão do juiz.
- III – a inviolabilidade abrange as comunicações telegráficas, as comunicações de dados e as comunicações telefônicas, sendo que as comunicações de dados e as comunicações telefônicas podem ter sua inviolabilidade quebrada por decisão do juiz.

A primeira interpretação é adotada, por exemplo, por GRECO (2005):

“Tenho sustentado que a garantia do sigilo dos dados em si (...) encontra-se sob a proteção do inciso XII do art. 5º da CF/88.

Assim, entendo pois, não obstante a tortuosa redação que o inciso apresenta, dele é possível extrair o sentido de que a inviolabilidade que a Constituição busca proteger abrange tanto o dado, a informação, o registro em si, estaticamente considerados (daí os correspondência e dados), respectivos fluxo de mensagens numa perspectiva dinâmica (daí os termos comunicações telegráficas e comunicações telefônicas).

A meu ver, duplo é o sentido do dispositivo, pois o núcleo é resguardar a inviolabilidade das informações (este o valor a ser protegido), seja qual for a forma sob a termos como o qual se apresentem, tanto as transmitidas quanto as armazenadas.

O direito individual ali contemplado é de proteção contra o acesso de terceiros a informações que:

- digam respeito a alguém;
- estejam inseridas numa correspondência;
- componham um conjunto de dados, ou sejam objeto de comunicação.

Com efeito, afirmar que a proteção seria apenas quanto ao fluxo das informações, ou àquelas informações que não poderiam ser captadas a não ser no seu trajeto, em razão da sua volatilidade é, a meu ver, captar apenas parte da garantia, pois do ângulo do interessado, ver as informações, que lhe digam respeito, acessadas estática ou dinamicamente é indiferente, no que diz respeito ao que passa a ser de conhecimento de terceiro (p. 77/8). [...]

Ou seja, a inviolabilidade prevista no inc. XII do art. 5º da CF/88, [...], cobre a informação em si (armazenada como um dado, constante de correspondência ou transmitida por qualquer meio) (p. 78).

FERRAZ JR. (2005) é pela segunda alternativa. De acordo com ele:

“O sigilo, no inciso XII do art. 5º, está referido à comunicação, no interesse da defesa da privacidade. Isto é feito, no texto, em dois blocos: a Constituição fala em

sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. [...]. Obviamente o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefonia. O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados. Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também não estará havendo quebra de sigilo. Mas se alguém entra nesta transmissão, como um parceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, [...], estará violado o sigilo de dados.

E conclui: **o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (...). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação (p. 25/6).**

A Constituição, no seu entendimento, protege o sigilo da comunicação de dados; proíbe que um terceiro interfira na transmissão eletrônica de dados. Em outros termos: o dispositivo constitucional não protege os dados, mas sua transmissão eletrônica (p. 25).

O objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação (p. 26).

MARTINS (2005) comunga da mesma opinião: **Ainda que não exista entre os Ministros consenso sobre estar o fundamento constitucional, que dá respaldo ao sigilo bancário ubicado no inciso X ou XII do art. 5º da CF, prevaleceu o entendimento de que o inciso XII está voltado a proteger comunicação de dados vedando a sua interceptação por qualquer meio tecnológico, enquanto a proteção aos próprios dados, relacionados à privacidade, decorreria do inciso X, [...]** (p. 53)

STRECK (1997) sustenta a terceira interpretação:

“Ou seja, objetivou a Lei estender a aplicação das hipóteses de interceptação de comunicações telefônicas a qualquer espécie de comunicação, ainda que realizada mediante sistemas de informática, existentes ou que venham a ser criados, desde que tal comunicação utilize a modalidade “comunicações telefônicas”.

Isto porque o constituinte, ao utilizar a expressão comunicações telefônicas, deixou patente que abarcava a possibilidade de o Estado interceptar informes em tráfego, conforme muito bem lembra o Juiz Federal IVAN DE LIRA CARVALHO. Quisesse o constituinte limitar a interceptação simplesmente aos telefones entre pessoas, não teria usado comunicações **lato sensu**. Sabe-se que, com o avanço da informática, permite-se a prática de comunicações via computador, por exemplo, a Internet, cujo veículo é o telefone. Já a telemática vem a ser a ciência que trata da manipulação e utilização da informação através do uso combinado do computador e meios de telecomunicação (p. 42/3).

Este foi o entendimento do legislador ordinário que, na Lei nº 9.296, de 25 de julho de 1996, que regulamentou o dispositivo constitucional acima transcrito, permitiu a interceptação das comunicações de dados, juntamente à interceptação das comunicações telefônicas, para prova criminal e instrução criminal mediante autorização judicial, **ex-vi** do disposto no art. 1º e seu parágrafo único:

“Art. 1º – A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

Parágrafo único – O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal em várias decisões.

Já os dados, produto da comunicação, normalmente conservados em arquivos eletrônicos ou em discos, juntamente com os papéis pessoais – correspondências recebidas, diários, agendas, documentos referentes ao estado de saúde, etc., pertencem à intimidade da pessoa e, por isso, estão garantidos pelo art. 5º, X, da Constituição.

São os papéis (**papers**), de que trata a IV Emenda da Constituição americana, garantidos contra as buscas e apreensões dos agentes do Estado, exceto quando houver mandado judicial.

2.3.2.3 Direito ao sigilo bancário

O direito ao sigilo bancário não está previsto em um dispositivo específico da Constituição de 1988. Inicialmente, a doutrina e a jurisprudência fundamentavam esse direito no sigilo profissional. Esta foi a posição de NELSON HUNGRIA, como Ministro do STF e como doutrinador (Comentários ao Código Penal, v. VI, p. 271). Posição contraditada por ALIOMAR BALEIRO para quem o sigilo profissional não alcançava o banqueiro (1975, p. 550). Com a vigência da Constituição de 1988, a fundamentação do sigilo bancário no dever do sigilo profissional foi abandonada, tendo a doutrina e a jurisprudência procurado fundá-lo já no direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), já no direito à inviolabilidade das comunicações (art. 5º, XII). Atualmente, a tese majoritária, tanto na doutrina como na

jurisprudência é no sentido de fundamentar o direito ao sigilo bancário no direito à inviolabilidade da vida privada – art. 5º, X (FERRAZ JR., 2005; BALTAZAR JR., 2005)

É evidente que esse posicionamento não é unânime, como se vê no seguinte trecho de GRECO (2005):

“[...], o enquadramento do sigilo bancário na cláusula constitucional do inciso X do artigo 5º da CF/88 traz relevante consequência, pois este dispositivo veicula proteção categórica, sem previsão de disciplina por lei, nem relativização mediante autorização judicial.

Ocorre que as decisões, que posicionaram o sigilo bancário sob a proteção deste inciso, entenderam que, apesar de não existir referência à possibilidade de ele ser aberto mediante autorização judicial, esta faria parte do sistema de composição dos direitos e garantias individuais, pois não havendo direitos absolutos, poderia o Poder Judiciário autorizar a quebra, apesar de o inciso X não fazer menção a tal possibilidade (p. 79).

A quebra do sigilo bancário estava prevista na Lei nº 4.595/64 (que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias. Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências) e no Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66, nos seus artigos 194 a 200).

Na Lei nº 4.595/64, estava prevista a possibilidade de quebra do sigilo bancário por decisão judiciária, de Comissão Parlamentar de Inquérito e por agentes fiscais em processo/procedimento administrativo.

Após a Constituição de 1988, foi promulgada a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que dispõe especificamente sobre o sigilo das operações de instituições financeiras.

A mencionada Lei Complementar nº 105/2001 traz as hipóteses de quebra de sigilo bancário e fiscal nos §§ 3º e 4º do art. 1º e nos arts. 2º a 7º e 9º, tendo-se de observar que o sigilo é a regra e a possibilidade de quebra, a exceção

De acordo com BALTAZAR JR (2005), são as seguintes as hipóteses de quebra de sigilo bancário previstas na Lei Complementar 105/2001:

- (a) troca ou fornecimento de informações para fins privados (arts. 1º, & 3º, I e II);
- (b) acesso a informações para a fiscalização do sistema financeiro nacional (arts. 2º e 7º);
- (c) comunicações para fins de investigação criminal ou administrativa (arts. 1º, & 3º, IV; 2º, & 6º e 9º);
- (d) informações determinadas pelo Poder Judiciário (arts. 1º, & 4º; 3º e 7º);
- (e) informações e documentos necessários ao exercício do Poder Legislativo ou para investigação por Comissão Parlamentar de Inquérito (art. 4º);
- (f) informações de interesse da fiscalização tributária (art. 1º, & 3º, III; arts. 5º e 6º);
- (g) informações prestadas com o consentimento do interessado (art. 1º, & 3º, V).

Tratando-se de um estudo da violação do direito à privacidade pelo Estado, no caso presente interessam as seguintes hipóteses:

I – Fiscalização do Sistema Financeiro Nacional.

Essa fiscalização é de competência do Banco Central do Brasil (Art. 10, VIII, Lei nº 4.595/1964), estabelecendo o & 8º do art. 44 da mesma lei o conteúdo dessa competência: No exercício da fiscalização prevista no art. 10, inciso VIII, desta lei, o Banco Central do Brasil poderá exigir das instituições financeiras ou das pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as referidas no parágrafo anterior, a exibição a funcionários seus, expressamente credenciados, de documentos, papéis e livros de escrituração, considerando-se a negativa de atendimento como embaraço à

fiscalização sujeito à pena de multa, prevista no § 2º deste artigo, sem prejuízo de outras medidas e sanções cabíveis.

De acordo com o art. 9º da mencionada Lei Complementar 105/2001, no caso de ocorrência ou de indício da prática de crimes de ação penal pública, o Banco Central é obrigado a comunicar o fato ao Ministério Público.

Idêntico poder de fiscalização é atribuído também à Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do art. 2º, § 3º da Lei Complementar 105/2001.

Além disso, consoante o disposto no art. 37, XXII, da Constituição, combinado com o art. 2º, § 4º, da Lei Complementar 105/2001, o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários poderão firmar convênios com outros públicos fiscalizadores de instituições financeiras, inclusive internacionais, objetivando a realização de fiscalizações conjuntas (BALTAZAR JÚNIOR, 2005, p.94/99).

II – Comunicações para fins de investigação criminal ou administrativa.

Aqui há três hipóteses de quebra de sigilo bancário permitida por lei:

- (a) comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa (art. 1º, § 3º, IV, da Lei Complementar 105/2001).

Essa comunicação poderá ser feita por empregado ou administrador de instituição financeira, prescindindo de autorização judicial (BALTAZAR JÚNIOR, 2005, p. 99). Poderá ser feita também por funcionário fazendário que, no exercício de suas funções, venha a tomar conhecimento de crimes contra a ordem tributária (BALTAZAR JÚNIOR, 2005, p. 99)

- (b) representação penal ou administrativa, prevista no art. 9º da Lei Complementar 105/2001, do Banco Central ou da Comissão de Valores Mobiliários, ao Ministério Público, para comunicação da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa (BALTAZAR JÚNIOR, 2005, p. 100)
- (c) comunicação, prevista no art. 2º, & 6º, por parte do Banco Central, da Comissão de Valores Mobiliários e dos demais órgãos de fiscalização, ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), das informações cadastrais e de movimento de valores relativos às operações de lavagem de dinheiro, previstas no inciso I do art. 11 da Lei Complementar 105/2001 (BALTAZAR JÚNIOR, 2005, p. 102)

III – Informações requisitadas pelo Poder Judiciário.

Essa hipótese está prevista no art. 3º da Lei Complementar 105/2001, nos seguintes termos: **Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir- se para fins estranhos à lide.**

IV – Informações requisitadas pelo Poder Legislativo

O sigilo bancário poderá ser quebrado pelo Poder Legislativo Federal, com autorização do plenário das suas casas ou de Comissão Parlamentar de Inquérito que, de acordo com o art. 58, & 3º, da Constituição, tem poderes de investigação próprios de autoridades judiciais (art. 4º da Lei Complementar 105/2001).

V – Informações de interesse da fiscalização tributária

Esta hipótese de quebra do sigilo bancário está prevista::

(a) no art. 197 do Código Tributário Nacional: **Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação ao bem, negócios ou atividades de terceiros: [...] II – os bancos, casas bancárias, caixas econômicas e demais instituições financeiras.**

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

(b) no art. 6º da Lei Complementar 105/2001: **As autoridades e agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames ou procedimento sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.**

O dispositivo acima transcrito tem levantado, no seio da doutrina, uma série de questionamentos.

O primeiro diz respeito à própria possibilidade de quebra do sigilo pelo Poder Legislativo nacional ou pela autoridade judiciária. Com efeito, o inciso X do art. 5º, que tutela o direito ao sigilo bancário, não contém nenhuma cláusula de exceção, como ocorre com o sigilo telefônico, por exemplo. No entanto, de acordo com a doutrina e a jurisprudência predominantes, inexistente direito fundamental absoluto. Todo direito fundamental pode ser restringido, desde que o Poder Judiciário, ponderando-o com outros interesses públicos constitucionalmente protegidos, decida fazê-lo diante do interesse público, do interesse da

justiça, do interesse social, nas palavras do Min. CARLOS VELOSO, do STF, na Petição no 577.

O outro questionamento diz respeito à possibilidade de quebra do sigilo por parte da Administração. Permanece a dúvida sobre se a Administração Fazendária poderá fazê-lo sem autorização judiciária, em que pesem os termos precisos do art. 6º da Lei Complementar 105/2001, acima transcrito.

Antes de tudo, convém atentar para o fato de que o Judiciário sempre entendeu que o direito ao sigilo bancário não é absoluto, podendo ser quebrado em benefício de outros interesses garantidos pela Constituição.

Durante a vigência da Lei nº 4.595/64 e em vista do disposto no § 5º do art. 38, houve o entendimento, no Judiciário, de que a quebra de sigilo bancário por autoridade administrativa independia de autorização judicial. Esse entendimento modificou-se a partir do julgamento do Resp no 37.566 pelo Superior Tribunal de Justiça, em 1994. Desde então passou-se a entender que a quebra de sigilo bancário por autoridade administrativa deveria ser precedida de autorização judicial.

Ocorre que os arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 autorizam expressamente a quebra de sigilo bancário por autoridade administrativa sem necessidade de prévia autorização judicial. Essa autorização legal de quebra de sigilo bancário independente de prévia autorização judicial suscitou uma série de questionamentos no seio da doutrina e no Judiciário.

Esse assunto tem sido objeto de várias ações diretas de inconstitucionalidade impretradas perante o Supremo Tribunal Federal.

2.3.2.4 Direito à intimidade informática

É uma nova versão moderna do direito à intimidade, como direito à autodeterminação informativa, no sentido clássico do direito ao sigilo dos dados pessoais.

Está-se falando em versão moderna porque o Direito sempre garantiu a inviolabilidade desses dados, quando contidos em documentos de várias espécies. Basta ver o direito à inviolabilidade da correspondência, por exemplo.

A novidade está não propriamente nos dados, mas nos meios ou suportes em que eles estão armazenados, tratados e, posteriormente, divulgados. Está-se falando de bancos de dados.

O indivíduo, logo quando nasce, tem uma série de dados – sexo, nome, filiação, data/hora/lugar do nascimento – registrados na Certidão de Nascimento. Quando morre, encerrando sua biografia, outros dados relativos a ele são registrados na Certidão de Óbito – nome, data/hora/lugar do falecimento. Entre esses dois fatos fundamentais, outros dados desse indivíduo – endereço, idade, estado civil, formação escolar, experiência profissional, situação familiar, transações financeiras, solvência, saúde, crenças religiosas, opções políticas, comportamento sexual, etc.- são registrados em vários documentos ou dossiês, à medida em que ele entra na escola, candidata-se a um emprego, vai ao médico ou dentista, solicita um empréstimo ou simplesmente quando realiza uma transação comercial ou financeira ou viaja, se utiliza um cartão de crédito.

Essas informações/dados são classificados por BAUTISTA (1993) em três grupos:

- I – **Dados indiferentes**, assim qualificados porque seu conhecimento, em condições de normalidade, não tem implícita a possibilidade de causar lesões aos direitos ou cercear as liberdades do indivíduo a que se referem. São classificados com indiferentes o nome, apelido, idade, profissão, domicílio, sexo, data de nascimento, formação escolar e/ou profissional, etc.
- II – **Dados sensíveis dependendo do contexto, em que são tratados, e dos respectivos usos**. São eles as informações

tributárias e sobre a solvência do indivíduo, bem como seus dados clínicos que são insensíveis em condições normais, mas podem se tornar sensíveis em certas ocasiões, porque seu conhecimento indevido pode trazer lesões aos direitos ou cercear as liberdades dos indivíduos.

III – **Dados sensíveis por si mesmos**, porque tem maior potencial de trazer lesões aos direitos ou cercear as liberdades dos indivíduos. São eles opiniões políticas, crenças religiosas, vida sexual, condenações judiciais, origem racial, etc. (p. 27)

Esses dados são armazenados e organizados de forma variada pelo computador, de acordo com a finalidade, podendo formar séries que possibilitam dar a conhecer os hábitos de vida de cada indivíduo. Além disso, esses bancos de dados informatizados podem ser ligados a outros bancos de dados, o que possibilita não só o conhecimento da vida de cada indivíduo mas também traçar o seu perfil psicológico.

Isso pode levar a uma violação da intimidade das pessoas, o que fez com que vários países, principalmente os mais desenvolvidos, baixassem leis regulando a formação dos bancos de dados, bem como a divulgação das informações nele contidas pelas instituições públicas e privadas.

Essa regulação é feita ora através da Constituição (Constituição Portuguesa de 1976, art. 35), ora através de lei ordinária, como é o caso do Privacy Act, dos Estados Unidos, e a Ley Orgánica 5/1992, da Espanha.

De acordo com CARVALHO (1999), essa legislação estrangeira estabelece os seguintes princípios para a regulação dos bancos de dados, bem como prevê uma série de direitos para indivíduos frente a esses bancos de dados.

Princípios

I - Finalidade do recolhimento dos dados

Ao indivíduo deve ser informado que os dados serão armazenados em determinado banco de dados, a forma de seu armazenamento, bem como qual a sua finalidade.

II - Publicidade

A sociedade, como um todo, deve ser informada da existência de determinado banco de dados, bem como sobre sua finalidade.

III - Confidencialidade

A divulgação dos dados, constantes do banco, só é legítima se visa atender aos fins previstos no seu estabelecimento. Qualquer outra hipótese de divulgação é ilegítima e fere o direito de intimidade do indivíduo.

Direitos

As leis que regem a formação e funcionamento dos bancos de dados geralmente reconhecem aos indivíduos os seguintes direitos:

(a) Direito de acesso

Os indivíduos têm o direito de acessar o banco de dados, para verificar se há informações a seu respeito.

(b) Direito de retificação

Caso haja informações a seu respeito, o indivíduo tem o direito de verificar se são verdadeiras e, se incorretas, tem o direito de proceder à sua retificação. Inicialmente ele solicita a retificação ao responsável pelo banco de dados e, em caso de recusa, pode recorrer ao Judiciário.

(c) Direito de atualização

O indivíduo também pode considerar que a informação é verdadeira, mas desatualizada (era devedor de uma determinada quantia, que foi quitada recentemente). Nessa hipótese, ele pode solicitar ao responsável pelo banco de dados que a informação seja atualizada e, em caso de recusa, pode recorrer ao Judiciário.

(d) Direito de cancelamento

Algumas legislações prevêem ainda um direito de cancelamento. Certas informações perderam sua vida útil – a dívida prescreveu, por exemplo – e por isso devem ser retiradas do banco de dados.

No Brasil, o assunto não foi objeto de disposição constitucional. Com efeito, a Constituição de 1988 não trata dos dados informatizados, criando apenas um remédio constitucional, o **habeas data**, destinado a dar meios de o indivíduo exigir o acesso aos bancos de dados de entidades públicas ou privadas, bem como de retificação dos dados neles contidos. Também inexistente uma lei específica regulando o funcionamento de bancos de dados.

A Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) trata de bancos de dados, mas não exclusivamente dos bancos de dados informatizados.

2.3.3 Direito à intimidade genética

É também chamado direito à privacidade genética (**genetic privacy**) e se inclui logicamente no conceito geral do direito à intimidade, como direito à autodeterminação informativa. Esta é a opinião de MIGUEL (1995, p. 104) (**Creemos que el instrumento jurídico más adecuado para hacer frente a los posibles peligros es el derecho a la intimidad. En efecto, los estudios jurídicos sobre este campo desarrollados en Estados Unidos hablan de genetic privacy**) e de DIAS (2008, p. 140/1) (**[...] entendemos não se tratar de um novo direito, mas sim de uma atualização das manifestações tradicionais do direito à privacidade permitindo sua adaptação às novas realidades tecnológicas no campo da genética, [...]**).

O código genético está contido no DNA (ácido desoxirribonucleico), que tem o formato de hélice ou escada em caracol.

Esse código genético contém todas as informações sobre o indivíduo, sobre aquilo que ele é e sobre o que ele será.

A possibilidade de decifrar o código genético de cada indivíduo criou muitos problemas éticos e jurídicos e o debate sobre esses problemas foi iniciado pelos próprios cientistas, tendo sido objeto de vários documentos internacionais.

O primeiro documento sobre o assunto foi a Declaração de Valência, adotada numa reunião do Centro de Estudos Avançados, de 1988. Posteriormente, na mesma Valência foi elaborada uma resolução, em 1990, em que se postula o seguinte princípio: **a informação genética sobre um indivíduo deveria ser obtida ou revelada apenas com a autorização desse indivíduo ou de seu representante legal. Qualquer exceção a este princípio requer uma grande justificação legal ou ética.**

Segundo MIGUEL (1995), a declaração de Valência apresenta duas deficiências:

(I) admite exceções e
(II) não trata da manipulação genética não consentida (p. 105/6).
Ainda segundo o mesmo autor, o direito à intimidade genética deve ter dois conteúdos básicos:

- (I) o direito absoluto do indivíduo ao controle sobre a sua própria informação genética e
- (II) proibição absoluta de manipular o código genético de uma pessoa sem a sua autorização expressa e apenas para fins terapêuticos (p. 106).

Entretanto, como informa o autor citado, o primeiro direito postulado é negado em vários países através do uso das **impressões genéticas (genetic fingerprints)**. Por exemplo, nos Estados Unidos, o FBI já dispõe de um banco de dados contendo impressões genéticas (**genetic fingerprints**) de presos sentenciados por crimes sexuais.

Atualmente, a privacidade genética tem sido objeto dos seguintes documentos internacionais:

- (I) Declaração Universal sobre o Genoma Humano e dos Direitos Humanos, da UNESCO, de 1997;
- (II) Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, da UNESCO, de 2003;
- (III) Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, da UNESCO, de 2005.

Diferentemente do ocorreu em vários países, inexistente no Brasil legislação específica sobre a privacidade genética.

De acordo com DIAS (2008), há duas correntes sobre o tratamento a ser dado às informações genéticas:

- I – Há uma corrente que sustenta que as informações genéticas não são diferentes das informações sobre a saúde dos indivíduos, pelo que devem ser objeto do direito à privacidade geral;

II – Uma outra corrente sustenta, por outro lado, que as informações genéticas possuem características específicas que as diferenciam das informações comuns sobre a saúde dos indivíduos. São características das informações genéticas que as singularizam em relação às informações sobre a saúde dos indivíduos:

(a) Singularidade das informações genéticas quanto à sua utilização.

Há uma multiplicidade de usos já identificados das informações genéticas, tais como: auxiliar no prognóstico, diagnóstico, tratamento e prevenção de doenças, auxiliar os indivíduos a tomar decisões em áreas relacionadas à reprodução em geral, verificar a aptidão dos empregados nas relações de trabalho, determinar as consequências genéticas resultantes da exposição a fatores ambientais ou determinadas substâncias, determinar se um indivíduo é aceitável e qual seu nível de risco nas áreas de seguro e da saúde, identificação para fins criminais ou civis, identificação do sexo dos indivíduos nas competições esportiva, etc.

(b) Singularidade das informações genéticas quanto ao seu conteúdo.

O conteúdo das informações genéticas ainda hoje é desconhecido da ciência. Provavelmente elas conterão informações muito sensíveis sobre os traços da personalidade, inteligência, sexualidade, agressividade, etc. que, podem ser utilizadas não somente para fins terapêuticos, mas também para fins de classificação e discriminação das pessoas (p. 144 e ss).

Ainda consoante o mesmo autor, **o direito à privacidade genética, fundado no respeito à dignidade e autonomia dos indivíduos no que concerne às suas informações genéticas, tem sido doutrinariamente**

delineado, até o presente momento, com foco especial na proteção de duas manifestações tradicionais do direito à privacidade:

- (I) **privacidade das informações** – garantia da autonomia das pessoas sobre seus dados genéticos, permitindo-lhes regular o seu fluxo;
- (II) **privacidade social** – tem como objeto os limites de intervenção da sociedade na vida de um indivíduo como membro de um grupo social (p. 160)

2.4 Direito à própria imagem

O direito à própria imagem tem como objeto de proteção o corpo humano, como o direito à intimidade. No entanto, convém atentar para o fato de que, enquanto este tutela o corpo nos seus aspectos íntimos – físicos e psicológicos (sexo, casamento, família, procriação, vida e morte, corpo e alma) -, aquele tutela os aspectos externos e externados do corpo – a figura. Aliás, vai além da figura, protegendo ainda a voz, o modo de ser, etc.

Na lição de BITTAR (2004), o direito à própria imagem **consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social** (p. 94).

A imagem, na definição do Novo Dicionário da Língua Portuguesa, de AURÉLIO, é a representação gráfica, plástica ou fotográfica de pessoa ou de objeto. No Direito Constitucional é mais do isso, na medida em que compreende também a voz e os gestos da pessoa.

O Direito Constitucional garante que aspectos externos e externados do corpo de uma pessoa não sejam objeto de representação gráfica,

fotográfica, cinematográfica ou televisiva, bem como de gravação sonora, sem o seu consentimento.

O direito à imagem é uma garantia contra a sua apropriação indébita ou o seu falseamento, praticados normalmente por indivíduos particulares (GARDÓ, 2000).

Nesse sentido, se aplica a definição dada por WESTIN (1970): o direito dos indivíduos ou grupos de determinar quando, para quem e de que forma estão em público e, em consequência, podem ser observados (p. 62).

De acordo com o art. 20 do Código Civil, **a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem honra, aboafama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.**

Esse aspecto privado do direito à imagem é o que mais tem interessado à doutrina. Aqui vai-se chamar a atenção para o aspecto público do direito à imagem.

Na lição de WESTIN (1970), a vigilância é um instrumento fundamental de controle. Pais vigiam filhos, professores vigiam alunos, patrões vigiam empregados e o Estado vigia os indivíduos. Sem essa vigilância seria impossível para a sociedade fazer cumprir suas normas. No entanto, um dos elementos centrais da história da liberdade nas sociedades ocidentais, desde os gregos, foi a luta para impor limites ao poder das autoridades econômicas, políticas e religiosas de submeter os indivíduos e grupos privados à vigilância contra o sua vontade.

Toda a rede de direitos fundamentais foi estabelecida para reduzir as antigas demandas de vigilância das autoridades governamentais.

Prosseguindo na lição de WESTIN (1970), o Estado utiliza três métodos para vigiar os indivíduos: observação, extração e possibilidade de reprodução da comunicação.

Na observação, há uma vigilância física, normalmente efetuada com o auxílio de aparelhos de escuta, de fotografia e de filmagem. Na extração, há uma tentativa de penetrar nas zonas mais íntimas do indivíduo, exigindo-lhe que revele, através de palavras ou atos, aquelas partes de sua memória e personalidade, que eles consideram privadas.

O terceiro método de fiscalização é denominada **reproducibility**, aqui traduzida por possibilidade de reprodução da comunicação. É que o Estado hoje dispõe de equipamentos que lhe permitem não só ouvir ou ver os indivíduos, mas também arquivar as escutas e as fotos ou filmagens dos indivíduos, para posterior utilização.

Nesse sentido, o Estado também, às vezes, limita o direito à imagem em benefício dos interesses coletivos. Uma primeira hipótese dessa limitação já se encontra prevista na primeira parte do art. 20 do Código Civil que permite a publicação da foto de criminoso foragido da lei.

No entanto, há outras hipóteses em que o Estado limita o direito à imagem de uma pessoa em benefício do processo penal, como o retrato falado e identificação fotográfica do acusado e principalmente, em tempos de crime organizado, a interceptação e gravação ambiental, a fotografia e a filmagem dos criminosos em ação, consoante o disposto na Lei nº 9.034/95, com a redação dada pela Lei nº 10.217/2001.

Deve-se atentar para os seguintes detalhes: não são permitidas fotos, interceptações ambientais e filmagens dos acusados no interior de seu domicílio e as fotos, interceptações ambientais e filmagens dos acusados em lugares públicos normalmente devem ser precedidas de autorização judicial.

2.5 Direito à honra

Historicamente, a proteção da intimidade e da imagem vem sempre associada à proteção da honra.

Essa parece ter sido a orientação da Constituinte, ao colocar a honra ao lado da intimidade, da vida privada e da imagem, no art. 5º, X, da Constituição.

No entanto, grande parte da doutrina, inclusive a brasileira, considera o direito à honra como um direito autônomo em relação à intimidade e suas manifestações, considerando que o ordenamento jurídico pune a exposição ou publicação abusiva da imagem, mesmo quando inexistente ofensa à honra.

Veja-se a seguinte lição de COSTA JR. (1995):

“Dever-se-á entender por honra não só a consideração social, o bom nome e a boa fama, como o sentimento íntimo, a consciência da própria dignidade pessoal. Isto é, honra a dignidade pessoal refletida na consideração alheia e no sentimento da própria pessoa. O direito à intimidade, pelo contrário, é o direito de que dispõe o indivíduo de não ser arrastado para a ribalta contra a sua vontade. De subtrair-se à publicidade e de permanecer recolhido na sua intimidade. *Diritto alla riservatezza*, portanto, não é o direito de ser reservado, ou de comportar-se com reserva, mas o direito de manter afastados dessa esfera de reserva olhos e ouvidos indiscretos, e o direito de impedir a divulgação de palavras, escritos e atos realizados nessa esfera de intimidade. Consequentemente, a tutela da intimidade é independente da tutela da honra. Assim, poderá vir a ser ofendida a honra, sem que venha a ser atingida a intimidade, Ou poderá ser lesada a intimidade, sem que seja golpeada a honra. Ou ainda poderão ambas, em concurso, vir a ser simultaneamente feridas (p. 43).

A doutrina faz a distinção entre a honra subjetiva e honra objetiva. Honra subjetiva é o sentimento de dignidade e de decoro que cada pessoa possui a respeito de si própria. É a autoestima. Honra objetiva é a reputação, a boa fama que cada pessoa desfruta no meio social em que vive (JABUR 2000, p. 273; CASTRO, 2003, p. 6; ARAUJO, s/data, p.72/3).

DE CUPIS (1950) dá uma definição de honra que engloba esses dois aspectos: a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa (**la dignità personale riflessa nella considerazione dei terzi e nel sentimento della persona medesima**) (p. 93).

São ofensas contra a honra, classificadas como crimes pelo Código Penal, a injúria, a calúnia e a difamação.

A injúria é uma ofensa à honra subjetiva, isto é, é uma ofensa à dignidade ou ao decoro. Ofende-se à dignidade de uma pessoa ao atribuir-lhe as qualidades negativas do ponto de vista moral: desonesto, desleal, velhaco, ladrão, etc., ao passo que se ofende ao decoro ao atribuir-lhe qualidades negativas do ponto de vista físico ou intelectual: coxo, louco, burro, ignorante, etc (Código Penal, art. 140).

A calúnia é uma ofensa à honra objetiva. Injuria-se a honra objetiva de alguém quando se atinge a reputação e o bom nome de que goza no meio social em que vive, imputando-lhe a prática de fato definido como crime pela lei penal: fulano roubou, matou, etc.(Código Penal, art. 138).

A difamação é também uma ofensa à honra objetiva. Mas, neste caso, a ofensa à reputação e ao bom nome da pessoa se configura com a imputação de um fato que, embora não criminoso, é desonroso: fulano não paga as contas, não assume responsabilidades, foi expulso do bar por bebedeira, apanha da mulher ou do marido, etc. (Código Penal, art. 13).

Mas, além das ofensas à honra cometidas pelo particular, há as ofensas à honra das pessoas cometidas pelo Estado na sua atividade de vigiar e punir.

Assim é que o Supremo Tribunal Federal tem condenado reiteradamente a exposição de acusados ou simples suspeitos à execração pública através da mídia. Essa posição do STF é bem resumida no seguinte trecho do voto da Min. CÁRMEN LÚCIA, no julgamento do **Habeas Corpus** 89.429-1: a prisão há de ser pública, mas não há de se

constituir em espetáculo. Menos ainda, espetáculo difamante ou degradante para o preso, seja ele quem for. Menos ainda, se haverá de admitir que a mostra de algemas, como símbolo público e emocional de humilhação de alguém, possa ser transformado em circo de horrores numa sociedade que quer sangue [...].

3.1 O princípio da igualdade

Segundo BOBBIOa (1992):

Os direitos de liberdade evoluem paralelamente ao princípio do tratamento igual. Com relação aos direitos de liberdade, vale o princípio de que os homens são iguais. No estado de natureza de LOCKE, [...], os homens são todos iguais, onde por igualdade se entende que são iguais no gozo da liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro. Esse tipo de igualdade é o que aparece enunciado, por exemplo, no art. 1º da Declaração Universal, na afirmação de que todos os homens nascem iguais em liberdade e direitos, afirmação cujo significado é que todos os homens nascem iguais na liberdade, no duplo sentido da expressão: os homens têm igual direito à liberdade, os homens têm direito a uma igual liberdade. São todas formulações do mesmo princípio, segundo o qual deve ser excluída toda discriminação fundada em diferenças específicas entre homem e mulher, entre grupos e grupos, como se lê no art. 3º da Constituição italiana, o qual – depois de ter dito que os homens têm igual dignidade social – acrescenta, especificando e precisando, que são iguais diante da lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião política, de condições pessoais ou sociais (p. 70).

Retomando o problema em outra obra, BOBBIOb (2002) distingue quatro (4) tipos de igualdade:

- igualdade perante a lei;
- igualdade nos ou dos direitos;

- igualdade de oportunidades; e
- igualdade jurídica.

3.2 Igualdade perante a lei

Consta das Constituições francesas de 1791, 1793, 1795, e 1814, na Constituição belga de 1830, na Emenda XIV da Constituição dos Estados Unidos, na Constituição de Weimar de 1919, na Constituição austríaca de 1920 e, após o segundo pós-guerra, em quase todas as Constituições, independentemente do regime político.

No Brasil, o direito da igualdade perante a lei consta de todas as Constituições: 1824, art. 179, XIII; 1891, art. 72, § 2º; 1934, art. 113, 1; 1937, art. 122, 1; 1946, art. 141, § 1º; 1967, art. 150, § 1º.

Na Constituição de 1988 consta do art. 5º, **caput: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...]**.

Para se entender bem o significado desse direito, faz-se mister relacioná-lo não tanto ao que afirma, mas ao que nega. O alvo principal da afirmação de que todos são iguais perante a lei é o Estado feudal (Estado de ordens ou estamentos), em que os cidadãos eram divididos em categorias, ordens, estamentos, cada um dispendo de seu respectivo estatuto jurídico (**leges privatae**) (BOBBIO, 2002; ZAGREBELSKY, 2009).

O Estado liberal, ao abolir o Estado feudal, com seus estamentos e suas ordens, só reconheceu a existência de cidadãos, que estavam submetidos a uma mesma lei.

A lei, na sua concepção clássica de norma geral e abstrata, deveria ser aplicada a todos principalmente pelo juiz, independentemente da especificidade de cada um – cor, sexo, condição social, idade, nacionalidade, compleição física. Essa concepção da igualdade, como imparcialidade, é uma garantia da liberdade, na medida em que torna previsível o comportamento do Estado. O indivíduo sabe que, se

cometer um determinado ato tipificado como crime, será punido com a pena prevista na lei (VILHENA, 2006, p. 288).

Ao adotar o princípio da igualdade perante a lei, a Constituição de 1988 está condenando automaticamente qualquer discriminação na aplicação de ato normativo.

Consoante os ensinamentos de GOMES (2001), a discriminação pode configurar os seguintes tipos:

- (I) **discriminação intencional ou tratamento discriminatório;**
- (II) **discriminação na aplicação do direito;**
- (III) **discriminação manifesta ou presumida.**

Seguindo os ensinamentos do autor citado, a **discriminação intencional** ou **tratamento discriminatório** se realiza através de atos concretos.

Aspecto importante na caracterização desse tipo de discriminação é a intencionalidade, cujo ônus da prova recai sobre o ofendido.

É considerada crime pela Constituição, consoante o disposto no art. 5º, XLI (**a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais**) e XLII (**a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei**), regulamentados principalmente pela Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor), alterada pelas leis no 8.081/90, 8.882/94 e 9.459/97.

GOMES (2001) afirma que essa legislação é completamente ineficaz no combate à discriminação, principalmente a racial, inexistindo nenhum caso de cumprimento de pena por condenação criminal fundadas nessas leis. A discriminação na aplicação do direito diferencia-se da discriminação intencional pelo fato de que nela inexistente a intencionalidade ostensiva.

Ela se caracteriza pelo fato de que, embora a lei ou ato normativo ser aparentemente neutro, a discriminação existe, mas ela não aparece

claramente nos atos concretos de aplicação da lei ou do ato normativo, mas nos resultados de sua aplicação.

GOMES (2001) não cita, mas poder-se-ia citar o caso do vestibular brasileiro, processo seletivo para o ingresso nas universidades públicas brasileiras. A lei é aparentemente neutra, mas, de acordo com os seus resultados, privilegia os alunos ricos ou de classe média alta, cujos pais puderam custear seus estudos em escolas privadas.

Finalmente, há de citar-se a **discriminação manifesta ou presumida**. Há casos tão evidentes de tratamento diferenciado no mercado de trabalho, envolvendo negros e mulheres que se presume haver discriminação. Basta verificar que certos cargos, em certos estabelecimentos (restaurantes e lojas de artigos de luxo, por exemplo) são destinados prioritariamente a pessoas brancas, quando se trata de atender ao público cliente, ou a pessoas negras, quando se trata de serviços de baixo nível. Brancos são maitres, garçons, vendedores e negros são manobristas, serventes de limpeza, etc.

Neste caso, esse tipo de discriminação é constatada principalmente utilizando-se do critério estatístico – percentual de negros ou de mulheres empregados em funções de destaque, comparado ao percentual de negros e mulheres na população brasileira (GOMES, 2001).

3.3 Igualdade nos/dos direitos (igualdade na lei).

É outra manifestação concreta do princípio da igualdade como imparcialidade (VILHENA, 2006), mas, desta vez, tem o legislador como alvo.

Em princípio, o legislador só deveria fazer lei geral e abstrata, abarcando em seu âmbito de vigência todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, independentemente de sua especificidade – cor, sexo, idade, condição social, nacionalidade, compleição física, etc.

Tomando-se esse princípio como absoluto, leis como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e mesmo a legislação do imposto de renda que cria faixas progressivas, pelas quais paga mais quem ganha mais, seriam consideradas inconstitucionais (VILHENA, 2006).

No entanto, no mundo atual onde há diferenças entre pessoas, determinadas por motivos naturais ou sociais, desconhecer essas diferenças seria extremamente injusto. Seria tratar pessoas de forma desproporcional. E o princípio da igualdade não deve servir de pretexto para que o legislador cometa injustiças (VILHENA, 2006).

Assim, o princípio da igualdade como imparcialidade passou a ser redimensionado, permitindo ao legislador fazer diferenciações entre os vários grupos de indivíduos – crianças e adolescentes, idosos, mulheres, os que ganham mais e os que ganham menos, etc.

A dicção do **caput** art. 5º pode induzir a erro, levando a crer que a Constituição proíbe toda e qualquer diferenciação, o que não é verdade. Na realidade, como ensina BANDEIRA DE MELOa (2005), a função da lei é discriminar, do contrário seria impossível a função legislativa (p. 11). A lei discrimina, no sentido de dar tratamento especial, o maior e o menor, o adulto e o idoso, o homem e a mulher e pode discriminar levando em consideração a cor, a altura, etc. Segundo o autor mencionado, para se examinar se uma determinada diferenciação fere ou não o princípio da igualdade não se deve levar em consideração apenas o fator: origem, raça, sexo, cor, idade, etc.

Na realidade, para se examinar se uma determinada diferenciação fere, ou não, o princípio da igualdade, há que se levar em conta três questões:

- (I) o fator de diferenciação existente nas pessoas, coisas e situações – origem, raça, sexo, cor, idade, etc.;
- (II) a conexão lógica entre esse fator e as diferenciação estabelecida na lei;

(III) se essa diferenciação está de acordo ou não com os objetivos da Constituição.

Exemplicando sua explanação:

(a) discriminação baseada na cor

É perfeitamente aceitável que o legislador faça diferenciação baseada na cor, se o que ele pretende é recrutar pessoas negras para uma pesquisa sobre a aptidão dos negros para um determinado esporte.

É perfeitamente aceitável que o legislador faça diferenciação baseada no sexo, se o que ele pretende é recrutar mulheres para a polícia feminina ou quando, reconhecendo a dupla jornada da mulher, lhe concede regime especial para a aposentadoria (menor tempo de serviço)

É perfeitamente aceitável que o legislador faça diferenciação baseada na idade, quando reconhece a situação de fragilidade do idoso e, por isso, lhe reconhece um estatuto especial.

Finalmente, faz-se mister examinar se a diferenciação, mesmo que haja conexão entre o fator e a discriminação, não fere objetivos da Constituição.

O princípio da igualdade como imparcialidade funciona aqui para impedir que o legislador faça discriminações desproporcionais ou não razoáveis, com base na origem, raça, sexo, cor, idade, crença, etc.

Algumas Constituições contemporâneas trazem disposição expressa nesse sentido, como a Lei Fundamental de Bonn (art. 3º, 3 **(ninguém deve ser prejudicado ou favorecido em razão de seu sexo, de sua ascendência, de sua raça, de sua língua, de sua pátria e de sua origem, de sua crença e de suas concepções religiosas ou políticas)**), a Constituição Espanhola (art. 14 – **os espanhóis são iguais perante a lei, sem que possa prevalecer nenhuma discriminação em razão de nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social**), a Constituição Portuguesa (art.

13, 2 – ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica ou condição social).

A Constituição de 1988 não contém disposição de igual teor. Limita-se a estabelecer no **caput** de seu art. 5º - todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]. Mas no correr do texto de sua declaração de direitos, ela continua tratando da igualdade e da discriminação (art. 5º, I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações; VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, [...]); XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, [...]; art. 7º, XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade ou estado civil.).

Essa não é uma posição isolada de BANDEIRA DE MELLOa (2005). KELSEN (1976), aliás citado por BANDEIRA DE MELLOa em nota de rodapé na pag. 11, afirma: A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, são de espírito e doentes mentais, homens e mulheres (p. 203).

No Brasil, ela é exposta por vários constitucionalistas importantes. Por exemplo, PAULO BROSSARD, quando Ministro do STF, afirmou em seu voto no julgamento do RMS 21.046-0-RJ, de 14.12.1990:

“Menciono o fato para mostrar que a regra da igualdade, por sinal uma regra solar, está longe de ser absoluta; ela é relativa, a despeito da sua linguagem; mais traduz um anseio do homem que uma realidade do mundo.[...]”

O certo é que, [...], a aspiração da igualdade é geral, e penso seja a regra dominante de todo o Direito. Mas parece-me também que essa regra deve ser interpretada e aplicada com certo comedimento, cum granum salis, [...].

E cita, em apoio de sua afirmação, RUI BARBOSA, SAN THIAGO DANTAS e FRANCISCO CAMPOS.

RUI BARBOSA:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigulam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real (Oração aos Moços)

SAN THIAGO DANTAS:

“Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos; quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de Direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre os distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que oferecem a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre as distingue conforme

as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral.

Todas essas distinções, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. [...]. Por isso, a igualdade civil, como a concebem talvez, unanimemente, os escritores, não uniformidade de tratamento jurídico, mas o tratamentoproporcional e compensado de seres vários e desiguais. A lei que dá normas de duração e de higiene ao trabalho dos homens diferentes das que regem o trabalho das mulheres ou dos menores, é um frisante exemplo da lei igualitária, neste sentido de igualdade proporcional (Problemas de Direito Positivo)

FRANCISCO CAMPOS:

“A cláusula relativa ao **due process of law** tem sido interpretada, sem discrepância, como incluindo a proibição ao Poder Legislativo de editar leis discriminatórias, ou em que sejam negócios, coisas ou pessoas tratadas com desigualdade em pontos sobre os quais não haja entre elas diferenças razoáveis ou que exijam, por sua natureza, medidas singulares ou diferenciais. A lei não poderá discriminar senão quando haja fundadas razões de fato que indiquem a existência de diferenças reais. Ora, onde a discriminação já é um dado de fato, a lei que reconhece a diferença, para tratar cada caso de acordo com a sua natureza específica, não está, efetivamente, discriminando (Direito Constitucional)”.

Entretanto, como nota GOMES (2001) raramente uma lei é manifestamente discriminatória. O que ocorre mais comumente é o que autor chama a **discriminação por impacto desproporcional**, cuja doutrina (**Disparate impact doctrine**) foi desenvolvida pela justiça americana.

A lei não é intencionalmente discriminatória, mas os resultados de sua aplicação concreta demonstra que ela causa um impacto desproporcional em certos grupos de pessoas.

Nos Estados Unidos essa doutrina surgiu com o caso *Griggs v. Duke Power Co.*, em que os empregados negros da companhia energética da Duke Power Co. contestaram a constitucionalidade de norma da companhia que exigia testes de inteligência, como requisito para promoção. Alegavam que dita exigência tinha um impacto negativo desproporcional entre os negros, vez que eles, oriundos de escolas públicas, não podiam competir com empregados brancos, oriundos de escolas particulares. No Brasil, pode-se citar, por exemplo, como lei que causa impacto desproporcional, a do vestibular, a que se referiu anteriormente.

3.4 Igualdade de oportunidades (igualdade material)

Um dos postulados básicos do liberalismo clássico era a neutralidade estatal.

Segundo esse princípio, ao Estado era vedado intervir nos domínios econômico, religioso e da intimidade das pessoas (GOMES, 2001, p. 36).

Ao Estado cabia as funções de estabelecer as regras do jogo, de zelar pelo seu cumprimento, bem como de garantir a igual liberdade e segurança dos atores sociais para que estes buscassem seu quinhão de felicidade.

Isto é, bastava estabelecer uma igualdade de condições para que cada indivíduo, aplicando livremente seus talentos, alcançasse igualmente os bens necessários para que levasse uma vida feliz.

Ocorreu, no entanto, que o capitalismo, principalmente após o advento da revolução industrial, gerou uma grande desigualdade ao promover uma tremenda concentração de riquezas nas mãos de poucos detentores dos meios de produção, deixando a grande massa da população proletária na mais completa miséria. Essa miséria, por sua vez, gerou um clima de insatisfação e de revolta no seio do proletariado, que levou a revoluções em toda a Europa ocidental, a começar pela revolução francesa de 1848.

Para fazer frente ao esse clima revolucionário e para restabelecer o clima de paz e tranquilidade, foram feitas mudanças no Estado e seu modo de agir. Cai a democracia liberal clássica do **laissez-faire** com seu Estado de Direito, substituída pela social democracia com o seu Estado Social de Direito.

Isto é, ao Estado neutro, simples espectador do jogo seguiu-se um Estado ativo, que intervém no domínio econômico de várias maneiras, regulando o mercado ou estabelecendo regras para os contratos de trabalho, e provedor de bens e serviços através dos direitos sociais. Um Estado que incorporou, em sua declaração dos direitos fundamentais, além dos direitos da 1ª geração (direitos de liberdade), os direitos da 2ª geração (direitos econômicos e sociais). Um Estado que, além de garantir uma igualdade de condições (igualdade perante a lei e igualdade na lei), perseguia o objetivo de assegurar também uma igualdade de oportunidades, tentando assegurar a todos uma igualdade de condições materiais no ponto de partida.

Diferentemente do que possa parecer, esse Estado continuou utilizando, para alcançar os objetivos, a lei geral e abstrata – ainda hoje a maioria das leis são gerais e abstratas.

Ocorre que, mesmo assim, continuaram existindo, principalmente em países de tradição escravocrata, bolsões de miséria. No entanto, esses bolsões de miséria não tinham como causa principal o modo capitalista de produção, mas a discriminação.

Os negros, sua principais vítimas, eram vistos nos Estados Unidos como raça inferior e, por isso, eram-lhes negados, pelo Estado e pela sociedade, todos os meios necessários e todas as oportunidades de ocupar postos na administração pública e na iniciativa privada que lhes permitissem atuar na vida social, econômica e política, como os membros brancos da sociedade americana.

E essa discriminação não era fruto de uma atitude pessoal, que poderia ser combatida através de leis punitivas, mas era estrutural,

permeando toda a sociedade americana que continuava a reproduzir, no presente, atitudes discriminatória da época da escravidão.

Para fazer frente a esse problema surgiram, primeiramente nos Estados Unidos, as ações afirmativas, estas, sim, concretizadas por intermédio de leis específicas que levavam em consideração, primeiramente, o fator cor e, posteriormente, fatores como sexo, nacionalidade, idade, etc.

As ações afirmativas, como os direitos socioeconômicos, têm como objetivo promover a igualdade de oportunidades. Mas, enquanto os direitos socioeconômicos (educação, saúde, previdência) têm um caráter universal, a ação afirmativa tem um caráter específico. Visam a beneficiar um específico grupo de pessoas.

A doutrina tem concordado em identificar o caráter específico da ação afirmativa: esta cria, excepcionalmente e por tempo determinado, por intermédio de uma lei, uma desigualdade em benefício de um determinado grupo de pessoas, com a finalidade de criar condições para que esse grupo de pessoas esteja em condições para concorrer, com os demais membros da sociedade, pelos bens da vida, em igualdade de condições (BOBBIO, 2002; SILVA, 2003.).

São definidas como um conjunto de políticas públicas, tendo as cotas para negros, nas universidades e nas empresas privadas, como seu aspecto mais conhecido.

Inicialmente voltadas para os negros, as ações afirmativas foram posteriormente aplicadas às mulheres, outro grupo discriminado, e aos deficientes físicos e mentais (GOMES, 2001).

A Constituição de 1988 já prevê casos de discriminação positiva, como a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX) ou a reserva de percentual de cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiências (art. 37, VIII), por exemplo.

No Brasil, a primeira ação afirmativa, paradoxalmente, tinha um caráter completamente contrário ao das ações afirmativas americanas,

pois visava a privilegiar exatamente pessoas pertencentes à elite rural. Com efeito, a chamada lei do boi (Lei nº 5.452/58) instituía reserva, em estabelecimento de ensino médio agrícola e em escolas superiores de agricultura e veterinária, de 50% das vagas para candidatos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam com suas famílias na zona rural, e de 30% das vagas para agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que não residam na zona rural.

Posteriormente, já após a vigência da Constituição de 1988, foram apresentados projetos de lei ao Congresso Nacional, agora criando cotas em estabelecimentos de ensino e no mercado de trabalho, para negros. Nenhum desses projetos logrou aprovação.

As medidas administrativas, de reserva de vagas, tomadas no âmbito da administração federal, têm o mesmo sentido dos Estados Unidos – criam cotas para negros, mulheres e deficientes, como se verá a seguir.

Mas as grandes políticas públicas, visando a beneficiar grupos situados naquilo que se chama de estado de pobreza, como o Bolsa Família, a Merenda Escolar, o PROUNI, etc., que visam exatamente a criar condições para que as crianças pobres tenham condições de disputar empregos e posições no mercado de trabalho, em condições de igualdade com as pessoas mais bem situadas econômica e socialmente, não têm esse caráter de discriminação positiva, talvez porque se acredite que os pobres sejam negros na sua maioria.

SILVAc (2004) elaborou uma lista de atos normativos prevendo ações afirmativas, tanto a nível federal como estadual. Posteriormente esta lista foi bastante ampliada, sendo exemplos a nível federal:

- Lei nº 10.558/2002 – cria o Programa Diversidade na Universidade, com a finalidade de implementar e avaliar estratégias para promoção de acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros;

- Lei nº 12.288/2010 – institui o Estatuto de Igualdade Racial que tem como uma de suas diretrizes a implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos políticos, acesso à terra, à Justiça, etc (art. 3º, VII);
- Lei nº 12.711/2012 – cria reservas, em instituições de ensino, destinadas a pessoas pobres, com foco em negros e índios;
- Lei nº 12.990/2014 – reserva aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

No Brasil, como nos Estados Unidos, discute-se a constitucionalidade da chamada ação afirmativa.

Para alguns, ela é inconstitucional. Foi a conclusão a que chegou a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal em parecer ao Projeto de Lei nº 13, de 1995, apresentado pela Senadora BENEDITA DA SILVA. De acordo com o parecer, que é posição comum a todos que são contrários às políticas de ação afirmativa – a ação afirmativa é inconstitucional porque

- (I) significa uma discriminação ao avesso, favorecendo um grupo em detrimento de outro;
- (II) estaria em oposição à ideia de mérito individual;
- (III) contribuiria para a inferiorização do grupo beneficiado, pois este seria visto como incapaz de vencer por si mesmo (MOEHLECKE, 2002).

Outros sustentam a sua constitucionalidade com os seguintes argumentos:

- (I) estaria de acordo com a Constituição, pois visa a corrigir uma situação real de discriminação;
- (II) não constitui uma discriminação, pois seu objetivo é alcançar uma igualdade de fato;
- (III) não seria contrária à ideia de mérito individual, pois visa exatamente a que este possa existir (MOEHLECKE, 2002).

Em 2012, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 186, considerou que a reserva de cotas para negros, para ingresso na universidade, não feria o princípio da igualdade.

3.5 Igualdade jurídica

Por igualdade jurídica entende-se aquele atributo particular que faz de todo membro de um grupo social um sujeito jurídico, isto é um sujeito dotado de capacidade jurídica.

A igualdade jurídica distingue-se da igualdade perante a lei. Esta tem como alvo a sociedade estamental, em que os indivíduos têm capacidade jurídica (capacidade de ter direitos e obrigações), muito embora nem todos sejam iguais perante a lei, no sentido de que cada estamento (clero, nobreza e povo) é regulado por leis diferentes. Já no caso da igualdade jurídica, esta tem como alvo a sociedade escravista, isto é, aquela dividida entre senhores e escravos, em que estes não eram consideradas pessoas, eram coisas (res) e, como tal, destituídas de capacidade jurídica – de capacidade de ter direitos e obrigações (BOBBIO, 2002, p. 29/30).

No Brasil, inexistente a desigualdade jurídica. Com efeito, o Código Civil declara, em seu art. 1º: Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Creio que esta brilhante classificação de BOBBIO deve ser complementada pela classificação clássica de ESMEIN (1921):

- **Igualdade perante a lei** – todos os cidadãos formam uma classe única de sujeitos, a respeito dos quais a lei estatui uniforme e indistintamente, sem distinção de pessoas;
- **Igualdade perante a justiça** – com exclusão de jurisdições privilegiadas ou de exceção;
- **Igualdade de admissibilidade aos cargos públicos;**
- **Igualdade perante o imposto** – para o qual cada um deve participar de acordo com as suas posses (p. 545).

DIREITOS À LIBERDADE

4.1 O significado da liberdade

Os dois sentidos mais relevantes de liberdade, para a ciência política e para a ciência jurídica, são: **liberdade negativa** e **liberdade positiva** (BOBBIO, 2002, p. 48).

A **liberdade negativa** consiste na situação em que um indivíduo tem a possibilidade de agir sem ser impedido ou de não agir sem ser constrangido pelo Estado ou por outros indivíduos (BOBBIO, 2002, p. 48).

É a **liberdade** como **não-impedimento** ou **não-constrangimento** ou liberdade contra a coação (**libertas a coactione**). É a liberdade no silêncio da lei, porque, não havendo disposição legal proibindo ou impondo uma determinada conduta, o indivíduo é livre para praticá-la.

É nesse sentido que HOBBS (1974) a define:

Por liberdade entende-se, [...], a ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quer, mas não podem obstar a que use o poder que lhe resta, conforme o que seu julgamento e a razão lhe ditarem (p. 82).

No mesmo sentido afirma LOCKE (1973):

[...]; a liberdade dos homens sob governo importa em ter regra permanente pela qual vivam, comum a todos os membros dessa sociedade e feita pelo poder legislativo nela erigido: liberdade de seguir a minha própria vontade em tudo quanto a regra não prescreve, não ficando sujeita à vontade inconstante, incerta e arbitrária de qualquer homem; [...] (p. 49).

É a definição de MONTESQUIEU, tão conhecida e tão citada: **A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem** (*De l'Esprit des Lois*), definição que inspirou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que dá duas definições de liberdade: (a) **A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica a outrem** (art. 4º): (b) [...]. **Tudo o que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não ordena** (art. 5º).

Para BERLIN (1981) [...] **é simplesmente a área em que um homem pode agir sem sofrer obstrução de outros** (p. 136).

Mas, em seguida, dá uma explanação didática e bem estruturada sobre o conceito de liberdade negativa.

Os doutrinadores sempre postularam um direito à liberdade, mas também concordaram em que essa liberdade não deveria ser ilimitada. .

Eles entendiam que, pelo fato de que os fins e as atividades dos homens não se harmonizam automaticamente e pelo fato de que há outros valores a preservar, deveria haver um limite à liberdade.

O problema está em definir qual o limite.

Alguns filósofos otimistas, como LOCKE, ADAM SMITH e até MILL, que acreditavam que havia possibilidade de harmonização dos interesses humanos, postulavam uma ampla área para a vida privada, cujos limites não poderiam ser ultrapassados nem pelo Estado nem pelos outros indivíduos. Já HOBBS e outros pensadores conservadores ou reacionários postulavam ampliar a área de controle do Estado e reduzir a do indivíduo.

Todavia, ampla ou reduzida, deveria haver sempre uma área da vida humana livre da interferência estatal (p. 136/42).

A **liberdade positiva** consiste na possibilidade de um indivíduo tomar as suas próprias decisões relacionadas ao próprio projeto de vida, sem ser determinado por outrem ou outros.

É a **liberdade-autonomia, liberdade-autodeterminação.**

Essa é a ideia-chave de ROUSSEAU (1973) para explicar a fundação do Estado por intermédio do contrato social. Os cidadãos, por livre e espontânea vontade, associam-se e formam o Estado. Além disso governam-se por leis que eles próprios se dão. **As leis não são, propriamente, mais do que as condições da associação civil. O povo, submetido às leis, deve ser o seu autor. Só àqueles que se associam cabe regulamentar as condições da sociedade (p. 61)**

É a faculdade de não obedecer a outra lei que não aquela à qual os cidadãos deram o seu consentimento, define KANT na *Metafísica dos Costumes* (apud BOBBIO, 2002, 52).

BERLIN (1981) faz a seguinte explanação sobre a liberdade positiva:

“O sentido “positivo” da palavra “liberdade” tem origem no desejo do indivíduo de ser seu próprio amo e senhor. Quero que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo e não de forças externas de qualquer tipo. Quero ser instrumento de mim mesmo e não dos atos de vontade de outros homens. Quero ser sujeito e não objeto, ser movido por razões, por propósitos conscientes que sejam meus, não por causas que me afetem,[...], de fora. Quero ser alguém e não ninguém, alguém capaz de fazer – decidindo, sem que decidam por mim, auto-conduzido e não sofrendo influências de natureza externa ou de outros homens como se eu fosse uma coisa, um animal, um escravo incapaz de interpretar um papel humano, isto é, de conceber metas e diretrizes inteiramente minhas, e de concretizá-las, [...] (p. 142).

Geralmente, por uma questão de evolução histórica, a liberdade negativa – as liberdades civis – é atribuída aos indivíduos. É a liberdade em face do Estado, enquanto se atribui a liberdade positiva, direito de decidir sobre o seu próprio destino, aos entes coletivos – povo, nação, etc. É a liberdade como autodeterminação (BOBBIO, 2002, p. 57).

Nesta parte do presente trabalho vai-se tratar da liberdade negativa, isto é, das liberdades previstas no art. 5º da Constituição de 1988.

4.2 O princípio da liberdade

Está contido no inciso II do art. 5º nos seguintes termos: **Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.**

Há aqui uma união entre a liberdade negativa e a liberdade positiva.

Com efeito, a Constituição prevê a possibilidade de restrição à liberdade de agir do indivíduo, mas condiciona que essa restrição somente poderá ser imposta por lei. Lei, não somente em seu sentido clássico de norma geral e abstrata, mas – e principalmente – de norma emanada do Congresso Nacional eleito democraticamente, elaborada de acordo com o processo legislativo previsto no art. 61 e seguintes da Constituição (no geral, ver PONTES DE MIRANDA, t. V, 1968, p. 2; FERREIRA FILHO, 1999, p. 105/109; idem, Comentários, v. 1, 1997, embora se discorde de que a medida provisória possa restringir direitos fundamentais).

É pacífico o entendimento na doutrina e na jurisprudência de que a Medida Provisória, uma norma igualmente geral e abstrata, não pode restringir direitos fundamentais.

Desse princípio geral de liberdade decorrem todas as outras liberdades que serão estudadas mais abaixo (PONTES DE MIRANDA, IV, 1967, p. 638 e ss; SILVA, 2005, p. 236).

4.3 Liberdade individual/liberdade física

Normalmente, esse tipo de liberdade é considerada como sinônimo de segurança. Entretanto, como se verá mais adiante, a liberdade individual é apenas um dos aspectos do direito à segurança.

Com efeito, a liberdade individual consiste na proteção das pessoas contra as prisões e detenções arbitrárias (ISRAEL, 1998, p. 377; COLLIARD, 1975). É, portanto, um tipo de segurança contra o poder

arbitrário de punir do monarca ou de qualquer detentor do poder político.

Foi uma das primeiras liberdades, cujo reconhecimento pelo poder político foi exigido pelos homens. Já consta das exigências impostas pelos barões, aceitas pelo rei JOÃO SEM TERRA, ao editar a Magna Carta em 1215:

“Art. 39 – Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra.

Posteriormente, ainda no direito inglês, essa garantia foi reforçada com o **Habeas Corpus** Act, de 1679, cujo art. 1º dispunha:

“Toda vez que alguma pessoa ou pessoas apresentarem um **habeas corpus** a algum xerife ou xerifes, carcereiro, ministro ou quaisquer outras pessoas, em favor de alguém mantido em sua custódia, e dito writ for notificado a tais funcionários ou deixado na prisão com algum funcionário subordinado, estes funcionários devem, dentro de três dias do recebimento da notificação (exceto se se tratar de traição ou felonía, assim expressamente declarada no mandado respectivo), após pagamento ou oferta das custas correspondentes ao transporte de dito prisioneiro, [...] conduzir, ou fazer com que seja conduzido o paciente em pessoa perante o Lorde Chancellor, ou, interinamente, perante o Lorde Guardião do grande sinete da Inglaterra, ou os juízes ou barões do tribunal que deve expedir dito mandado, ou perante a pessoa ou as pessoas às quais dito mandado deve ser devolvido, de acordo com o seu teor, devendo, igualmente, certificar as verdadeiras causas da detenção ou prisão...”

Essa preocupação com o poder arbitrário de punir do monarca ou detentor do poder político também era compartilhada pela burguesia que promoveu a Revolução Francesa. Daí porque, na lista dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, para cuja conservação é instituído o Estado, figura, entre a propriedade e a resistência à opressão, a segurança, cuja noção é esclarecida nos arts. 7, 8 e 9 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (ROBERT & DUFFAR, 1999, p. 256):

“Art. 7º: Ninguém pode ser acusado, detido ou preso, senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por ela prescritas. [...]”.

Art.8º–A lei só pode estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito, e legalmente aplicada.

Art. 9º – Dado que todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, todo rigor desnecessário para que seja efetuada a sua detenção deve ser severamente reprimido pela lei.

No mesmo sentido é o prescrito no art. 9º da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 (Ninguém será preso, detido ou exilado arbitrariamente) e no art. 9º do Pacto Internacional das Nações Unidas sobre Direitos Cíveis e Políticos, da ONU, de 1966 (1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente.[...]).

No Brasil, dita liberdade constou da primeira Constituição, a do Império de 1824:

“Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei; [...] (art. 179, VIII).

Para atender a esses reclamos de segurança individual e conciliá-los com o direito de punir do Estado, o sistema punitivo do Estado liberal foi montado sobre uma série de princípios e garantias, institucionais e processuais:

- garantias institucionais: (a) atribuição da função punitiva exclusivamente ao Poder Judiciário; (b) garantia da independência do Poder Judiciário com relação ao Poder Executivo por intermédio das prerrogativas da vitaliciedade e da inamovibilidade dos juízes.
- garantias constitucionais:
 - (a) princípio da legalidade dos delitos e das penas;
 - (b) princípio da presunção da inocência; e
 - (c) princípio do devido processo legal.

Na Constituição de 1988, esses princípios e garantias constam dos artigos 95, I, II e III e 5º, LIII, LIV, LV, LVI e LVII, garantias criminais preventivas que serão estudadas mais adiante.

Atualmente sob a égide da Constituição de 1988, são poucas as exceções a esses princípios, como, por exemplo:

- a detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns (Const. 1988, art. 139, II);
- a prisão em flagrante delito, prevista no art. 301 do Código de Processo Penal;
- Prisão disciplinar militar prevista no art. 5º, LXI, da Constituição de 1988.

O grande instrumento processual de proteção do indivíduo contra a prisão arbitrária é o **habeas corpus**, de que se tratará mais adiante.

4.4 Liberdade de locomoção

A liberdade de locomoção ou direito de ir, vir e ficar (**jus manendi, ambulandi, eundi ultra citroque**) é a faculdade de qualquer um de circular em todo o território nacional.

Encontra-se consagrada no art. XIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 1948 (**1. Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e de residência dentro das fronteiras de cada Estado; 2. Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar**) e do art. 12 do Pacto Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966 (**1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado terá o direito de nele circular livremente e liberdade de escolher sua residência; 2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país**).

Distingue-se da liberdade individual/física (direito de não ser preso), visto que cada um visa a atender a uma demanda e a uma preocupação diferentes. Com efeito, como se viu anteriormente, o direito de não ser preso arbitrariamente visava a proteger o indivíduo contra o poder arbitrário de punir do Monarca absoluto, enquanto a liberdade de locomoção atendia a uma demanda da nascente burguesia capitalista que postulava uma liberdade de circulação de pessoas e mercadorias, demanda que ainda hoje continua presente, haja vista a globalização, a União Europeia e o Mercosul.

Tanto é assim que está prevista na mesma Magna Carta de 1215, juntamente com o direito de não ser punido arbitrariamente, no art. 41: **Todos os comerciantes serão livres para sair da Inglaterra e nela ingressar com toda segurança, para permanecer e viajar em seu território, por via terrestre ou aquática, para comprar ou vender segundo os costumes antigos e válidos [...]**.

Permanente também é a tendência de os Estados nacionais tentarem limitar a liberdade de locomoção em seu território pelos mais variados motivos. Na França, no Ancien Régime, por exemplo, o cidadão necessitava de licença da autoridade policial para sair de sua cidade e se dirigir a outra. Lembrar que Luís XVI foi preso em uma dessas barreiras policiais em sua fuga para a Áustria.

RIVERO (1977) cita o fato de que na França, na primeira metade do sec. XIX, para prevenir movimentos sediciosos dos operários, foi instituído um passaporte interior, isto é, uma autorização administrativa concedida pelo **maire** a pessoas que pretendiam se deslocar para outro lugar. Na antiga União Soviética e atualmente em alguns países ainda vigora o chamado passaporte interno que se destina a controlar o deslocamento interno das pessoas.

No Brasil, a Constituição de 1824 previa essa liberdade no art. 179. VI: **Qualquer pode conservar-se, ou sair do Império, como lhe convenha, levando consigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiais, e salvo o prejuízo de terceiro.**

As Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967/69 previam-na quase nos mesmos termos. Está tutelada no art. 5º, XV da Constituição nos seguintes termos: **é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.**

Na liberdade de locomoção, há que distinguir o deslocamento dentro do território nacional e a viagem para o exterior.

No deslocamento dentro do território, há quase total liberdade para o brasileiro nato ou para o estrangeiro, em tempo de paz. Há, no entanto, algumas exceções:

A própria Constituição de 1988 prevê uma exceção a essa liberdade de locomoção. De acordo com o art. 139, decretado o estado de sítio poderá ser decretada a obrigação de permanência em localidade determinada.

Além disso, o Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, prevê as seguintes medidas cautelares de restrição à liberdade de locomoção:

- (a) comparecimento periódico em juízo (art. 319, I);
- (b) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (art. 319, II);
- (c) proibição de ausentar-se da comarca (art. 319, IV);

- (d) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (art. 319, V)
- (e) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável.

Há ainda que se citar a internação psiquiátrica involuntária e a internação psiquiátrica compulsória, previstas na Lei nº 10.216/2001 (que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais) bem como a quarentena, determinada pelas autoridades de saúde pública.

Já no que se refere à viagem ao exterior, há a exigência do passaporte.

Na definição do art. 2º do Decreto nº 5.978, de 4 de dezembro de 2006, **o passaporte é um documento de identificação, de propriedade da União, exigível de todos que pretendem realizar viagem internacional, [...]**.

Aqui está-se tratando do passaporte comum, exigível de todos aqueles que realizam viagem ao exterior em caráter particular.

Em princípio, o passaporte é concedido a todos os brasileiros, que cumpriram todas as formalidades previstas no decreto acima citado. Entretanto, no próprio decreto (art. 20, VI) está previsto que ele poderá ser negado aos procurados pela Justiça e aos impedidos judicialmente de obter passaporte.

Além disso, de acordo com o art. 320 da Lei nº 12.403/2011, o brasileiro nato ou naturalizado pode ser proibido judicialmente de ausentar-se do país.

Quanto ao estrangeiro, ele poderá, em tempo de paz, satisfeitas as condições legais, entrar e permanecer no Brasil e dele sair, resguardados os interesses nacionais, nos termos do art 1º da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.

A primeira e mais importante condição é a obtenção do visto para sua entrada regular no país, bem como o registro nos órgãos

competentes. No entanto, diferentemente do brasileiro nato, o estrangeiro poderá ser deportado, expulso ou extraditado. Dá-se a deportação, quando o estrangeiro entra irregularmente no país (Lei nº 6.815/1980, art. 57).

O estrangeiro é expulso se, de qualquer forma, atenta contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais (Lei nº 6.815/1980, art. 65).

Ocorre a extradição quando o governo requerente se fundamentar em tratado ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade.

Quanto à extradição, a Constituição impõe as seguintes restrições:

- (a) o brasileiro nato jamais poderá ser extraditado (Const. 1988, art. 5º, LI);
- (b) o brasileiro naturalizado poderá ser extraditado em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (art. 5º, LI);
- (c) Não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (art. 5º, LII).

4.5 Liberdade de pensamento/de opinião

A liberdade de pensamento consiste na **possibilidade para o homem de escolher ou de elaborar as respostas que ele pretende dar a todas as questões que lhe coloca a condução de sua vida pessoal e social, de conformar a essas respostas as suas atitudes e seus atos e de comunicar aos outros aquilo que ele tem por verdadeiro** (RIVERO, 2, 1977, p. 120/1).

Pode-se empregar indiferentemente o singular ou o plural: liberdade de pensamento ou liberdades de pensamento, visto que ela é, finalmente, uma soma de liberdades particulares que tendem ao mesmo

fim, mas colocam problemas distintos e pedem **status** jurídicos diferentes. Assim, dependendo de seu objeto pode tomar o nome de liberdade de consciência, liberdade religiosa, liberdade de culto, liberdade de comunicação.

4.5.1 Liberdade de consciência

Desnecessário dizer que se trata de um tipo de liberdade de pensamento ou de opinião. Segundo RIVERO (1977), **é a possibilidade dada a cada homem de determinar, por ele mesmo, o que ele crê verdadeiro em qualquer domínio (p.128).**

De acordo com MENDES (2007), **é a faculdade de o indivíduo formular juízos e ideias sobre si mesmo e sobre o meio externo que o circunda (p. 403).**

De uma maneira bastante simples, é a faculdade, reconhecida ao indivíduo pelo Estado, de adotar para si, de professar qualquer doutrina ou corrente filosófica, política, religiosa, artística e assim por diante.

E esta faculdade não se restringe ao pensamento íntimo. Este, de acordo com opinião unânime da doutrina, nacional e estrangeira, não interessa ao Direito. Ela consiste na possibilidade de sua manifestação externa, de sua expressão externa, através de sua exposição, de sua discussão, do ensino e pela prática de rituais que sua crença, por acaso, imponha, de acordo com os documentos internacionais abaixo transcritos.

Consta do art. 10 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (**Ninguém deve ser inquietado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei**), do art. XVIII e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (**Todo homem 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) e do art. 18 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (**1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino; 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha**).

Está tutelada no art. 5º, VIII: **ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.**

No Estado Brasileiro, ninguém poderá ser privado de direitos (inquietado) por ser de direita ou de esquerda, conservador ou liberal, progressista, reacionário, comunista, fascista, nazista, pós-moderno, etc.

Aliás, o Estado brasileiro, em consonância com o princípio do pluralismo político por ele adotado (art. 1º, V) não só não impõe nenhuma doutrina filosófica, política, religiosa, artística, etc, aos seus cidadãos, mas vai até o ponto de aceitar que o indivíduo, em certas ocasiões, se recuse a cumprir uma obrigação a todos imposta por lei, alegando que tal obrigação vai de encontro aos seus princípios religiosos ou filosóficos.

É a chamada objeção/escusa de consciência, prevista na parte final do art. 5º, VIII, acima transcrito, combinada com o & 1º, do art. 143, da Constituição de 1988. MENDES (2007) assim define a objeção de consciência: **consiste na recusa em realizar um comportamento prescrito, pluralismo V) não só filosófica, aos seus de aceitar por força de convicções arraigadas no indivíduo, de tal sorte que, se o indivíduo atendesse ao comando normativo, sofreria grave tormento moral** (p, 404).

Ainda de acordo com MENDES (2007), muito embora geralmente se pense em objeção de consciência com relação ao serviço militar e, conseqüentemente à guerra, haveria outras hipóteses em que o Estado aceita ou poderia aceitar esse tipo de objeção para se recusar um determinado comportamento previsto em lei. Assim, a jurisprudência espanhola reconhece o direito dos médicos e das equipes de apoio de se recusar a realizar aborto, mesmo legal (p. 406). Essa também a posição de MORAES (2011) para quem a escusa de consciência se aplica às obrigações de forma genérica, e não somente ao serviço militar obrigatório [...] (126).

4.5.2 Liberdade religiosa

De acordo com ISHAYA (2003), o medo dos turcos contribuiu para a intolerância católica em relação aos outros grupos religiosos, como muçulmanos e judeus, na Idade Média.

Além disso, a Igreja Católica sempre combateu tenazmente toda forma de desvio da religião oficial. No entanto, essa luta contra as heresias foi completamente perdida com a Reforma, um movimento religioso dissidente no século XVI, comandado inicialmente por Lutero e Calvino.

Com a Reforma e a reação da Igreja Católica, foi deflagrada uma violenta guerra religiosa que se estendeu por toda a Europa e ceifou milhares de vida.

Em 1555, tentou-se acabar essa guerra religiosa entre católicos romanos e protestantes germânicos com o tratado assinado na cidade de Augsburgo (PAZ DE AUGSBURGO), em 1555.

Por esse tratado, o luteranismo foi reconhecido oficialmente no Sacro Império Romano, assim como foi reconhecido o princípio **cujus regio, ejus religio**, segundo o qual cada príncipe tinha o direito de escolher a sua própria religião e a de seu estado.

No entanto, a expansão do protestantismo tornou-se ameaçadora para a Igreja Católica que arregimentou suas forças para lutar contra ele. Uma série de guerras cruentas foi travada por toda a Europa no correr do século XVI.

Alarmado com as atrocidades cometidas em nome de Deus, HUGO GRÓCIO apelou para o espírito de tolerância das partes em conflito.

O Tratado de Westfália, ratificado em 1648, pôs fim às guerras religiosas. No entanto, foi modesta a vitória da liberdade religiosa, vez que esta foi reconhecida aos estados, não como liberdade individual.

O Tratado de Westfália não acabou completamente com os problemas de liberdade religiosa. Na França, o rei Henrique IV assinou o Editto de Nantes, 1598, que garantiu liberdade religiosa aos protestantes franceses (huguenotes). Mas, em 1658, esse editto foi revogado por Luís XIV, que despojou os huguenotes de suas liberdades civis e religiosas. Na Inglaterra, **Tolerant Act**, de 1689, permitiu a alguns dissidentes a prática de sua religião, mas continuou a excluir os templos judeus e católicos.

A liberdade religiosa como direito individual foi pleiteada, pela primeira vez, por LOCKE, em sua CARTA SOBRE A TOLERÂNCIA.

Apesar da forte influência dos puritanos na formação dos Estados Unidos da América do Norte, o princípio da liberdade religiosa foi incorporado à Constituição americana pelos pais fundadores, que foram influenciados pela pregação de JEFFERSON e pelos escritos de LOCKE, PAINE e dos filósofos franceses.

Na França, pensadores como MONTESQUIEU, ROUSSEAU, VOLTAIRE, HOLBACH e DIDEROT, entre outros, já haviam proclamado a importância da liberdade religiosa muito antes da Revolução Americana

Foi graças à sua pregação que a liberdade religiosa consta da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução

Francesa de 1789 - art. 10° - **Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi** (Ninguém deve ser inquietado por suas opiniões, mesmo religiosas, contanto que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei).

Consta também da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, art. 18: **Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, [...]** (ISHAY, 2003, p. 75/84; ADRAGÃO, 2002).

No Brasil, durante o Império, a Constituição de 1824 reconhecia em tese a liberdade religiosa no inciso V do art. 179 (**ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a moral pública**). No entanto, a própria Constituição se encarrega de limitar essa liberdade religiosa ao estabelecer uma religião oficial para o Estado (art. 5°: **A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo**) e ao limitar as funções de deputado para os que professassem a religião católica, consoante o disposto no art. 95, III. Aliás, na prática, as restrições à liberdade religiosa no Império iam além das limitações constantes da Constituição de 1824, vez que só católicos podiam colar grau nas Faculdades ou exercer cargos públicos, além das disposições restritivas do Código Criminal (BARROS, 1974; HOLANDA, 1974).

Mas, além disso, a Constituição de 1824 transporta para o Brasil, o velho regalismo vigente no reino de Portugal.. Com efeito, vigia, naquela época, nas monarquias católicas absolutas da Europa, o sistema da não identificação e da união do Igreja e do Estado, com ascendência do poder político.

Esse sistema tomou vários nomes, de acordo com o país onde vigorava. Em Portugal e Espanha, tomou o nome de regalismo, que

partia do princípio da soberania do Estado sobre todas as instituições existentes em seu território, inclusive a Igreja.

Com relação a esta, o regalismo significou o poder de inspeção do Estado sobre a Igreja que se manifestou, principalmente, por intermédio de várias técnicas de intervenção, como o padroado, o beneplácito e o recurso à coroa.

O **padroado** consistia na escolha, pelo soberano, de candidatos a bispo e a outros cargos eclesiásticos importantes e na sua apresentação à autoridade eclesiástica competente – o papa (ADRAGÃO, p. 2002, p. 54).

Está previsto no art. 102: **O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus ministros de Estado. São suas principais atribuições: [...] II - nomear bispos e prover benefícios eclesiásticos.**

Interpretando esse dispositivo da Constituição, PIMENTA BUENO (1978) afirma que o Poder Executivo nomeia os bispos e o papa dá-lhes confirmação (p. 240).

O **beneplácito** consistia no direito do Estado de submeter à sua aprovação a promulgação das leis da Igreja e, em geral, os atos jurisdicionais da autoridade eclesiástica (ADRAGÃO, 2002, p. 54/5).

Está previsto no art. 102: **O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado. São suas atribuições: XIV – conceder ou negar o beneplácito aos decretos dos Concílios, e Letras Apostólicas, e quaisquer outras Constituições Eclesiásticas, que se não opuserem à Constituição; e precedendo aprovação da Assembleia, se contiverem disposição geral).**

O **recurso à coroa** era uma espécie de agravo, que se interpunha da autoridade eclesiástica por violência, excesso de jurisdição ou exercício ilegítimo de funções, perante os tribunais do rei (ADRAGÃO, 2002, p. 55). SCAMPINI (1978) dá a seguinte definição: **O recurso à coroa ou no dizer dos regalistas os chamados recursos de forças consistiam**

numa apelação contra o abuso ou improcedência dos tribunais eclesiásticos. Vinha a ser um direito que assistia a todo cidadão, inclusive aos clérigos de acudir ao juiz civil para que corrigisse as sentenças do juiz eclesiástico (p. 28).

Não está previsto na Constituição, mas consta da Lei de 22 de setembro de 1828 que, no entanto, atribuiu essa competência aos juízes. Posteriormente, essa competência foi transferida para o Imperador.

Além disso, dentro dos quadros do regalismo, eram reconhecidas como legítimas outras intervenções do Estado na vida interna da própria Igreja, bem como intervenções desta na vida comum da sociedade:

(a) Intervenções na vida interna das ordens religiosas:

- (I) proibição de admissão de noviços – A circular de 19 de maio de 1855 cassou as licenças concedidas para a entrada de noviços em todos os conventos do Império até que fosse resolvida a Concordata que o Governo iria propor à Santa Sé. Como nunca se cogitou de propor essa Concordata e tampouco se revogou a circular, os conventos foram aos poucos despovoando-se;
- (II) vários atos normativos (carta imperial, lei nacional, lei provincial) extinguiram várias ordens religiosas no Império;
- (III) De acordo com legislação vigente no Império, os bens de raiz das comunidades e dos institutos religiosos eram isentos de tributos e inalienáveis, por isso eram chamados de bens de mão morta.

(d) Definição, por parte do Governo, dos livros a serem adotados no seminários do país;

(e) Casamento – O casamento religioso católico foi o único regime matrimonial reconhecido pelo Império. Dado o grande número

de imigrantes protestantes, foi baixada a Lei de 11 de setembro de 1861 que permitiu, parcialmente, o casamento civil aos não-católicos;

(f) Cemitérios – No Império, havia os cemitérios religiosos e os cemitérios administrados pela autoridade municipal (SCAMPINI, 1978, p. 19/38).

A proclamação da República representou uma salvação e uma ameaça para a Religião Católica (SCAMPINI, 1978; PINHEIRO, 2006).

Uma salvação na medida em que a libertava do jugo do regalismo:

- (a) necessidade do **placet** governamental para a publicação dos documentos emanados de Roma;
- (b) cobrança do dízimo pelo Governo;
- (c) interferência deste nos assuntos da Igreja;
- (d) redução do clero à condição de funcionalismo civil do Império.

Ameaça pelas medidas já adotadas pelo Governo Provisório ou propostas por este para serem incorporadas à nova Constituição.

Em 7 de janeiro de 1890, o Governo Provisório baixou o Decreto nº 119-A, que promoveu uma profunda modificação na questão da liberdade religiosa e nas relações da Igreja Católica com o Estado brasileiro, ao transformá-lo de Estado confessional em Estado laico. Com efeito, o citado decreto:

- (I) proibiu o estabelecimento de uma religião oficial, bem como a intervenção do Governo na vida interna das igrejas (art. 1º);
- (II) consagrou a liberdade religiosa no país, garantindo a liberdade de crença e a liberdade de culto para todas as religiões, em igualdade de condições (arts. 2º, 3º e 5º);
- (III) extinguiu o padroado com todas as suas instituições e recursos (art. 4º)

A par disso, propôs, no Projeto de Constituição publicado em 22 de junho de 1890:

- (a) sujeição dos bens da Igreja à lei de mão morta;
- (b) reconhecimento e obrigatoriedade do casamento civil;
- (c) ensino público laico;
- (d) secularização dos cemitérios;
- (e) proibição de subvenção oficial a qualquer culto religioso;
- (f) proibição de se abrirem novas comunidades religiosas, especialmente da Companhia de Jesus;
- (g) inelegibilidade para o Congresso de clérigos e religiosos de qualquer confissão.

Ainda de acordo com PINHEIRO (2006), o episcopado brasileiro identificou nessas medidas o dedo dos positivistas (BENJAMIN CONSTANT) e de liberais anticlericais (RUI BARBOSA) no Governo Provisório e protestou através da Pastoral Coletiva, de 19 de março de 1890, de uma Reclamação dirigida ao Chefe do Governo Provisório, datada de agosto do mesmo ano, e de um Memorial dirigido à Assembleia Constituinte, datada de 6 de novembro de 1890. Além dessa ação coletiva do episcopado brasileiro, D. ANTONIO MACEDO COSTA, arcebispo primaz do Brasil, se dirigiu, em caráter, pessoal à Assembleia Constituinte contra as cláusulas ofensivas da liberdade da Igreja Católica.

Seja pela reação coletiva do Episcopado brasileiro, seja pelos contatos pessoais do Arcebispo primaz do Brasil com RUI BARBOSA, ministro da Fazenda do Governo Provisório e principal redator da Constituição de 1891, o texto constitucional fez algumas concessões em relação ao Projeto do Governo. Mas, ao reconhecer a liberdade religiosa e de culto (art. 72, & 3º), estabeleceu algumas restrições à atuação da Igreja Católica, como:

- (a) reconhecimento e obrigatoriedade do casamento civil (art. 72, & 4º);
- (b) ensino público laico (art. 72, & 6º);
- (c) secularização dos cemitérios (art. 72, & 5º);
- (d) recusa de direitos eleitorais aos religiosos ligados pelo voto de obediência (art. 70, & 4º).

Outras propostas, ainda que adotadas no texto constitucional, foram flexibilizadas posteriormente graças à ação da Igreja – recebimento de subvenções da Administração Pública a título de ajuda a obras de beneficência (PINHEIRO, 2006, p. 351/4).

Em 1930, a Igreja não tinha motivos para apoiar a República Velha que decretara a separação entre a Igreja e o Estado. No entanto, também não houve um alinhamento uniforme com o movimento revolucionário. Houve Estados (Rio Grande do Sul e Minas Gerais), onde a Igreja Católica apoiou o movimento revolucionário, e Estados (São Paulo e Rio de Janeiro), onde a Igreja Católica se manteve neutra (PIERUCCI, 2007).

Entretanto, depois da vitória do movimento revolucionário, a Igreja Católica, através dos seus mais altos dignatários, procurou recuperar a posição de influência que tinha na sociedade e no Estado brasileiros antes da proclamação da República, em 1889.

Assim é que, através da atuação da Liga Eleitoral Católica (LEC), foi eleita a maior parte dos deputados constituintes recomendados pela Igreja Católica, o que lhe permitiu amenizar o princípio da separação entre a Igreja e o Estado.

Em vista dessa atuação da Igreja Católica, a Constituição de 1934, além de reconhecer a liberdade religiosa e de culto (art. 113, & 5º), incorporou ainda os seguintes pontos por ela sugeridos:

- (a) a invocação ao nome de Deus no preâmbulo;
- (b) a proibição de estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos foi atenuada com a possibilidade de

- colaboração recíproca em prol do interesse público (art. 17, II e III)
- (c) o caráter secular dos cemitérios foi mantido, mas se permitiu a existência de cemitérios das associações religiosas (art. 113, & 7º);
 - (d) Indissolubilidade do casamento (art. 144), com a assistência às famílias numerosas (Art. 138, d) e reconhecimento dos efeitos civis ao casamento religioso (Art. 146);
 - (e) incorporação do ensino religioso, facultativo nos programas das escolas públicas primárias, secundárias e normais da União, dos Estados e dos Municípios (Art. 153);
 - (f) assistência religiosa facultativa às Forças Armadas, nos hospitais, nas penitenciárias e em outros estabelecimentos oficiais (art. 113, & 6º);
 - (g) Liberdade de sindicalização e pluralidade sindical (art. 120).

De acordo com PIERUCCI (2007), as relações da Igreja com o Estado, durante o Estado Novo, devem ser analisadas sob dois pontos de vista: o constitucional e o prático.

Do ponto de vista constitucional, a Constituição de 1937, ao reconhecer a liberdade religiosa e de culto (Art. 122, 4º), retornou ao rígido princípio da separação entre a Igreja e o Estado, eliminando todas as emendas católicas da Constituição de 1934.

Assim é que:

- (a) foi eliminada a invocação a Deus do preâmbulo da Constituição;
- (b) volta-se ao laicismo do Estado, eliminando-se a menção à colaboração entre a Igreja e o Estado em prol do interesse coletivo, constante da Constituição de 1934;
- (c) mantém-se o ensino religioso, mas com diminuição de seu alcance;

- (d) desaparece a faculdade de assistência religiosa às Forças Armadas, penitenciárias, hospitais e demais estabelecimentos oficiais;
- (e) mantém-se o caráter secular dos cemitérios sem menção à possibilidade de existência de cemitérios religiosos.

No entanto, do ponto de vista prático, as relações entre o Estado e a Igreja eram excelentes, prestando esta todo o apoio possível àquele. Essa situação só se modificou com a entrada do Brasil na guerra contra os regimes fascistas e com a influência de JACQUES MARITAIN, de BERNANOS e da corrente de opinião pública nacional e internacional em favor dos direitos humanos e da democracia.

Em 1946, a Igreja Católica mobilizou sua Liga Eleitoral Católica com a finalidade de eleger constituintes alinhados com suas posições.

Assim é que, como acontecera em 1934, a Constituição, ao reconhecer a liberdade religiosa e de culto (Art. 141, & 7º) abrandou a concretização do princípio da separação entre a Igreja e o Estado. Constatamos na Constituição de 1946, como em 1934:

- (a) a invocação ao nome de Deus no preâmbulo da Constituição;
- (b) a proibição de estabelecimento e subvenção, embaraço de cultos religiosos é amenizada com a possibilidade de colaboração recíproca em prol do interesse público (Art. 31, II e III)
- (c) os cemitérios continuam seculares, mas volta a possibilidade da existência de cemitérios das confissões religiosas (Art. 141, & 10);
- (d) a assistência religiosa às Forças Armadas e nos estabelecimentos de internação coletiva (Art. 141, & 9);
- (e) liberdade de sindicalização (Art. 159);
- (f) casamento indissolúvel;
- (g) ensino religioso facultativo (Art. 168, V);
- (h) reconhecimento dos efeitos civis do casamento religioso ((Art. 163, & 1º).

O movimento de 1964 encontrou uma Igreja dividida entre progressistas e conservadores e, no que se refere aos progressistas, em franca oposição ao regime de exceção imposto.

Em que pese essa situação, a Constituição de 1967, ao reconhecer a liberdade religiosa e de culto (Art. 150, & 5º), mantém as mesmas disposições de 1946 referentes à assistência religiosa às Forças Armadas, ao casamento, ao ensino religioso, etc.

A liberdade religiosa compreende: a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa (SILVA, 2005, p. 248; NALINI, 2009, p. 46):

(a) Liberdade de crença

A liberdade de crença está prevista expressamente no art. 5º, VI, da Constituição, que a distingue da liberdade de consciência, distinção que mais confunde do que esclarece, porque a liberdade de crença nada mais é do que uma espécie de liberdade de consciência. Essa distinção consta também das Constituições de 1934 (art. 113, & 5º) e de 1946 (art. 141, & 7º). Talvez essa distinção venha sendo feita dada a luta pela sua conquista, durante as guerras religiosas na Europa nos séculos XVI e XVII, e, em consequência, pela sua importância para a própria afirmação dos direitos fundamentais em geral (JELLINEK).

De acordo com WEINGARTNER NETO (2007), a liberdade de crença é um direito complexo, do qual se deduzem inúmeras posições jusfundamentais, das quais citamos as seguintes:

- (I) liberdade de escolher livremente, de mudar, de abandonar uma religião;
- (II) liberdade de agir/não agir de acordo com as normas de sua religião;
- (III) liberdade de professar a sua própria religião;
- (IV) liberdade de exprimir e divulgar, pela palavra ou qualquer outro meio, o seu pensamento em matéria religiosa;

- (V) liberdade de informar e de se informar sobre religião;
- (VI) liberdade de ensino religioso;
- (VII) direito de educar os seus filhos de acordo com a sua religião;
- VIII) direito à objeção de consciência por motivo de crença religiosa;
- (IX) direito à assistência religiosa;
- (X) direito à dispensa do trabalho e de aulas/provas por motivo religioso, etc.(p. 72 e ss)

A Constituição, como já fizera em relação à liberdade de consciência em geral, não só a declara, mas garante que o seu exercício não trará nenhum prejuízo para o seu titular (Art. 5º, VIII – **ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa** [...]), podendo o indivíduo invocá-la para se eximir de cumprir obrigação imposta a todos por lei, só sofrendo alguma sanção se se recusar a cumprir obrigação alternativa, também prevista em lei – escusa de consciência (Art. 5º, VIII).

E para garantir ainda a liberdade de crença, prescreve:

(I) a laicidade do Estado: É vedado `União [...]:

I – **Estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança** (art. 19, III), muito embora o Estado possa manter com as várias Igrejas relações de colaboração (art. 19, I, in fine).

(II) Isenção de impostos dos templos de qualquer natureza (art. 150, VI, b)

E a própria Constituição já prevê as seguintes formas de colaboração do Estado com as Igrejas:

(I) Assistência religiosa

É assegurada, nos termos da lei, a prestação de Assistência religiosa nas entidades civis e militares de interinação coletiva (Art. 5º, VII).

(II) Ensino religioso

O Ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (Art. 210, & 1º);

(III) Casamento religioso

O Casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei (Art. 226, & 2º).

(b) Liberdade de culto

Consiste na faculdade de o indivíduo adorar o seu Deus de acordo com os rituais previstos em sua religião. Ou, segundo PONTES DE MIRANDA (t. V, p. 116): **é extensão exteriorizada, vivida, da liberdade de crença religiosa ou, simplesmente, liberdade de religião.**

Também aqui, em conformidade com a lição de WEINGARTNER NETO (2007), a liberdade de culto é um direito complexo do qual se deduzem as seguintes posições jusfundamentais:

- (1) liberdade de praticar os atos do culto, particular ou público, da religião professada;
- (2) liberdade de participar na vida interna e nos ritos religiosos celebrados em comum e receber a assistência religiosa que pedir;
- (3) celebrar casamento e ser sepultado com os ritos da própria religião;
- (4) liberdade de comemorar publicamente as festividades da sua religião;
- (5) liberdade de reunir-se, associar-se e manifestar-se com outros de acordo com as suas próprias convicções, etc. (p. 72).

Essa distinção entre liberdade de crença e liberdade de culto não é feita normalmente pela doutrina, mas foi feita por PONTES DE MIRANDA (t. V, p 121 – **A liberdade de culto é direito fundamental, assegurado em si e não só institucionalmente. Em todo o caso, entre ela e a liberdade de consciência, com que os desavisados a confundem, existe diferença, de graves consequências práticas.**

Na vigência da Constituição do Império, havia liberdade de crença (Const. 1824, art. 179, V: **Ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a moral pública**), mas não a liberdade de culto (Const. 1824, art. 5º **(A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo)**).

E isso não constitui uma esquisitice da Constituição brasileiras. Na Europa mergulhada em guerras religiosas, e mesmo em alguns Estados da União Americana, era comum a restrição aos cultos de religiões minoritárias. Na Inglaterra do **Tolerant Act**, de 1689, eram proibidos os templos de católicos e judeus.

Mesmo aqui no Brasil de antes da Constituição de 1988, apesar de as Constituições anteriores assegurarem o livre exercício dos cultos religiosos, havia muita restrição aos cultos afros. Baseada no fato de essas Constituições condicionarem essa garantia a que os cultos religiosos não contraviessem a ordem pública e os bons costumes, a polícia, muitas vezes, invadia os terreiros de macumba e candomblé, interrompendo ou impedindo a realização dos rituais dessas religiões. Isso porque se entendia que os cultos da umbanda, do candomblé e espíritas não deveriam merecer a proteção do Estado, como o afirmava abertamente HUNGRIA (1959), ao comentar o art. 208 do Código Penal: **Não seriam cultos permitidos entre nós, por exemplo, os que dizem com seita dos mormões (...) ou com a dos skopzys (...). Do mesmo modo,**

não são atos de culto, a coberto da lei penal, as práticas curandeiras do espiritismo ou da macuma (p. 72).

As Constituições anteriores, com exceção da de 1891, estabeleciam uma restrição ao exercício da liberdade de culto – que este não contrariasse a ordem pública e os bons costumes. Essa restrição levantou dúvida sobre o significado de ordem pública e de bons costumes. No entanto, há consenso em que cultos religiosos não se podem constituir de práticas consideradas crimes ou contravenções pela legislação penal – sacrifícios de crianças, por exemplo. Mas não há consenso sobre quais práticas religiosas constituem ofensas da ordem pública ou dos bons costumes. Tem-se proibido o excesso de barulho de certos cultos neopentecostais, por exemplo, mas, neste caso, com base na violação de direitos fundamentais das outras pessoas

Muito embora na Constituição de 1988 inexistia tal preceito, tais restrições continuam vigentes sob a égide da atual Constituição, visto como vigora no Brasil o disposto no art. 12.3 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22/11/1969 (**A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas**).

(c) Liberdade de organização

A doutrina é unânime ao afirmar que uma das vertentes da atual liberdade religiosa vigente no Brasil é a liberdade de organização em dois sentidos:

- (I) o direito que tem as diversas confissões religiosas de se institucionalizarem sob a forma de igrejas, bastando para tanto que se constituam em associação (Código Civil, art. 44 e ss);

- (II) no seio da Igreja Católica, o direito de se constituírem ordens/congregações religiosas, obedecendo-se, no caso, igualmente, o disposto no Código Civil para a constituição de associação. Vale recordar que, no Brasil, esse direito é importante, pois, em diversas épocas, ordens religiosas foram extintas por ato do Governo, como se viu anteriormente, e ordens religiosas foram proibidas de continuarem a atuar no Brasil ou de se constituírem em solo brasileiro. É o caso dos jesuítas, por exemplo.

4.5.3 Liberdade de expressão e comunicação

Esta foi um dos principais instrumentos utilizados para a consolidação do Estado liberal contra o antigo regime (FARIASa, 2004, p. 58).

A luta pelo seu reconhecimento começou na Inglaterra ainda no século XVII. É conhecido universalmente o discurso de MILTON, o célebre poeta inglês, perante o Parlamento britânico, em favor da liberdade de imprensa.

Todavia, o seu reconhecimento como direito fundamental foi obra das revoluções norte-americana e francesa.

Nos Estados Unidos da América, tal direito consta do **Virgínia Bill of Rights**, de 1776 (art. 12 – **que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e jamais pode ser restringida, senão por um governo despótico**) e da I Emenda à Constituição americana, de 1791 (**O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa [...]**).

Já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa de 1789 declara – art. 11 – **a livre comunicação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir**

livremente, respondendo pelo abuso dessa liberdade nos casos determinados pela lei.

Atualmente adquiriu caráter universal ao constar da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 (art. XIX: **Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão. Este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras**) e do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, também da ONU, de 1966 (**1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões; 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha**).

No Brasil, é reconhecido pelo inciso IV do art. 5º: **é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.**

Consiste na faculdade de manifestar livremente os próprios pensamentos, ideias, opiniões, crenças, juízos de valor, por meio da palavra oral e escrita, da imagem ou de qualquer outro meio de difusão (liberdade de expressão), bem como na faculdade de comunicar ou receber informações verdadeiras, sem impedimentos nem discriminações (liberdade de comunicação (FARIASb, 2000, p. 162/3; idem a, 2004, p. 54).

No entender da Comissão MacBride, da UNESCO, essa liberdade assenta nos seguintes princípios:

- a) o direito a saber, isto é, a ser informado e a procurar livremente qualquer informação que deseja obter, principalmente quando se refere à vida, ao trabalho e às decisões que se fazem necessárias adotar tanto individualmente quanto como membro da comunidade. A negativa de comunicar uma informação ou a divulgação de uma informação falsa ou deformada constituem uma infração desse direito;

- b) o direito de o indivíduo transmitir aos outros a verdade, tal como a concebe, sobre suas condições de vida, suas aspirações, suas necessidades e suas queixas. Infringe-se esse direito quando se reduz o indivíduo ao silêncio mediante intimidação ou sanção, ou quando se nega a ele o acesso a um meio de comunicação;
- c) o direito de discutir: a comunicação deve ser um processo aberto de resposta, reflexão e debate. Esse direito garante a livre aceitação das ações coletivas e permite ao indivíduo influir nas decisões que tomam os responsáveis (in FARIAS, 2004, p. 62/3).

A doutrina tem chamado a atenção para o duplo aspecto da liberdade de expressão e comunicação. Há um direito subjetivo que consiste na faculdade que tem o indivíduo de expressar as suas opiniões, de buscar as suas verdades e que se constitui em um dos principais instrumentos de seu crescimento individual. Por outro lado, essa mesma faculdade individual se constitui em uma instituição, em um dos pilares do Estado Democrático de Direito, porque o debate dos assuntos públicos por cidadãos livres conduz a uma melhor condução dos negócios públicos.

Alguns autores dão preeminência ao aspecto subjetivo (MILTON, STUART MILL, DWORKIN), enquanto outros fazem prevalecer o aspecto objetivo, institucional da liberdade de expressão e comunicação (MADISON, BRANDES)

Esta última parece ser também a posição da Suprema Corte dos Estados Unidos, como se depreende do voto do Juiz BRENNAN no caso *Garrison v Louisiana* (**Speech concerning public affairs is more than self-expression; it is the essence of self-government**).

É também a concepção do Tribunal Constitucional Federal alemão, ao declarar, no caso *Lüth-Urteil*: ela é pura e simplesmente constitutiva para uma ordenação estadual livre e democrática, pois só

ela torna possível o permanente debate cultural, o confronto de opiniões que é seu elemento vital. Ela é, em certo sentido, o fundamento de toda a liberdade.

Consoante a definição acima, a liberdade de expressão e comunicação compreende: liberdade de expressão e liberdade de comunicação (social).

4.5.3.1 Liberdade de expressão

A liberdade de expressão é a faculdade que tem o indivíduo de manifestar publicamente os seus pensamentos, ideias, opiniões, juízos de valor, críticas, crenças (religiosas ou não), etc. (PINTO, 1994; JABUR, 2000, 155; FARIASa, 2004, p. 80).

Essa manifestação de pensamentos, ideias, opiniões, juízos de valor, críticas, etc., pode ser efetuada por qualquer meio, seja criação artística ou literária, como, por exemplo, o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música e até mesmo a opinião publicada em jornal (CARVALHO, 1999, p. 25).

É um direito cujo objeto tem conteúdo eminentemente subjetivo, portanto não sujeito ao teste da verdade. No entanto, não é um direito absoluto, vez que é limitado pelos direitos à honra, à imagem e a intimidade dos outros (CARVALHO, 1999, p. 24 e ss; FARIASa, 2004, p. 80 e ss).

A Constituição de 1988 prevê as seguintes formas de liberdade de expressão:

a) liberdade de expressão filosófica ou política.

Está vinculada à liberdade de consciência ou de convicção filosófica ou política, de que trata o art. 5º, VIII, examinada anteriormente.

A liberdade de expressão filosófica e política é imprescindível para que se alcancem os dois objetivos apontados como finalidades

da liberdade de pensamento, bem como da liberdade de expressão e comunicação:

- I) desenvolvimento da pessoa humana na medida em que o choque de ideias e de opiniões lhe permite alcançar a sua verdade;
- (II) melhor participação ativa no processo de formação da vontade do Estado Democrático.

b) Liberdade de expressão intelectual, artística e científica

Está tutelada, como princípio, no art. 5º, IX: **É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.**

Consoante o ensinamento de FARIASa (2004), essa liberdade compreende a liberdade de ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, bem como a liberdade de aprender e de saber, ambas vinculadas ao princípio do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, constante do art. 206, II e III (p. 160). Conexos a essa liberdade estão:

- O direito autoral tutelado no art. 5º, XXVII: **Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar**
- O direito de antena tutelado no art. 5º, XXVIII: **São assegurados, nos termos da lei:**

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

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 (FARIASa, 2004, p. 161).

4.5.3.2 Liberdade de comunicação social

Alguns autores a chamam de liberdade de informação jornalística (SILVA, 2005, p. 246).

Antigamente era chamada de **liberdade de imprensa**, porque se referia à atividade exercida em torno da prensa e de seus produtos – jornais, revistas, livros, etc.

Atualmente, com o advento de novas tecnologias de comunicação, a antiga expressão liberdade de imprensa tornou-se inadequada, pois a liberdade de informação jornalística ou de comunicação social passou a significar não só a atividade em torno da prensa e seus produtos – jornais, revistas, etc., mas também atividades e produtos originados do rádio, da televisão e, hodiernamente, da internet.

FARIASa (2004) a define como **a faculdade de comunicar ou receber informações verdadeiras, sem impedimentos ou discriminações** (p. 54/55).

Segundo SERRANO (1997), **a manifestação e a recepção do pensamento, a difusão de informações, a manifestação artística ou a composição audiovisual, quando veiculadas através de um meio de comunicação de massa, se incluem no chamado direito de comunicação social.**

Dada a amplitude dessa definição, a doutrina entende que a liberdade de comunicação compreende: o direito de informar, o direito de informar-se e o direito de ser informado (PINTO, 1994; FARIAS, 2004; SILVA, 2005).

a) Direito de informar

Consiste na faculdade que tem o indivíduo de difundir os fatos, notícias e informações ocorridos na sociedade, através dos meios de comunicação de massa.

Muito embora, atualmente seja exercido principalmente por jornalistas e outros profissionais da comunicação, pertence a todos os cidadãos como direito fundamental. É a vertente clássica da liberdade de imprensa.

b) Direito de informar-se

Consiste na faculdade que tem o indivíduo de livre acesso às fontes de informação. É um direito assegurado a todos os cidadãos, principalmente aos profissionais de comunicação social, consoante o disposto no art. 5º, XIV: **É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.**

O direito de livre acesso às fontes de informação é a regra geral na esfera pública, onde predomina o princípio publicidade da Administração Pública, previsto no art. 37, **caput**.

Aliás, no que se refere a esse assunto, fala-se até em governo aberto (**open government**), para se referir à possibilidade de o indivíduo ter acesso **não** apenas aos documentos e registros, mas também aos processos de tomada de decisão governamentais (FARIAS, 2004a, p. 166).

Entretanto, a Constituição prevê as seguintes restrições a esse direito:

- (I) as informações relativas à privacidade das pessoas, consoante o disposto no art. 5º, X; e
- (II) as informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII).

Já na esfera privada, onde impera o princípio da privacidade das pessoas - segredo industrial, sigilo profissional, sigilo das correspondências -, o acesso às fontes de informações privadas é uma exceção.

Para assegurar o acesso às informações de caráter pessoal, registradas em bancos de dados de entidade estatal ou de caráter público, a Constituição de 1988 instituiu o **habeas data**.

c) Direito de ser informado

Tem uma tutela geral no art. 5º, IX, já transcrito, e várias tutelas específicas. Consta também da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 (art. XIX – **Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras**).

Nessa dimensão, o direito à comunicação tutela o sujeito passivo do processo comunicativo, considerado por alguns como o elemento mais importante. É a vertente moderna da liberdade de comunicação, direito que tem o indivíduo de receber informações corretas e verdadeiras (JABUR, 1999, p. 165; FARIAS, 2004, p. 90).

De acordo com SILVA (2005), a liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la (p. 247). Esse direito, por sua vez, se subdivide em:

(I) Direito de receber informações da Administração Pública - direito à transparência na Administração Pública – que compreende:

- direito de receber informações de órgãos públicos, previsto no art. 5º, XXXIII;
- direito de obtenção de certidões em repartições públicas, para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, b);
- a obrigação das entidades estatais de promoverem a educação ambiental em todos os níveis de ensino, bem como de difundirem informações, que sejam indispensáveis à preservação do meio ambiente (art. 225, § 1º, VI);

- direito do usuário ao arquivo aberto e à administração pública aberta, segundo o qual o indivíduo tem direito de acesso aos registros administrativos e informações sobre atos de governo, com as restrições relativas à privacidade das pessoas e à segurança da sociedade e do Estado (art. 37, § 3º).

Atualmente esse direito foi regulamentado pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a informações, previsto no inciso XXXIII do art.5º, no inciso II do & 3º do art.37 e no & 2º do art. 216, da Constituição.

(II) Direito de receber informações verdadeiras dos órgãos de comunicação de massa.

Nesta hipótese, há duas correntes doutrinárias:

- (I) uma corrente sustenta que não há um direito constitucional específico de receber informações dos órgãos de comunicação de massa; e
- (II) outra corrente é de opinião que, como o rádio e a televisão são serviços públicos concedidos ou permitidos, o cidadão pode impetrar mandado de segurança para obter as informações. Em se tratando de jornais e revistas, o cidadão pode impetrar ação ordinária, com a mesma finalidade (FARIASa, 2004, p. 176/8).

Compreende:

- o direito do cidadão de receber informação publicitária adequada, quantitativa e qualitativamente, com base no art. 220, § 3º, II ; e
- o direito do cidadão de receber informação comercial correta e honesta, com base no direito do consumidor,

previsto no art. 5º, XXXII, regulamentado pela Lei nº 8.078 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), de 11 de setembro de 1960 (FARIASa, 2004, p. 179).

4.5.3.3 Configuração institucional da liberdade de comunicação social.

Convém atentar, antes de tudo, para o fato de que o art. 220 não é uma repetição ou complemento do disposto no inciso IX do art. 5º, como dão a entender certos autores.

Os arts. 220, 221, 222, 223 e 224 são garantias institucionais da liberdade de comunicação social e como tais, de acordo com a doutrina, não concedem direitos. Garantem o seu exercício.

Com efeito, a liberdade de comunicação, aliás como todos os direitos fundamentais, é não só um direito subjetivo individual, mas também um valor objetivo, uma instituição essencial para a realização dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro – soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana e pluralismo político.

O legislador constituinte, nos artigos mencionados, procura garantir essa instituição contra a ação corrosiva do legislador. E o faz:

- (I) estabelecendo a extensão da liberdade tutelada;
- (II) fixando os princípios norteadores da atividade dos poderes públicos diante do seu exercício;
- (III) enumerando as únicas restrições possíveis e
- (IV) regulamentando a sua organização e gestão.

(I) Extensão da expressão liberdade de comunicação

De acordo com o disposto no **caput** do art. 220, a liberdade tutelada compreende **a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e informação, sob qualquer forma, processo ou veículo.**

SILVA (2005, p. 243) entende que ela compreende as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento, e a organização dos meios de comunicação, esta sujeita a regime jurídico especial.

(II) Princípios diretores do exercício da liberdade de comunicação

princípio geral da não- restrição à liberdade de comunicação.

Esse princípio não é citado especificamente por FARIAS, mas está bem claro na Constituição: art. 220, **caput** – A manifestação de pensamento, a criação e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

É um princípio que se dirige ao Legislativo (legislação), ao Executivo (atividade de polícia) e ao Judiciário. A liberdade de expressão e comunicação não deverá sofrer outras restrições que não as previstas na própria Constituição.

- **Princípio da vedação de qualquer lei restritiva**

Consta do § 1º do art. 220: Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social [...].

É um princípio que se dirige exclusivamente ao legislador ordinário e se refere somente à liberdade de informação jornalística: ele não poderá baixar leis restringindo o exercício dessa liberdade. É quase uma repetição da I EMENDA da Constituição americana: **O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos, ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa [...]**

Muito embora haja autores que sustentem a possibilidade da existência de uma lei regulamentando o exercício da liberdade de comunicação jornalística, como é o caso do Min. GILMAR MENDES, do STF, o Supremo Tribunal Federal entendeu justamente o contrário, quando do julgamento da ADPF nº 130/2008, em 06/04/2009.

Com efeito, a maioria dos ministros, seguindo o voto do relator – Min. CARLOS AYRES BRITTO, entendeu que inexistente a possibilidade de o legislador ordinário baixar lei de imprensa, regulamentando aspectos nucleares da atividade de comunicação social (o que, como e quando publicar/divulgar), entendendo que o próprio legislador constituinte já desempenhou essa tarefa nos arts. 220, 221, 222, 223 e 224,

- **princípio da vedação de censura (de natureza política e ideológica)**

Consta do art. 5º, IX, in fine: É livre a expressão da atividade intelectual artística, científica e de comunicação, independentemente de censura [...]

É repetido no art. 220, § 2º, da Constituição: é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Por censura, deve-se entender **um instituto de direito público por meio do qual órgãos estatais, normalmente vinculados ao Poder Executivo, procuram controlar de forma preventiva ou a posteriori o livre exercício da liberdade de expressão e comunicação** (FARIAS, 2004a, p. 188).

Esse princípio pode ser restringido durante a vigência do estado de sítio (art. 139, III). No entanto, o legislador constituinte faz depender essa restrição de lei ordinária, a ser baixada pelo Poder Legislativo, o que não ocorreu até agora. Por outro lado, o constituinte colocou outra restrição ao poder de censura do Poder Executivo, no estado sítio, ao dispor no parágrafo único do art. 139: **Não se inclui nas restrições do**

inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

A doutrina distingue a censura do controle exercido pelo Judiciário.

A censura é exercida por agentes do Poder Executivo, normalmente motivada por motivos políticos. Já o controle do Judiciário normalmente não tem conotação política; visa prioritariamente ponderar se a ofensa da publicação à vida privada, intimidade, honra e imagem de outrem é proporcional aos benefícios para sociedade (FARIASa, 2004, p. 203/4).

- **princípio de vedação da licença prévia**

Consta do inciso IX do art. 5º (**é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença**) e é repetido no & 6º do art. 220 (**A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade**).

A Constituição estabeleceu, para os veículos impressos de comunicação em massa um regime diferente daquele que estipulou para as emissoras de rádio e televisão, vez que o funcionamento destas depende de outorga da concessão, permissão ou autorização (FARIASa, 2004, p. 214).

Licença, na definição de BANDEIRA DE MELLOb (2006), **é ato vinculado, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos. [...]. Uma vez cumpridas as exigências legais, a Administração não pode negá-la (p. 418).**

Não necessita de licença de autoridade, mas a publicação de jornais, revistas e outros periódicos está sujeita à matrícula em cartório de registros de pessoas jurídicas (FARIAS, 2004, p. 214).

- **princípio da vedação de censura artística e classificação de diversões e espetáculos públicos.**

Já consta do art. 5º, IX, transcrito acima. Mas a Constituição de 1988 lhe dá um tratamento específico.

Veda toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, no § 2º do art. 220, dispondo no § 3º do mesmo artigo:

Compete à lei federal:

- I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendam, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;**
- II – estabelecer os meios adequados que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.**

Vale dizer: ao Poder Público compete apenas classificar e informar as diversões e espetáculos públicos, cabendo a cada indivíduo a autonomia e responsabilidade por decidir sobre quais diversões e espetáculos devem ser assistidos por si e por sua família, de acordo com os princípios morais e religiosos por eles esposados.

Não se deve confundir a vedação de censura artística com a possibilidade que tem o Poder Judiciário de proibir a exibição de espetáculos (inclusive de rádio e televisão) ou de puni-la, quando julgar a medida imprescindível para a salvaguarda dos direitos de outras pessoas (direito à privacidade) ou dos interesses da coletividade e do Estado Democrático (FARIASa, 2004, p. 203).

No entanto, se não cabe censura, a Constituição estabelece um regime especial para os serviços de rádio e televisão.

Preliminarmente, esses são serviços públicos, cabendo à União sua exploração, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão (Constituição, art. 21, XII, a).

Em conformidade com o disposto no art. 223 da Constituição, a exploração dos serviços de rádio e televisão pode ser efetuada pelo:

- (I) sistema estatal, no qual o Estado explora diretamente as estações de rádio e televisão (Radiobrás, TV Senado, por exemplo);
- (II) sistema público, quando o serviço de radiodifusão é explorado por órgão autônomo do Poder Executivo, normalmente uma fundação (as TV Educativas, por exemplo); e
- (III) sistema privado, em que os serviços de rádio e televisão são explorados pela iniciativa privada, mediante concessão, autorização ou permissão (FARIAS, 2004, p. 218)

Ainda de acordo com a Constituição, o ato de concessão, autorização ou permissão para a exploração dos serviços de rádio e televisão, é de competência do Poder Executivo (art. 223, **caput**), devendo ser apreciado pelo Congresso Nacional (art. 223, § 1º).

(III) Restrições ao exercício da liberdade de comunicação

(a) Restrições constitucionais.

O legislador constituinte, talvez rememorando o período de restrições e de censura do período ditatorial iniciado em 1964, não só afirma o princípio da liberdade irrestrita da comunicação como também limita toda atividade do Legislador ordinário nesta área, ao determinar no 1º do art. 220 que nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, encarregando-se ele próprio de indicar as

restrições constitucionalmente aceitáveis dessa liberdade – as restrições contidas nos incisos IV, V, X, XIII e XIV do art. 5º:

- **vedação do anonimato**

Está contida na parte final do inciso IV do art. 5º.

A doutrina tem chamado a atenção para a diferença entre anonimato e pseudônimo. No anonimato, esconde-se a identidade do autor da comunicação, com a finalidade de se procurar fugir das responsabilidades pelos danos e prejuízos causados pela publicação. Já no pseudônimo, o autor não usa o seu verdadeiro nome, mas outro que está devidamente registrado em livro próprio do meio de comunicação.

- **direito de resposta**

Contida no inciso V do art. 5º – **é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.**

Afirma JABUR (1999):

“O direito de resposta é a contrapartida natural à liberdade de imprensa. Sua função é tentar manter o equilíbrio entre o poder sempre crescente dos meios de comunicação e o pronto e eficaz restabelecimento da verdade, omitida ou comprometida pelo veículo de comunicação social. É meio de desagravo, idôneo e hábil, a fim de que a pessoa física ou jurídica não fique inerte, impossibilitada de restaurar a verdade (p. 223)”.

Ainda segundo o mencionado autor, surgiu na França por lei de 1822, tendo sido introduzido no Brasil pela Constituição de 1934 (art. 113, 9), tendo sido mantido pelas constituições posteriores.

- **os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas**

É o problema da colisão entre a liberdade de expressão e comunicação, tutelada pelo inciso IX do art. 5º, e os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, de que trata o inciso X do artigo acima mencionado.

A liberdade de comunicação social colide com os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, quando divulga fatos ou notícias de uma pessoa que possam causar-lhe danos materiais ou morais.

De acordo com uma corrente doutrinária, diante da possibilidade concreta de violação de um dos direitos personalíssimos da intimidade, vida privada, honra e imagem, o juiz poderia ponderar os direitos em conflito e, caso entenda que um desses direitos tem prioridade, usando de seu poder geral de cautela (CARVALHO, 2011), determinar a suspensão da publicação ou, caso esta já tenha sido realizada, a apreensão do material impresso.

Esta é a posição de GILMAR, por exemplo, como se vê no seguinte trecho:

“Afirma-se, muitas vezes de forma categórica, que, tendo a Constituição estabelecido a proibição de censura, não poderia a autoridade pública, no caso, órgão do Poder Judiciário, intervir para evitar a divulgação de notícias ou obra artística lesiva aos direitos de personalidade de qualquer cidadão. Sustenta-se que, nesse caso, eventual abuso haveria de resolver-se em perdas e danos.

Significa dizer que, após a violação do direito tido pela Constituição como inviolável, poderá o eventual atingido pedir reparação pela lesão sofrida (MENDES, 1999, p.89).

Têm a mesma opinião CARVALHO (1999); JABUR (2000); FARIASa (2004), por exemplo. Pode-se resumir essa posição da seguinte maneira:

- (I) Diante dos termos peremptórios da Constituição que declara, no art. 5º, X, invioláveis os direitos à intimidade, à vida privada, à honra, parece evidente que o constituinte não pretendeu assegurar apenas um eventual direito à reparação.
- (II) A parte final do dispositivo em questão – assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação – somente se aplica nos casos em que não foi possível obstar a divulgação ou publicação da matéria lesiva aos direitos da personalidade.
- (III) Se a Constituição assegura não só a inviolabilidade dos direitos de personalidade, mas também a efetiva proteção judiciária contra lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV), como se poderia impedir que o Judiciário intervenha preventivamente, para impedir danos que poderão ser irreparáveis?
- (IV) Além disso, a Constituição não concebe a liberdade de de comunicação como um direito absoluto. Ao dispor, no art. 220, **caput**, que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição, previu a possibilidade de que a liberdade de comunicação pudesse ser limitada em benefício de outros direitos fundamentais, igualmente por ela garantidos (p. 89/90).

No caso, a solução do conflito não seria a primazia automática de nenhum dos direitos, mas haveria a necessidade de ponderar caso a caso para definir qual dos direitos teria primazia.

Tese contrária a esta é a do Min. CARLOS AYRES BRITTO, do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, quando do julgamento da ADPF nº 130/2008, o Ministro, relator do caso, sustentou em seu voto, acompanhado pela maioria da Corte, que, em caso de conflito entre a liberdade de expressão e comunicação e os direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem, a primeira tem sempre primazia, precedência, restando ao ofendido os direitos de resposta e de responsabilização civil e penal do culpado.

Para o Ministro relator, não há que se falar em ponderação a ser realizada pelo juiz, vez que esta já fora feita pelo legislador constituinte, que deu primazia e precedência sempre à liberdade de expressão e comunicação.

Os termos do voto do Ministro não deixam dúvida a respeito:

“Mas é claro que os dois blocos de dispositivos constitucionais só podem incidir mediante calibração temporal ou cronológica: primeiro assegura-se o gozo dos sobre-direitos [...] de personalidade, que são a manifestação do pensamento, a criação, a informação, etc., a que se acrescenta aquele de preservar o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício da profissão do informante, mais a liberdade de trabalho, ofício ou profissão. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais sobre-situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade [...].

Mas parece que essa posição não firmou jurisprudência nem mesmo dentro da Corte, vez que, quando do julgamento da Reclamação nº 9.428/Distrito Federal, parece que se optou por dar primazia aos direitos da intimidade, vida privada, honra e imagem em detrimento da liberdade de expressão e comunicação.

Com efeito, ao julgar a Reclamação interposta pelo jornal O Estado de São Paulo contra censura imposta pelo Desembargador DÁCIO

VIEIRA, proibindo o citado jornal de publicar certo tipo de matéria, o STF indeferiu o pedido de liminar, muito embora tenha-se restringido a examinar aspectos processuais sem entrar no mérito da questão.

- **Direito de acesso à informação e sigilo profissional**

A Constituição, no inciso XIV art. 5º, assegura a todos, principalmente aos jornalistas, o direito de acesso às fontes. Normalmente, o jornalista, em face de seu dever de divulgar a notícia verdadeira, tem o dever de, juntamente com esta, revelar a sua fonte. Entretanto, a Constituição cria aqui um exceção a esta regra: o jornalista tem o direito de não revelar a fonte de suas informações, quando isso for necessário para o exercício de sua profissão.

Além dessas restrições contidas no & 1º do art. 220, acima mencionadas, cabe mencionar a restrição à produção e programação de empresas de rádio e televisão.

Art. 221 – A produção e a programação das emissoras de rádio e do televisão atenderão aos seguintes princípios:

- I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
- II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
- III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
- IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

(b) Restrições legais à liberdade de comunicação

O legislador constituinte preocupou-se em retirar do legislador ordinário toda possibilidade de restringir a liberdade de comunicação. Assim é que ele próprio configurou a mencionada liberdade, retirando

do legislador ordinário tal competência, segundo entendimento do STF em decisão de 30/04/2001, ao cassar a Lei nº 5.250 (Lei de Imprensa), de 09/01/1967, por considerá-la incompatível com a Constituição de 1988 e, portanto, inconstitucional.

No entanto, mesmo assim, deixou algumas possibilidades de atuação do legislador ordinário nesta área, como se verá a seguir:

- **restrição ao direito de receber informações de órgãos públicos.**

A Lei nº 12.527/2011, que regula o acesso a informações, previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do & 3º do art.37 e no & 2º do art. 216, da Constituição, estabelece o princípio do livre acesso de todos os indivíduos às informações dos órgãos públicos.

Todavia, em seu art. 23 prevê restrições ao acesso às informações cuja divulgação pode:

- I – pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;
- II – prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País;
- III – pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;
- IV – oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;
- V – prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas;
- VI – prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;
- VII – pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; VIII

VIII- comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionados com a prevenção ou repressão de infrações.

- **restrições à propaganda de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias**

Consoante o disposto no & 4º do art. 220, a propaganda de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeitas a restrições legais, como uma forma de dar meios às pessoas e às famílias de se protegerem da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

- estabelecimento por lei federal de meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programa ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221(...), bem como a propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, & 3º, II).

(IV) Regras de organização e gestão da atividade de comunicação social.

- **formas de exploração dos serviços de radiofusão sonora e de sons e imagens**

Os serviços de rádio e televisão são serviços públicos federais, cabendo à União a competência de decidir se os explora diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão (art. 21, XII, a).

Na execução desses serviços, a Constituição optou pelo sistema misto, em que convivem, em caráter complementar, os sistemas privado,

público e estatal, cabendo ao Executivo outorgar ou renovar a sua concessão, permissão e autorização.

No sistema privado, a exploração dos serviços de rádio e televisão é efetuada pela iniciativa privada.

No sistema público, a exploração desses serviços fica a cargo de órgãos públicos.

No sistema misto, a exploração desses serviços pode ficar a cargo de entidades públicas e privadas ou ainda, como no caso brasileiro, por fundações ou associações sem finalidades lucrativas (LOPES, 1997).

A grande novidade nesta matéria é a participação do Congresso Nacional no processo, já que a Constituição lhe atribui a competência de apreciação ou de cancelamento, de renovação ou de cancelamento dos atos de outorga da concessão, autorização ou permissão.

- **vedação do monopólio ou oligopólio**

Estabelece a Constituição, no § 5º do art. 220: **Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.**

Monopólio consiste em a atividade de comunicação ser dominada por uma pessoa física ou jurídica, enquanto o oligopólio é o domínio da mesma atividade por um pequeno número de pessoas ou de empresas (FARIAS, 2004a, p. 209).

Este princípio está de acordo com a natureza íntima do Estado Democrático, que exige, para a sua efetivação, o pluralismo de ideias, principio fundamental do Estado Brasileiro.

- **Nacionalização das empresas de comunicação social**

De acordo com o disposto no **caput** do art. 222, **a propriedade de empresa jornalística e de radiofusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de**

pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

E para evitar que esse princípio fosse fraudado, o constituinte estabeleceu, no caso de empresas constituídas sob as leis brasileiras com sede no País, que, em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiofusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos (& 1º do art. 222).

- **gestão exclusiva de brasileiros natos ou naturalizados**

Ainda de acordo com o disposto no & 1º do art. 222, a gestão das empresas jornalísticas e de radiofusão sonora e de sons e imagens é exclusiva de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que estabelecerão o conteúdo da programação.

- **direção técnica exclusiva de brasileiros natos ou naturalizados**

A Constituição não se contentou com reservar aos brasileiros, natos ou naturalizados, a direção administrativa das empresas jornalística, etc., mas foi mais além: reservou-lhes também a direção técnica de acordo com a dicção do & 2º do art. 222: **A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação.**

- **Prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais (art. 222, & 3º, in fine)**
- **Restrições à liberdade de decisão e de atuação de rádio e televisão**

O art. 221, combinado com o & 3º do art. 222, estabelece princípios para a produção e programação das emissoras de rádio e televisão, que funcionam como verdadeiras restrições:

- preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
- promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção
- independente que objetive sua divulgação;
- regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
- respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

(V) Conselho de Comunicação Social.

- A Constituição o previu sua instituição no art. 224, como órgão auxiliar do Congresso Nacional.
- Sua instituição foi efetuada pela Lei nº 8.389, de 30 de dezembro de 1991, com atribuições de realizar estudos, pareceres, recomendações e outras solicitações que lhe forem recomendadas pelo Congresso Nacional.
- Após a promulgação da citada lei, houve muitas críticas, pois se esperava que o Conselho de Comunicação Social fosse configurado como um órgão autônomo, independentes tanto do Presidente da República, como do Congresso Nacional, poderes eminentemente políticos que podem dobrá-lo aos seus interesses político-eleitorais. Com efeito, em outros países, órgãos semelhantes gozam de total independências em relação a esses poderes. Por exemplo, nos Estados Unidos há a **Federal Communications Commission**, uma agência reguladora independente, com funções administrativas, reguladoras, sancionadoras, jurisdicionais e investigadoras no âmbito da comunicação social (FARIAS, 2004, p. 226 e ss).

4.5.4 Liberdade de trabalho, ofício ou profissão

Já consta da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793: **art. 17: Nul genre de travail, de culture, de commerce, ne peut être interdit à l'industrie des citoyens (Nenhum gênero de trabalho, de cultura, de comércio pode ser proibido à indústria (atividade) dos cidadãos).**

A Constituição brasileira de 1824 inscreveu esse princípio no art. 179, item 24: **Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos Cidadãos.**

A Constituição de 1891 assegurou a liberdade de trabalho, ofício ou profissão, sem restrições: **art. 72, § 24: É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual ou industrial.**

Com efeito, entenderam os constituintes de 91, por influência dos positivistas, que toda e qualquer exigência de diploma, para o exercício de uma profissão, seria uma forma de privilégio, contrário à igualdade republicana (PONTES DE MIRANDA, v. V, 1968)

Com a Constituição de 1934, passou-se a assegurar essa liberdade, submetendo-a à regulamentação, quando necessária ao interesse público: **art. 113, 13: É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditas pelo interesse público.**

A mesma exigência consta das Constituições de 1937, 1946 e 1987.

A Constituição de 1988 a prevê repetindo a formulação das três anteriores: **art. 5º, XIII; é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.**

5.1 Considerações gerais

Constou de todas as Constituições brasileiras:

- Constituição de 1824, art. 179, 22: É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude.
- Constituição de 1891, art. 72, § 17: O direito de propriedade mantém-se em toda a plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.
- A Constituição de 1934, dentro do espírito da Constituição alemã de Weimar, consagra o direito de propriedade, mas, além da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, condicionou-a ao interesse social: art. 113, 17: É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar.
- A Constituição de 1946 garantiu o direito de propriedade, mas acrescentou mais um caso de desapropriação, a por interesse social: 141, § 16: É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro
- A Constituição de 1967 seguiu a mesma orientação da de 1946, não tendo inovado em nada a matéria.
- Igual orientação também seguiu a Constituição de 1988, ao regular o direito de propriedade no art. 5º, incisos XXII, XXIII e XXIV

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

COLLIARD (1975, p.737) chama a atenção para o fato, quase sempre esquecido pela doutrina, de que há um direito civil de propriedade e um direito fundamental de propriedade.

O primeiro trata das relações entre os proprietários entre si, bem como das relações entre os proprietários e as pessoas particulares não proprietárias e é regulado pelo Código Civil. É aí que se define o que é propriedade, qual o seu conteúdo, sua forma de aquisição e transmissão, etc.

O segundo, como direito fundamental, é uma garantia da propriedade contra as violações do Estado. Consta da enumeração dos direitos fundamentais da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, logo depois da liberdade e antes da segurança e da resistência à opressão – art. 2º. [...]. **Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression (Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão).**

No mesmo sentido, FERRAJOLI (2010a, p. 45 e ss) faz a distinção entre direito de propriedade, como direito fundamental, e direito de propriedade, como direito patrimonial. O primeiro consiste na liberdade de todos os indivíduos de adquirir e dispor de seus bens. Como tal e como todas as liberdades, é universal, indisponível e inalienável; já o segundo consiste no direito real de um indivíduo determinado de adquirir e dispor de um bem concreto.

O primeiro tem sua fonte na Constituição, enquanto o segundo é originado de atos voluntários – constituição, modificação ou extinção – regidos pelo Código Civil.

Aliás, prestando-se bem atenção, verifica-se que a Constituição, no art. 5º, XII, não garante diretamente o direito fundamental à propriedade, mas a instituição propriedade (é garantida a propriedade).

É garantida a propriedade privada, um dos pilares do Estado de Direito burguês contra as violações do Estado.

Tanto PONTES DE MIRANDA (v. V, 1968) como MENDES (2007) sustentam que, no dispositivo constitucional que garante o direito de propriedade (Const. 1967, art. 150, §§ 22; Const. 1988, art. 5º, XXII), há uma garantia institucional e um direito subjetivo.

O direito subjetivo consiste em que

- (I) todos têm o direito de ser proprietários e
- (II) todos têm o direito de dispor de seus bens livremente.

Os conteúdos desses direitos são conformados livremente pelo legislador ordinário, obedecidas as limitações estabelecidas pela própria Constituição. No caso brasileiro, esses conteúdos constam do Código Civil que define a propriedade como faculdade do proprietário de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-lo do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (Código Civil, art. 1.228).

Já enquanto instituição, a propriedade é essencial na estruturação do Estado Liberal de Direito, que se caracteriza exatamente pelo respeito e garantia dos direitos e liberdades individuais, principalmente da propriedade privada. Aqui a finalidade do disposto no art. 5º, XXII, é garantir que o legislador ordinário não a elimine, garantia, aliás, expressa no art. 60, & 4º, IV.

Eis a lição de PONTES DE MIRANDA (1968, V): **A propriedade privada é instituto jurídico; e a garantia do art. 150, § 22, institucional. [...]. Não se garante o direito privatístico, nem, sequer, qualquer dos direitos que resultam de leis civis e comerciais – o que se garante é a atribuição de direito patrimonial aos indivíduos (p. 367).**

5.2 O conceito de propriedade

A doutrina civilista clássica entendia que o direito de propriedade somente se aplicaria aos bens corpóreos, móveis ou imóveis. Isto é, só haveria um direito de propriedade sobre coisas.

Entretanto, há uma corrente doutrinária, no Direito Civil, que entende que, além de uma propriedade material, haveria também uma propriedade imaterial, compreendendo uma propriedade sobre as criações do espírito (propriedade literária, artística e científica), uma propriedade industrial (propriedade sobre patentes, marcas de fábrica, desenhos e modelos), uma propriedade sobre direitos (hipotecas, penhores, depósitos bancários, pretensões salariais, ações, participações societárias, etc.) e até sobre valores (fundo de comércio, clientela, nome comercial, etc.). Isto é, o direito de propriedade deixaria ser apenas um direito sobre coisas, mas um direito sobre bens.

ORLANDO GOMES (1962, t. 1), depois de enumerar esses vários tipos de propriedade, conclui afirmando que o objeto do direito de propriedade só pode ser corpóreo, sendo esses novos direitos uma **quase-propriedade** (p. 121).

É no mesmo sentido a opinião de ESPÍNOLA (1956) que, embora reconhecendo que, em sentido amplo, o conceito de propriedade abarque também os bens incorpóreos, conclui, entretanto, que, tecnicamente, só há propriedade de coisas, móveis e imóveis, devendo-se considerar à parte a propriedade literária, científica e artística (p. 135).

Entretanto, no Direito Constitucional, parece pacífico o entendimento de que a propriedade não tem como objeto apenas as coisas, mas os bens em geral. É que afirma PONTES DE MIRANDA (1968, V):

“**Propriedade**, no sentido do texto, exige a **realidade** do direito; ou **propriedade**, no sentido da Constituição brasileira de 1967, abrange todos os **bens patrimoniais**? A questão é mais grave do que se pensa. Se a segunda

opinião é que é a verdadeira, e é a **dominante** (...), o legislador não é obrigado a manter o conceito de propriedade **real**, e todos os direitos patrimoniais poderiam passar a ser **reais**. Mais ainda: não se poderiam **desapropriar** créditos pessoais, ou direitos formativos geradores, modificativos ou extintivos, sem observância do art. 150, & 22. Se a primeira opinião é que é a verdadeira, [...], então, sim, o legislador não só seria obrigado a manter a referência à patrimonialidade, o acesso aos bens em em sentido geral, mas também a **realidade** dos direitos tidos hoje como propriedade (direitos reais), como sendo mínimo. A verdadeira interpretação é a que vê em **propriedade**, no art. 150, & 22, propriedade individual, no mais largo sentido; e de modo nenhum se exclui a desapropriação dos bens que não consistam em direitos reais. O limite único à desapropriação é a imperdibilidade” (p. 364).

E esta é também a posição de MENDES (2007): **Essa orientação permite que se confira proteção constitucional não só à propriedade privada em sentido estrito, mas, fundamentalmente, às demais relações de índole patrimonial. Vê-se que esse conceito constitucional de propriedade contempla as hipotecas, penhores, depósitos bancários, pretensões salariais, ações, participações societárias, direitos de patente e de marcas, etc.** (p.414)

E mais adiante conclui o seu pensamento: **Assim, embora integre o conceito de propriedade a definição constante da legislação civil, é certo que a garantia constitucional da propriedade abrange não só os bens móveis ou imóveis, mas também outros valores patrimoniais** (p. 415).

Essa discussão em torno do verdadeiro conceito de propriedade é importante porque dela decorrem consequências concretas dentro de nosso ordenamento jurídico. Por exemplo, se se sustenta que o conceito de propriedade abrange apenas os bens móveis e imóveis, conclui-se obrigatoriamente que somente esses bens poderão ser objeto de desapropriação, porquanto só se desapropria propriedade. Se, ao contrário,

se inclui, no conceito de propriedade, garantida constitucionalmente, além dos bens móveis e imóveis, também os valores patrimoniais, então estes também poderão ser objeto de desapropriação (PONTES DE MIRANDA, 1968, V); MENDES, 2007).

5.3 Propriedade intelectual

Em que pese a interpretação lata do conceito de propriedade aceita majoritariamente pela doutrina do direito constitucional, o legislador constituinte resolveu dar tratamento especial à chamada propriedade intelectual, expressão que, segundo VAZ (1993), foi adotada pela Organização Mundial da Propriedade Industrial (OMPI) (p. 413).

De acordo com a autora mencionada, a expressão propriedade intelectual compreende:

I - Direitos do autor, de que tratam os incisos XXVII e XXVIII do art. 5º:

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

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

II - Propriedade industrial, de que trata o inciso XXIX do art. 5º:

XXIX -A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos

nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

5.4 Restrições ao direito de propriedade.

A lição é de COLLIARD (1975).

Há, na desapropriação clássica, aquela por utilidade pública ou por necessidade pública, a convergência de dois princípios caros aos revolucionários de 1789: o princípio da soberania absoluta da nação e o princípio do respeito à propriedade privada, sacrificada na vigência do Antigo Regime.

Segundo o primeiro princípio, a nação pode limitar a propriedade privada, como a todos os direitos fundamentais, como está inscrito no art. 4º da Declaração de 1789: [...]: **ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi (assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites, a não ser aqueles que garantem aos outros membros da sociedade a fruição desses mesmos direitos. Esses limites só são determinados pela lei).**

De acordo com o segundo princípio, sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente constatada, o exige evidentemente, sob a condição de uma justa e prévia indenização (art. 17 da Declaração de 1789).

A Constituição, como as anteriores, segue esses princípios, prevendo os casos de desapropriação por necessidade pública e por utilidade pública.

5.5 Desapropriação por necessidade pública ou por utilidade pública

Desapropriação ou expropriação é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para a superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública, ou ainda por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, salvo a exceção constitucional de pagamento em títulos especiais da dívida pública, para o caso de propriedade rural considerada latifúndio improdutivo localizado em zona prioritária [...] (MEIRELLES, 1978, p. 547).

Está prevista no inciso XXIV do art. 5º, da Constituição de 1988, já transcrito acima.

O texto constitucional prevê a desapropriação por

- (I) utilidade pública;
- (II) necessidade pública; ou
- (III) interesse social.

Há utilidade pública, **quando a transferência de bens de terceiros para a Administração é conveniente, embora não seja imprescindível (MEIRELLES, 1978, p. 554).**

Ocorre necessidade pública, **quando a Administração defronta situações de emergência, que, para serem resolvidas satisfatoriamente, exigem a transferência urgente de bens de terceiros para o seu domínio e uso imediato (MEIRELLES, 1978, p. 554).**

As desapropriações por necessidade ou utilidade pública estão regulamentadas, principalmente, pelo Decreto-Lei nº 3.365 (Lei Geral das Desapropriações), de 21 de junho de 1941, que, aliás, junta as duas formas de desapropriação em uma única denominação - utilidade pública.

Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados, pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios (art. 2º), sendo que os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa (& 2º do art. 2º).

De acordo com o art. 5º, consideram-se casos de utilidade pública:

- (a) a segurança nacional;
- (b) a defesa do Estado;
- (c) o socorro público em caso de calamidade;
- (d) a salubridade pública;
- (e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
- (f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
- (g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
- (h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos;
- (i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o loteamento de terrenos, edificadas ou não, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais;
- (j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;
- (k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;
- (l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico;

- m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios; (n) a criação de estádios, aeródromos ou campo de pouso para aeronaves;
- (o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária
- (p) os demais casos previstos por leis especiais.

5.6 Desapropriação por interesse social

O princípio de que a propriedade privada está condicionada pela sua utilidade sócio-econômica, pela sua função social foi introduzido no constitucionalismo moderno pela Constituição do México de 1917, sendo seguida pela Constituição de Weimar, de 1919, que teve maior influência nesse sentido, ao determinar em seu art. 153: **A propriedade é garantida pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites serão fixados em lei. A propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve servir ao bem comum.**

Essa nova orientação com respeito à propriedade influenciou as constituições de vários países, inclusive a Constituição brasileira de 1934, que prescreve no art. 113, 17: **É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. [...].**

Muito embora seja certo que a Constituição de 1934 tenha sido influenciada pela Constituição de Weimar, não custa lembrar que, ao condicionar a propriedade privada à sua função social, o constitucionalismo brasileiro está retomando uma tradição secular no direito luso-brasileiro.

Com efeito, as sesmarias, que eram concessões de terras brasileiras feitas pela Coroa portuguesa a particulares que passavam a ser os seus donos, estavam condicionadas por uma série de deveres e condições, principalmente a de efetivo cultivo – engenhos de açúcar ou

pecuária. Os concessionários de sesmarias tinham prazo estipulado para o estabelecimento da cultura ou da criação. Terminado o prazo sem o cumprimento dessa obrigação, as terras eram consideradas devolutas (incultas, não aproveitadas) e devolvidas à Coroa.

Esse sistema de aquisição da propriedade fundiária no Brasil foi extinto pela Resolução de 17 de julho de 1822 do Príncipe Regente.

Inaugura-se aquilo que os historiadores chamam de período de transição, que vai de 1822 até a data da promulgação da Lei de Terras. Nesse período, adquire-se a propriedade territorial mediante a posse legítima, que tem como fundamento o efetivo cultivo ou a moradia habitual.

Em setembro de 1850 foi promulgada a chamada Lei de Terras que passou a regular a propriedade privada territorial até o Código Civil de 1916.

Com a Lei de Terras passa a vigorar, no Brasil, a moderna concepção de propriedade, de inspiração liberal, como direito absoluto, incondicionado, não submetido a condições e limites (para toda essa parte, VARELA, 2005).

Como se disse anteriormente, o Direito Constitucional brasileiro retoma, por vias transversas, o tradicional princípio da função social da propriedade, na Constituição de 1934. Mas se tratava de uma simples enunciação de princípio sem qualquer consequência prática.

A Constituição de 1946 deu um passo adiante. Enunciou o princípio no art. 141, 16: **É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.**

Mais adiante, no Tít. V, que trata da ordem econômica e social que deve se organizar conforme os princípios da justiça social (art. 145), tentou torná-lo mais explícito no art. 147: **O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no 141, & 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.**

Este dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, que definia um regime geral de desapropriação por interesse social.

Em seu art. 2º, a Lei enumera os casos em que poderia haver desapropriação por interesse social:

- I – o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;
- II – vetado;
- III – o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola;
- IV – a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 famílias;
- V – a construção de casas populares;
- VI – as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação, armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;
- VII – a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais;
- VIII – a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.

Posteriormente, os militares preocupados com os movimentos camponeses pela reforma agrária, principalmente com a Liga Camponesa de FRANCISCO JULIÃO, baixaram a Emenda Constitucional nº 10, de

9 de novembro de 1964. Tal emenda constitucional visava a concretizar o princípio da função social na propriedade territorial rural, visto como cria instrumentos para a desapropriação do latifúndio improdutivo que deverá ser utilizado em projetos de reforma agrária.

A emenda constitucional nº 10/64 acrescenta os seguintes parágrafos ao art. 147:

& 1º – Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento da prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, segundo índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até 50% do Imposto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras públicas. & 2º [...] & 3º – A desapropriação de que trata o & 1º é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme for definido em lei. & 4º – A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal definido em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro. & 5º [...] & 6º [...]

Em novembro do mesmo ano de 1964, foi editado o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504) que regulamenta o dispositivo acima transcrito, estabelecendo regras para a desapropriação da propriedade territorial rural (latifúndio e minifúndio) que não cumpre a sua função social.

Conforme o disposto no &1º do art. 2º do Estatuto da Terra, a propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam.

A Constituição de 1946 manteve a orientação de condicionar a propriedade à sua função social.

Art. 5º, XXII – é garantido o direito de propriedade;
XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

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:

III – função social da propriedade.

Mas agora a preocupação do legislador constituinte era não somente com relação aos movimentos dos trabalhadores rurais em prol da reforma agrária, que se alastraram por todo o país, sendo as Ligas Camponesas do Nordeste substituídas pelo Movimento dos Trabalhadores sem Terra (MST), de nível nacional, mas também com relação aos milhões de brasileiros, que, nos últimos anos, migraram do campo para as cidades, em busca de melhores condições de vida, e que viviam em condições sub-humanas em barracos, construídos em solo de que não eram proprietários e dos quais podiam ser expulsos a qualquer momento.

Assim é que, diferentemente do que ocorrera com a Constituição de 1964 (após a Emenda Constitucional nº 10/64), o princípio da função

social da propriedade foi aplicado não apenas à propriedade territorial rural, mas também à propriedade territorial urbana.

No que se refere à propriedade territorial rural dispõe a Constituição:

Art. 184 – Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até 20 anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

& 1º – As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

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

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

b) a propriedade produtiva;

Art. 186 – A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado

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

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

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

Esses dispositivos constitucionais foram regulamentados pela Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993.

No que se refere à propriedade territorial urbana dispõe a Constituição:

Art. 182 – A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes

& 1º – O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de 20.000 habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

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

& 3º – As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

& 4º – É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I – parcelamento ou edificação compulsória;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até 10 anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Os arts. 182 e 183 foram regulamentados pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, intitulada Estatuto da Cidade, que estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade

urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental (art. 1º).

Antes de tudo, convém atentar para o fato de que a desapropriação por interesse social não exclui a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, desde que, nesta, a indenização seja paga em dinheiro, consoante o disposto no §3º do art. 182 acima transcrito.

A bem da verdade, a desapropriação por interesse social de solo urbano é um caso excepcional, tantas são as dificuldades para implementá-la.

- I – Nem todas as cidades podem utilizá-la, somente as que dispõem de plano diretor;
- II – Tem de haver uma lei municipal específica para área incluída no plano diretor, determinando o parcelamento, a edificação ou utilização compulsória do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado e estabelecendo as condições e os prazos para a implementação da referida obrigação (art. 5º);
- III – Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos ou não sendo cumpridas as etapas previstas, o Município procederá à aplicação de imposto sobre a propriedade predial e territorial urbano (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de 5 anos consecutivos (art. 7º);
- IV – Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não esteja atendida em 5 anos, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima (15%), até que se cumpra a referida obrigação;
- V – Entretanto, decorridos os 5 anos, o Município poderá optar por efetuar a desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública (art. 8º).

5.7 Usucapiões especiais

A Constituição criou ainda, como instrumentos de implementação do princípio da função social da propriedade, dois tipos de usucapião:

(I) Usucapião pró-moradia (SILVA, 2005, p. 818)

Trata-se de usucapião constituído sobre solo urbano e utilizado para fins de moradia. Consta do art. 183: **aquele que possuir como sua área urbana de 250 metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.**

O Estatuto da Cidade, em seu artigo 10, estendeu essa possibilidade para grupos de pessoas: **as áreas urbanas com mais de 250 metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por 5 anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são suscetíveis de serem usucapidos, coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.**

(II) Usucapião pró-labore (SILVA, 2005, p. 823)

Trata-se de usucapião constituído sobre imóvel rural, cultivado pelo posseiro. Consta do art. 191: **aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a 50 hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.**

Segundo o mesmo autor, chama-se usucapião **pro-labore** porque o título que o justifica é o trabalho do beneficiário ou de sua família que tornou produtiva a área ocupada (p. 823).

5.8 Requisição

Está prevista no inciso XXV do art. 5º: **no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.**

Requisição é a utilização coativa de bens ou serviços particulares, pelo Poder Público, por ato de execução imediata e direta da autoridade requisitante e indenização ulterior, para atendimento de necessidades coletivas urgentes e transitórias (MEIRELLES, 1978, p. 575/6).

DIREITO À SEGURANÇA

6.1 Considerações Gerais

A lição é de PECES-BARBA (2004).

A segurança jurídica é um direito complementar ao direito à liberdade. Tomando-se esta como **liberdade de escolha** que permite ao indivíduo alcançar, na vida social, sua autonomia e liberdade moral, a segurança pretende a criação de um **âmbito de certeza** e eliminar o **medo** e a **desconfiança** nas relações sociais.

Nesse sentido, a segurança tem três dimensões:

(i) Segurança jurídica com relação ao Poder.

Seu objetivo é eliminar o medo do indivíduo perante o Poder, tendo relação com a origem do poder e com o seu exercício.

Com relação à origem do poder, a segurança jurídica significa para os indivíduos o **direito de participação política**, isto é, o direito que têm os indivíduos na escolha das pessoas que formarão os órgãos de criação do Direito, visando a estabelecer, tanto quanto possível, a identidade entre os criadores do Direito e seus destinatários, princípio fundamental do Estado Democrático.

Já com relação ao exercício do poder, a segurança jurídica está vinculada ao Estado de Direito e significa a existência de normas jurídicas estabelecendo competências, normas de organização e de procedimentos, vinculando e limitando o exercício do poder pelos seus detentores. Estes agem não de acordo com a sua vontade, mas de acordo com as normas estabelecidas. É o império da lei, **the rule of law** (**governo das leis**).

Com relação a este significado da segurança jurídica, o indivíduo tem uma série de direitos, como a igualdade perante a lei, a igualdade processual, as garantias penais e processuais, que serão estudadas posteriormente.

(II) Segurança jurídica em relação ao próprio Direito

Não objetiva a eliminação do medo perante o poder, mas da incerteza com relação às normas que regem a vida social. Nesse sentido, a segurança jurídica tem a ver com as normas de criação e revogação do Direito, bem como com sua interpretação e aplicação. Especificamente, tem a ver com o processo legislativo, previsto constitucionalmente, com as normas de interpretação e aplicação do Direito, com o princípio da hierarquia das normas jurídicas, com o princípio da irretroatividade das normas jurídicas, com o princípio dos direitos adquiridos, etc.

(III) Segurança jurídica com relação à própria sociedade

Trata-se de segurança do indivíduo nas suas relações com os outros membros da comunidade e de segurança contra os azares da vida – necessidades, pobreza, doença, velhice, etc. A este último aspecto estão vinculados, em sua grande maioria, os direitos econômicos, sociais e culturais.

Aqui será tratada exclusivamente a segurança em relação ao exercício do poder.

6.2 Segurança pública e o direito fundamental à segurança.

Normalmente, a doutrina não enfatiza a distinção entre segurança pública e direito fundamental à segurança.

Segurança é um direito fundamental que consta da enumeração do art. 2º da Declaração de 1789: **Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression** (O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à mudança).

Esse direito fundamental à segurança tem duas dimensões: é, ao mesmo tempo,

- (I) direito à proteção e
- (II) direito de defesa.

6.2.1 Direito à segurança como direito à proteção

Segundo ALEXY (2002), o direito à proteção “são direitos do titular de direito fundamental frente ao Estado para que este o proteja da intervenção de terceiros” (p. 435)

E continua:

Os direitos à proteção podem ter como objeto coisas muito diferentes. O espectro se estende desde a proteção frente a ações de homicídio do tipo clássico até a proteção frente aos perigos do uso pacífico da energia atômica. Não só a vida e a saúde são bens possíveis de proteção, mas tudo aquilo que, desde sob o aspectos jusfundamentais, é digno de ser protegido, como a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. Não menos variadas são as formas possíveis de proteção. Abarcam, por exemplo, a proteção através de normas do direito penal, de normas de direito processual, de ações administrativas e da atuação fática (p. 435/6).

Nesse sentido, é um direito à segurança pública.

Foi neste sentido que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793 o definiu, em seu art. 8º: **La sûreté consiste dans la**

protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés (A segurança consiste na proteção dada pela sociedade a cada um de seus membros para a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades). É também nesse sentido o dispositivo constante da Emenda IV à Constituição americana: **O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição de local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.**

É o que se deduz também do **caput** do art. 5º da Constituição de 1988: **“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, [...].**

Por outro lado, a **segurança pública é instituição** cuja finalidade é a preservação da ordem pública e, com isso, garantir a inviolabilidade dos direitos dos indivíduos contra violações praticadas pelos membros da sociedade. Tem dois aspectos, um normativo e outro organizacional.

O aspecto normativo é constituído pelas leis penais e pelas leis de polícia, baixadas pelo Estado, visando à restrição do exercício de direitos por parte dos indivíduos em benefício da sociedade. Restrições, aliás, já previstas no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: **La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi (A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica os outros: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites senão aqueles que assegurem aos**

outros homens da sociedade a fruição desses mesmos direitos. Esses limites só podem ser determinados pela Lei)

O aspecto organizacional é constituído pela atividade de polícia ou poder de polícia, que o Estado- Administração desenvolve através de seus órgãos, visando a assegurar o cumprimento dessas leis e, portanto, a ordem, a segurança e salubridade públicas.

De acordo com MARCELO CAETANO (1963), **polícia é a intervenção administrativa da autoridade pública no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir** (p. 669).

No mesmo sentido é a definição de WALINE (1969): **Na linguagem do direito administrativo, o termo “polícia geral” designa o regime de direito comum da polícia administrativa, isto é, o conjunto de poderes concedidos de uma forma geral às autoridade de polícia para a manutenção da ordem, da segurança e da salubridade** (p. 439).

LAUBARDÈRE⁹(1976) é mais didático: **Na realidade, a polícia sempre foi definida por seu fim, que é, segundo a fórmula empregada para a polícia municipal pela lei [...], assegurar a boa ordem, a tranquilidade, a segurança ou a salubridade pública. As três últimas expressões: TRANQUILIDADE (limitação dos riscos de desordens), SEGURANÇA (limitação dos riscos de acidentes), SALUBRIDADE (limitação dos riscos de doenças) são claras. A primeira (BOA ORDEM) é menos precisa, donde se segue que a definição dos fins legítimos da polícia administrativa tem podido e pode conhecer certas variações** (590).

Aliás, é com esse sentido que o art. 78 do Código Tributário Nacional define poder de polícia: **Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança,**

à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Conforme CAETANO (1963, p. 6720, a segurança pública pode se dividir em polícia judiciária e polícia administrativa propriamente dita. Antes de mais nada, convém enfatizar que ambas são atividades administrativas.

A polícia judiciária, na definição do mestre lusitano, é a atividade do Estado-Administração que **tem por fim efetuar a investigação dos crimes e descobrir os seus agentes, processar a instrução preparatória dos respectivos processos e organizar a prevenção da criminalidade,** (p.672).

Continuando com a lição do mestre português, a polícia administrativa pode dividir-se em: polícia administrativa geral e polícias administrativas especiais.

A polícia administrativa geral é a atividade policial que visa a observância e a defesa da ordem jurídica globalmente considerada.

As polícias administrativas especiais são atividades policiais que têm por objeto a observância e a defesa de determinados setores da ordem jurídica (673).

No caso específico do Brasil, poderíamos citar a vigilância sanitária, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, etc.

6.2.2 Direito à segurança como direito de defesa

Há quem confunda o direito à segurança, enquanto direito de defesa, com liberdade individual. No entanto, a liberdade individual ou segurança individual, no sentido de garantia contra prisão ou detenção arbitrária, é apenas um dos aspectos do direito à segurança. E essa distinção é importante, porque a liberdade individual dispõe de uma

garantia específica – o **habeas corpus**. O direito à segurança, enquanto direito de defesa perante o Estado, tem uma compreensão e uma amplitude bem maiores – consiste no direito à inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade, como está previsto, aliás, no **caput** do art. 5º.

É o que ensina RIVERO (1973, 2):

A segurança é muito mais do que uma liberdade particular tendo um objeto determinado, como a liberdade de imprensa ou a liberdade de reunião. Seria restringi-la, reduzi-la ao seu aspecto mais evidente – a proteção contra as detenções arbitrárias - e classificá-la entre as liberdades da pessoa física; ela é, mais amplamente, a garantia da segurança jurídica do indivíduo face ao poder. Ela lhe dá a dupla certeza de que não tem nada a temer da autoridade pública, enquanto o exercício de qualquer de suas liberdades, qualquer uma delas, se mantém nos limites da legalidade, e de que, se ele for suspeito de ter ultrapassado esses limites, expondo-se, assim, a sanções, será garantido contra toda repressão arbitrária. A segurança constitui, pois, a proteção avançada de todas as liberdades: é o que permite o seu exercício tranquilo (p. 21).

É no mesmo sentido a lição de ISRAEL (1998):

Todavia, a noção de segurança é mais ampla que a de **Habeas corpus**, pois ela condena toda forma arbitrária de repressão. Encontra-se sua consagração no art. 2º da Declaração dos Direitos do homem e do cidadão que coloca a segurança entre os direitos naturais e imprescritíveis. [...] Em uma acepção mais ampla, a segurança pode ser definida como a segurança do indivíduo juridicamente protegida contra o poder, liberdade fundamental que contribui para garantir todas as outras (p. 378).

Nesse sentido, o direito à segurança compreende:

- segurança individual – a proteção contra as prisões ou detenções arbitrárias, como já visto anteriormente;
- segurança jurídica – concretizada, principalmente, pelo direito à estabilidade das situações jurídicas (no caso brasileiro, prevista no art. 5º, XXXVI: **a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada**);
- segurança física – garantia contra as agressões humanas e os desastres naturais, garantia esta que incumbe à polícia administrativa, à polícia judiciária e à justiça;
- garantia sócio-econômica – garantia de um mínimo essencial para que o indivíduo subsista com dignidade (idem, ibidem, p. 378/9).

6.3 O regime de proteção da segurança enquanto direito de defesa.

A lição continua sendo de RIVERO (1973, 2, p. 23/4).

A Monarquia francesa, no século XVIII, já havia consolidado o regime de segurança pública. A modificação trazida pela Revolução Francesa de 1789 foi submeter a atividade de polícia ao princípio da legalidade.

Daí que a principal preocupação dos constituintes de 1789 foi com o poder arbitrário do Monarca no processo repressivo. Esta é uma preocupação que aparece na maioria dos cadernos (**cahiers**), contendo as orientações que os deputados levaram à Assembleia dos Estados Gerais.

A preocupação do indivíduo com o poder arbitrário do Monarca no processo de repressão, assim como a influência da doutrina inglesa do **habeas corpus**, do Tratado dos Delitos e das Penas, de Cesare Beccaria, publicado em 1764, e das obras de Montesquieu e de Voltaire, levaram os constituintes de 1789 a conceber o regime de proteção à segurança individual baseado em três princípios:

- princípio da legalidade dos delitos e das penas;
- princípio do monopólio do Poder Judiciário na atividade de repressão;
- organização das diversas fases do processo penal sobre a base da presunção de inocência do acusado (no mesmo sentido, ISRAEL, 1998, p. 379 e segs).

A Constituição de 1988, visando a concretizar efetivamente o direito de defesa frente ao Estado, prevê uma série de garantias, que podem ser estruturadas da seguinte maneira:

6.3.1 Garantias criminais preventivas

São garantias de que o indivíduo, mesmo quando acusado de haver cometido alguns crimes, não será processado e julgado de forma arbitrária pelo Estado. São garantias criminais preventivas:

I - Princípio do monopólio repressivo do Poder Judiciário.

Consta do Art. 5º, LXI: **Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definido em lei.**

De acordo com RIVERO (1973, 1) na organização das liberdades há dois sistemas de repressão penal: preventivo e repressivo.

O regime preventivo não é olhado com bons olhos pela tradição liberal, porque vai de encontro ao princípio básico do liberalismo: a liberdade é a regra, a restrição, a exceção. No regime preventivo inverte-se a ordem dos fatores: a restrição é a regra, a liberdade a exceção.

Ele se caracteriza por dois aspectos:

- (I) o órgão encarregado da repressão é o Executivo, também olhado com desconfiança pelo liberalismo, visto que pode

estar mais sensível aos interesses da ordem pública do que com a liberdade;

- (II) além disso, a intervenção da Administração é anterior ao exercício do ato de liberdade, tendo essa Administração o poder de decidir o que é certo e o que é errado. Aqui se aplica um princípio oposto ao princípio da liberdade: é permitido tudo aquilo que não está proibido;
- (III) finalmente, não havendo uma lei prévia, a Administração pode fazer discriminações arbitrárias, com prejuízo para o princípio da igualdade.

O regime repressivo, em que pese o seu nome, é o preferido pela tradição liberal. Nele vige o princípio de que a liberdade é a regra, a restrição a exceção.

A lei estabelece os limites à liberdade do indivíduo e as sanções que a transgressão desses limites acarreta. Este tem a liberdade de escolher se fica dentro desses limites ou se os ultrapassa, mas tem também a responsabilidade por essa transgressão.

Esse sistema funciona com dois órgãos:

- (I) o Legislativo que baixa a lei, genérica e abstrata, que define os ilícitos penais e suas penas correspondentes; e
- (II) o Juiz que declara se o ato do indivíduo configura um ilícito penal e aplica a pena correspondente.

Como se vê do dispositivo acima transcrito, o constituinte brasileiro, ao institucionalizar o sistema de repressão, optou pelo regime repressivo e estabeleceu, previamente, as suas exceções

- (I) a prisão em flagrante;
- (II) as infrações disciplinares dos militares que podem ser punidas, inclusive com a prisão disciplinar, pela autoridade militar competente;

(III) crime propriamente militar, definido em lei.

II - Princípio da legalidade do delito e da pena

A Constituição de 1988 prescreve esse princípio no art. 5º, XXXIX: **Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (nullum crimen, nulla poena sine lege).**

Consta do arts. 7º e 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: art. 7º: **Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. [...];** art. 8º: **La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'ém vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée (Art. 7º: Nenhum homem pode ser acusado, preso, nem detido a não ser nos casos determinados pela Lei, e segundo as formas que ela prescreveu. Art. 8º. A Lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido a não ser em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada).**

(A) Legalidade do delito

Segundo FERRAJOLI^b (2011), o princípio da legalidade do delito ou principio da reserva de lei, deve ser compreendido de duas maneiras:

(I) Convencionalismo penal ou mera reserva de lei.

O delito ou o desvio não é aquilo que, por suas próprias características intrínsecas ou ontológicas, é reconhecido como naturalmente imoral ou socialmente lesivo, etc, mas aquilo que é definido como delito ou desvio pela lei. **Autoritas, non veritas facit legem.** Este é

um princípio dirigido, precipuamente, ao juiz. Este não pode qualificar como delitos todos (ou só) os fenômenos que considera imorais/merecedores de sanção, mas apenas só (ou todos) os que, independentemente de sua valoração, são considerados assim pela lei.

(II) Estrita legalidade.

Este é um princípio que se dirige, precipuamente, ao legislador. A lei penal não se destina a definir um tipo subjetivo, um tipo criminoso, como o faziam os antigos ordenamentos penais – as bruxas, os hereges, os judeus, os vadios, os vagabundos, etc – ou os modernos sistemas penais de regimes autoritários ou totalitários – criminoso nato, inimigo do povo, subversivo, etc. Visa a definir um tipo objetivo de delito ou desvio, isto é, condutas, comportamentos empíricos, determinados, exatamente identificáveis e, como tal, imputáveis a um sujeito (p. 34/6).

Nos precisos termos do autor citado: [...] **enquanto o princípio convencional de mera legalidade é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve que considerem delito qualquer fenômeno livremente qualificado como tal por uma lei, o princípio cognoscitivista de estrita legalidade é uma norma meta-legal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal idônea para garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade de sua enunciação (p. 95).**

E continua: **É evidente, com efeito, que só na medida em que se satisfaça este segundo princípio a motivação jurídica de uma sentença pode ter caráter declaratório e ser suscetível de controle empírico como verdadeira ou falsa, além de como válida ou inválida (p. 95/6).**

Os franceses da época da Revolução lembravam muito bem das arbitrariedades cometidas, no exercício da função penal, pelo soberano e pelos juízes. Estavam lembrados das **lettres de cachet**, documentos

reais que autorizavam a prisão de qualquer pessoa sem processo, bem como das injustiças dos juízes na aplicação da lei penal. Daí a inscrição desse princípio na Declaração de Direitos de 1789, bem como a restrição na liberdade do juiz na aplicação da lei penal, ao proibir-lhe qualquer atividade de interpretação da lei.

Essa concepção formalista do delito, que se traduz no princípio da legalidade, é uma garantia, ao mesmo tempo, da igualdade e da liberdade. Da igualdade, porque todos os indivíduos, independentemente de sua condição social, serão julgados e punidos pelo cometimento de um fato objetivamente denotado e determinado na lei. Da liberdade, porque ao indivíduo é permitido fazer tudo aquilo que a lei permite ou não proíbe.

Contra essa concepção formalista do delito se insurgem várias concepções substancialistas que se caracterizam pelo esvaziamento da lei como único critério na denotação e definição do desvio. Isso ocorre já pela utilização de modelos globais de delitos – escândalo público, desacato, propaganda/associação subversiva, etc. - já pela utilização de um tipo subjetivo baseado em critérios éticos, sociais, naturais, etc – criminoso nato, inimigo do povo, etc.(FERRAJOLIb, 2011, p. 40/2).

(B) Legalidade da pena

Tão importante quanto o delito é a pena.

Aliás, diz FERRAJOLIb (2011) que a pena produziu mais sofrimentos para a humanidade que o próprio delito. Basta citar as penas utilizadas na Idade Média: afogamento, asfixia no lodo, lapidação, roda, esquartejamento, fogueira, caldeira, grelha, empalamento, emparedamento, morte por fome, etc.

A primeira e mais persistente concepção sobre a pena é a da **retribuição/consequência** do delito. É expressada pela Lei do Talião: **vida por vida, olho por olho, dente por dente** (Bíblia, Êxodo).

De acordo com essa concepção, haveria um nexó natural e uma correspondência entre o delito e a pena. Essa concepção foi adotada por filósofos e autores de várias épocas, como PLATÃO, ARISTÓTELES e SÊNECA, na antiguidade greco-romana, passando pelos jusnaturalistas e iluministas, chegando até nossos dias. É nesse sentido as definições de GROCIO, PUFENDORF e THOMASIIUS, a pena é uma sanção infligida **ob malum actionis** (por causa do mal da ação), ou **integressi delicti** (de delito anterior), ou **propter delictum** (por causa do delito).

Nos modernos sistemas penais, por influência dos jusnaturalistas do sec. XVIII, foi abandonada a concepção da pena como retribuição/contraprestação do delito. A pena é decisão político-jurídica do legislador. É a lei que define a pena, que deve ser **abstrata** e **igual** e, como tal, **quantificável** e **mensurável** e, por isso, **pré-determinável legalmente** e **determinável judicialmente** tanto na natureza como na medida (FERRAJOLIB, 2011, p. 385/90).

III - Princípio da presunção de inocência

Já está previsto no art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: art. 9º: **Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, [...]** (**Sendo todo homem presumido inocente até que seja declarado culpado, [...]**). Consta da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, art. XI, 1: **Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido 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.**

Não constou das constituições brasileiras anteriores à de 1988, que o prevê no art. 5º, LVII: **Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.**

Este princípio é um corolário necessário do princípio da jurisdicionalidade – **nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione**.

Se a jurisdição é uma atividade destinada a obter provas de que um sujeito cometeu um delito, até que essa prova tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado como tendo sido cometido e nenhum sujeito pode ser considerado culpado nem submetido à pena (FERRAJOLib, 2011, p. 549).

O princípio da presunção de inocência já era conhecido do Direito Romano, como o comprova o seguinte trecho do Digesto: **in multis rebus melius est nocentem absolvere quam innocentem damnare**. No entanto, durante a Baixa Idade Média, esse princípio foi esquecido e até invertido, tendo prevalecido o **princípio da culpabilidade**.

Foi reafirmado na Idade Moderna por influência de pensadores jusnaturalistas e iluministas, como HOBBS, PUFENDORF e BECCARIA, tendo sido inscrito, por sua influência, na Declaração de Direitos do Homem da Revolução Francesa de 1789 e considerado, por FRANCESCO DE CARRARA, como o postulado fundamental da ciência do Direito Processual e pressuposto de todas as demais garantias do processo (FERRAJOLib, 2011, p. 550).

Contudo, sua aceitação não foi unânime; sua validade e racionalidade foram contestadas por representantes da Escola Positiva italiana. Segundo GAROFALO, por exemplo, **aos que repetem a conhecida, vazia e absurda frase da presunção de inocência até a sentença definitiva, respondo que muitas vezes o juízo se antecipa e a condenação é pronunciada pelo Tribunal da opinião pública**. O que é corroborado por MANZINI que considerou o princípio da presunção de inocência **absurdamente paradoxal e irracional** (apud FERRAJOLib, 2011, p. 550)

Segundo FERNANDES (2012), o princípio da presunção de inocência tem dois sentidos:

- (I) um sentido restrito, vinculado ao ônus da prova. Em princípio, o indivíduo é inocente, cabendo ao Ministério Público ou ao querelante o ônus de provar o fato a ele imputado;
- (II) um sentido amplo que liga o ônus da prova à prisão. Se o indivíduo é em princípio inocente e somente pode ser considerado culpado após a sentença condenatória ter transitado em julgado, a prisão antes disso, para não configurar antecipação da pena, só deve ser decretada como medida cautelar, nos casos previstos em lei.

Como medida cautelar, a prisão tem de satisfazer dois requisitos:

- (I) **fumus boni juris** que, em direito processual penal, significa **fumus comissi delicti**, isto é, deve haver indício forte de que um delito foi cometido;
- (II) **periculum in mora** que, em direito processual penal, significa **periculum libertatis**, isto é, a liberdade do indiciado pode colocar em risco a investigação ou a instrução criminal (p. 291/2).

GILMAR (2007) lembra que o princípio da presunção da inocência já vinha sendo discutido antes da vigência da atual Constituição de 1988.

Com efeito, em 1976, o Supremo Tribunal Federal reformou decisão do Tribunal Superior Eleitoral que havia considerado norma constante de lei federal (Lei Complementar nº 5/1870, art. 1º, n) inconstitucional, por ferir o princípio da presunção de inocência. Entendeu o TSE que, embora o citado princípio não constasse explicitamente da declaração de direito da Constituição de 1967/69, estava inscrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XI.1, acima transcrito), pelo que, como princípio universal, havia sido incorporado à ordem constitucional brasileira por força do disposto no art. 36, & 36, da Constituição de 1967/79.

O STF entendeu, naquela época, que o citado princípio não integrava a ordem constitucional brasileira.

Atualmente, com a inserção desse princípio na declaração de direitos da Constituição de 1988, não mais se discute se ele se aplica à ordem constitucional brasileira, mas a sua extensão. Discute-se, por exemplo, se ele vai de encontro à prisão preventiva ou se é contrário à execução provisória da sentença condenatória (ROCHA, 1999).

O STF entendeu que a prisão preventiva não contraria o princípio da presunção de inocência, desde que não seja utilizada como antecipação de pena e seja decretada com fundamento no 312 do Código de Processo Penal (HC 82.903).

Quanto à execução provisória da sentença condenatória, de acordo com GILMAR (2007), a posição do STF tem variado. Inicialmente, a Corte Suprema entendeu que o princípio em causa não tinha valor absoluto. Este foi o entendimento, por exemplo, quando do julgamento do HC 72.366, em que a Corte entendeu que o art. 594 do Código de Processo Penal havia sido recepcionado pela Constituição, continuando válidas as exigências de o réu ser primário e de ter bons antecedentes para que possa apelar em liberdade.

Ainda de acordo com GILMAR (2007), essa orientação foi mantida no que se refere às leis especiais (Lei nº 8.012/90 – crimes hediondos -, Lei nº 9.034/95 – crime organizado – e Lei nº 9.613 – lavagem de dinheiro).

Alterada sua composição, o STF foi modificando sua posição com relação ao assunto. Assim é que, quando do julgamento da Reclamação nº 2.391/2003, decidiu pela inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 9.034/1995 e do art. 3º da Lei nº 9.613/98. No que se refere ao art. 9º da Lei nº 9.034/95 (o réu não poderá apelar em liberdade nos crimes previstos nesta Lei), este foi cassado por incompatível com o princípio da presunção de inocência, vez que havia uma antecipação de pena, não se aplicando o art. 594 do CPP por inconstitucional, igualmente. No

caso do art. 3º da Lei nº 9.613/98 (Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em casos de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade) decidiu-se pela inconstitucionalidade sem alteração de texto, impondo-se uma interpretação conforme à Constituição – isto é, o juiz poderá determinar a prisão preventiva com base no 312 do Código de Processo Penal.

IV - Princípio do juiz natural

Para alguns autores, o princípio do juiz natural teve origem na Magna Carta, de 1215, cláusula 39: **Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra.**

Já FERRAJOLI (2011) entende que tal princípio originou-se na **Petition of Rights**, de 1628, em que existe uma reclamação contra os juízes comissionados.

Na realidade, tal princípio é o ponto culminante da luta dos juízes, ingleses e franceses, contra a intromissão do rei na atividade jurisdicional. Muito embora os juízes reconhecessem que o rei é a **fons justitiae** (fonte de justiça), através da edição de lei, eles entendiam que a atividade concreta de julgar, isto é, de aplicar a lei aos casos concretos, cabia exclusivamente a juízes ordinários, sendo ilegítima toda a interferência real por intermédio de juizes comissionados ou extraordinários.

Ainda segundo o mesmo autor, o princípio do juiz natural significa três coisas:

- (I) a necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei e não constituído **post factum**;
- (II) a inderrogabilidade e a indisponibilidade das competências e
- (III) a proibição de juízes extraordinários e especiais (p. 589 e ss)

Esse princípio foi consagrado positivamente, pela primeira vez, na Constituição francesa de 1791 (tit. III, cap. V, art. 4º: **Les citoyens ne peuvent être distraits des juges que la loi leur assigne, par aucune comission, ni par d'autres atributions et évocations que celles qui sont déterminées par les lois** (os cidadãos não podem ser separados dos juízes que a lei lhes designa, por nenhuma comissão, nem por outras atribuições e avocações a não ser aquelas que são determinadas pelas leis).

De acordo com a Encyclopédie, de 1766, a expressão juiz natural significa o juiz dotado de competências legalmente estabelecidas, e é utilizada em oposição ao juiz comissionado ou extraordinário instituído **post factum**.

Normalmente, afirma-se que o princípio do juiz natural teria seu fundamento no art. 5º, LIII: **Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente**. Para TUCCI (2009), o princípio em questão encontra fundamento em três dispositivos constitucionais: o acima transcrito inciso LIII e os incisos XXXVII (**não haverá juízo ou tribunal de exceção**) e XXXVIII (**é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, [...]** (p. 99).

A doutrina tem enfatizado a diferença entre juízo ou tribunal de exceção e os juízos ou tribunais especiais. Aqueles são criados para julgamento de um fato determinado (**ad hoc**) e, geralmente, após o seu cometimento. Estes são criados para o julgamento de determinada matéria (causas eleitorais, trabalhistas, etc.) e são criados com antecedência por lei ou por norma constitucional.

Além disso, acrescenta TUCCI (2009), excetuam-se dessa vedação de juízo ou tribunal **ad hoc**, “as modificações de competência decorrentes de normas posterior e regularmente editadas, assim como as substituições previstas em lei, os desaforamentos, a prorrogação da competência, que não entram em colisão com a aludida garantia, desde que se realizem dentro do que estritamente consta da norma legal (p. 100).

V - Princípio da legalidade da prisão

Diz a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu art. IX: **Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.**

Todas as Constituições brasileiras o consignaram. Está previsto na Constituição de 1988. art. 5º, LXI: **Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.**

Esse princípio está ligado ao da presunção de inocência, que ora exclui totalmente a prisão provisória ou cautelar, ora a admite em certas e determinadas hipóteses.

Esse dilema entre princípio da presunção de inocência e a prisão provisória existiu em todas as épocas da civilização ocidental. Assim é que, enquanto em Roma a prisão provisória foi abolida em certa época e com exceções, na Idade Média foi adotada como prática normal no processo inquisitorial. Na Idade Moderna, foi condenada por juristas e filósofos vinculados a várias correntes, como BECCARIA, VOLTAIRE, DIDEROT, CONDORCET, BENTHAM, CONSTANT, CARRARA, etc.

HOBBS (1974) afirma que **os danos causados pela autoridade pública, sem condenação pública anterior, não devem ser classificados como penas, mas como atos hostis** (p. 190)

No entanto, nenhum deles excluiu completamente a hipótese da prisão provisória em certas e determinadas circunstâncias, como se pode ver no seguinte passo de BECCARIA (2011): **a rapidez do julgamento é justa também porque, sendo a perda da liberdade uma pena em si, esta somente deve preceder a condenação na exata medida em que a necessidade o exige** (p. 59).

Os motivos apresentados, isolada ou conjuntamente, para a admissão da prisão provisória, são o perigo de fuga do réu ou sua obstaculização do processo penal. No entanto, com o tempo, a essas

necessidades processuais foram acrescentados outros motivos estranhos ao processo, como a gravidade do delito, a periculosidade do réu ou a necessidade da segurança/defesa social motivada pelo risco de que este venha a cometer outros delitos ainda durante o processo.

Como observa FERNANDES (2012), o Direito Processual Penal, em sua evolução, oscila entre garantismo (conjunto de técnicas destinadas a preservar a liberdade individual frente à atividade repressiva do Estado) e eficiência da atividade repressiva do Estado.

No caso das prisões provisórias ou cautelares, está-se diante da preocupação com eficiência, vez que ambas visam essencialmente permitir o andamento normal do inquérito policial ou da instrução criminal.

De acordo com TUCCI (2009), provisória ou cautelar é a **prisão efetuada no transcorrer da persecução penal, precedentemente ao proferimento da sentença definitiva ou até que ela se torne irrecorrível** (p.256). É, portanto, uma exceção ao princípio da presunção de inocência, segundo o qual **ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória**.

Ainda de acordo com o autor mencionado, o direito processual brasileiro prevê as seguintes hipóteses de prisão provisória ou cautelar:

- a) **prisão em flagrante** - Código de Processo Penal – art. 302, I a IV;
- b) **prisão preventiva** – Código de Processo Penal – arts. 311 a 316;
- c) **prisão decorrente de ato decisório de pronúncia**, nos processos concernentes a crimes cujo julgamento é de competência do Tribunal do Júri – Código de Processo Penal – art. 413, & 3º);
- d) **prisão resultante de sentença condenatória recorrível** – Código de Processo Penal, art. 393, I);
- e) **prisão temporária** – Lei nº 7.960/89.

VI - Princípio da afiançabilidade do delito

É tutelado no art. 5º, LXVI: **Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.**

A liberdade provisória está vinculada à prisão provisória, acima comentada.

Preso o indivíduo provisória ou cautelarmente nas hipóteses previstas em lei, este poderá ser solto, também provisoriamente, respondendo ao processo em liberdade mediante o pagamento de fiança ou não, nos casos previstos no Código de Processo Penal – arts. 310, 321 e 322.

A fiança, consoante a lição de TUCCI (2009) é, ao mesmo tempo, uma caução assecuratória da liberdade provisória do acusado e uma garantia dos compromissos por este assumidos de cumprir as obrigações advindas de eventual condenação (p. 263).

A Constituição enumera as hipóteses de crimes inafiançáveis: Art. 5º, XLII (**a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, [...]; XLIV (constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático).**

No entanto, não reserva para si a prerrogativa de estabelecer crimes inafiançáveis, podendo o legislador ordinário também fazê-lo, como se depreende do disposto no inciso XLIII do art. 5º: **a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los, se omitiram** (ROCHA, 1999, p.67).

Por força do disposto do mandamento constitucional acima transcrito, o legislador ordinário baixou, por exemplo, as seguintes leis:

- Lei nº 8.072/90 – dispõe sobre os crimes hediondos, alterada pela Lei nº 9.695/98;
- Lei nº 7.716/89 – crimes resultantes de preconceitos;
- Lei nº 9.455/97 – crimes de tortura

VII - Princípio da comunicabilidade da prisão

Consta do art. 5º, LXII: A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ela indicada.

VIII - Princípio do júri

É a garantia de que o indivíduo será julgado por seu pares.

Surgiu no Direito inglês, constando da Magna Carta, de 1215, cláusula 20: **Um homem livre não será punido por um delito menor, a não ser segundo o grau do delito; por um delito grave a punição será também grave, mas sem prejuízo das prerrogativas inerentes à sua posição social; da mesma forma, um comerciante não será punido com prejuízo do exercício de sua profissão; assim também, um vilão não será punido com prejuízo de seu direito de cultivar a gleba, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das citadas penas será aplicada, a não ser mediante julgamento de homens probos da vizinhança.**

É repetido na **Petition of Rights**, de 1628, no **Habeas Corpus Act**, de 1679, e no **Bill of Rights**, de 1689.

A Constituição americana e a de alguns Estados-membros, fiéis à tradição anglo-saxônica, estenderam o júri a casos civis julgados com base no **common law**.

A Constituição de 1824 não mencionava o júri. O Código de Processo Criminal, de 1832, o previu e o organizou. A Constituição de 1891 limitou-se a dispor: **É mantida a instituição do júri (art. 72, & 31).**

A Constituição de 1934, embora tivesse deslocado o preceito para o capítulo referente ao Poder Judiciário, reproduziu os termos da Constituição de 1891, acrescentando **com a organização e as atribuições que lhe der a lei** (art. 72).

Não está previsto na Constituição de 1937, tendo sido regulamentado pelo Decreto-Lei nº. 167, de 1938, que lhe restringiu a soberania tradicional: ao tribunal superior assegurou-se o direito de reformar a sua decisão, alterando uma tradição desde o tempo do Carta Imperial, que assegurava a soberania do júri, podendo a instância superior apenas mandar proceder a novo julgamento.

As Constituições posteriores (1946, 1967/69) previram o júri, restaurando a sua soberania de decisão).

Consta do art. 5º, XXXVIII: **É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:**

- a) a plenitude da defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

6.3.2 Garantias criminais repressivas

São garantias de que o indivíduo, mesmo quando condenado, terá sua dignidade de pessoa humana respeitada pelo Estado, por ocasião da aplicação da pena e de sua execução.

I – Princípio da individualização da pena

Consta do art. 5º, XLVI: **A lei regulará a individualização da pena [...].**

A lei penal estabelece, para cada ilícito, uma pena mínima e uma pena máxima. Por exemplo, no caso do homicídio previsto no art. 121: pena – reclusão de seis a vinte anos.

Compete ao juiz, em cada caso concreto, levando em conta as suas condições, estabelecer a pena de cada condenado, que varia de 6 a 20 anos. A isso se dá o nome de individualização da pena.

De acordo com GILMAR (2007), discutiu-se no Supremo Tribunal Federal se essa norma – que contém uma garantia fundamental do condenado – se dirige exclusivamente ao juiz ou, também, ao legislador.

Travou-se essa discussão em torno da constitucionalidade de norma constante da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos. Especificamente discutia-se a constitucionalidade do & 1º do art. 2º que dispõe: A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

Em um primeiro momento, quando do julgamento do HC 69.657, de 18/06/1993, o STF entendeu que a norma constitucional se dirigia apenas ao juiz, concluindo pela constitucionalidade do & 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90.

A questão voltou a ser discutida no julgamento do HC 82.959, quando o STF teve ocasião de explicitar o conteúdo da garantia constitucional em tela:

- (I) a garantia aplica-se tanto na fixação da pena **in abstracto** pelo legislador como na fixação da pena **in concreto** pelo juiz;
- (II) e aplica-se também na fixação do regime de execução da pena tanto pelo legislador abstratamente quanto pelo juiz concretamente. Em consequência, a norma contida no dispositivo acima transcrito foi considerada inconstitucional.

II - Princípio da personalização da pena.

Garantia surgida das revoluções americana e francesa. Significa que a pena não poderá passar da pessoa do condenado.

Nos Estados antigos, os filhos e netos pagavam pelos crimes dos pais e avós com as penas de infâmia, confisco e incapacidade. Tal ocorria também no Direito Português das Ordenações, como no caso da condenação de Tiradentes.

As Constituições brasileiras, desde 1824, sempre o previram. Consta do art. 5º, XLV: **Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.**

III - Princípio da humanização da pena

Nos sistemas punitivos antigos, a pena era principalmente corporal: açoites, decapitação, queimação, mutilação, suplícios públicos, etc. Posteriormente, após intensa campanha de certos pensadores iluministas – BECCARIA, VOLTAIRE, MONTESQUIEU, etc, os Estados, após a Revolução Francesa, foram abolindo, paulatinamente, os castigos corporais, substituindo-os por penas privativas.

As penas modernas privam os indivíduos dos direitos fundamentais para cuja tutela foi criado o Estado, na concepção de LOCKE: vida, liberdade e propriedade. Priva-se o indivíduo da vida através da pena de morte; priva-se o indivíduo da liberdade através da prisão, temporária ou perpétua e o indivíduo é privado da propriedade através de penas pecuniárias (multas) ou de penas privativas do exercício de cidadania (exercício de função pública por x anos, por exemplo).

Isto se tornou uma regra geral, principalmente no mundo ocidental, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948, que dispõe no art. V: **Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.**

Esta regra é repetida no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, da ONU, de 1966, art. 7º: **Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. [...].**

No Brasil, essa orientação foi sendo seguida paulatinamente.

A Constituição de 1824 aboliu os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis (art. 179, XIX); a Constituição de 1891 aboliu as penas de galés, de banimento e de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra (art. 72, §§ 20 e 21); a Constituição de 1934 suprimiu ainda as penas de banimento, confisco e de caráter perpétuo e, quanto à pena de morte, ressalvou as disposições da legislação militar (art. 113, 29); a Constituição de 1937 não tratou do assunto; a Constituição de 1946 e a de 1967 repetiram os termos da de 1934; a Emenda Constitucional de 1969 previu a pena de morte e a prisão perpétua nos casos de guerra psicológica, revolucionária ou subversiva.

A Constituição de 1988, naturalmente influenciada pelas experiências traumatizantes da ditadura militar anterior, é quase redundante em sua preocupação com o tratamento humano a ser dado aos presos: art. 5º, XLIII – **a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura [...]; XLVII – não haverá penas:**

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- (e) cruéis; XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

IV - Princípio da irretroatividade da lei penal.

Consta de todas as Constituições brasileiras a partir de 1934. Está previsto no art. 5º, XL: **A lei penal não retroagirá, salvo em benefício do réu.**

Trata-se da proibição da decretação de lei **ex post facto**, princípio que consta da Constituição dos Estados Unidos (art. I, sec. 9, 3. - **No bill of attainder or ex post fact law shall be passed** – não serão aprovados atos legislativo condenatórios nem leis penais **ex post fact**).

De acordo com JOÃO MANGABEIRA (1934), a Suprema Corte dos Estados Unidos fixou o seguinte entendimento da expressão lei post fact: é a que incide num desses quatros casos:

- (1) torna passível de pena um fato não criminoso quando praticado;
- (2) agrava ou torna maior o crime do que na época da sua perpetração;
- (3) muda a pena e inflige uma punição maior do que a vigente no momento do crime;
- (4) altera as regras legais da prova e admite, para condenar o criminoso, menos ou diferente testemunho do que o exigido no tempo em que o crime foi cometido (p. 148).

Segundo FERRAJOLib (2011), este princípio é um corolário do princípio da legalidade, cuja formulação completa é a seguinte: *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali* (p. 381).

Princípio que é explicado por HOBBS da seguinte maneira: os danos infligidos por um ato praticado antes de haver uma lei que o proibisse não são penas, mas atos de hostilidade. Porque antes da lei não há transgressão da lei, e a pena supõe um ato julgado como transgressão de uma lei (p. 191).

6.3.3 Garantias processuais em geral

São garantias aplicáveis a todos os processos, cíveis, penais, administrativos, etc.

I - Independência do Poder Judiciário

É a primeira e mais importante de todas as garantias. Todas as outras garantias não teriam nenhuma valia se o juiz não fosse independente.

O fundamento da independência do juiz está no princípio da igualdade em direitos. Como os direitos fundamentais são de todos e de cada um, sua garantia exige um juiz imparcial e independente em relação aos poderes Executivo e Legislativo. A legitimidade de seu poder não está na lei, expressão da vontade da maioria, mas na intangibilidade dos direitos fundamentais, mesmo contra a decisão desta maioria, vez que esses direitos constituem o fundamento do Estado brasileiro (FERRAJOLI, 2010, p. 25/27).

A Constituição de 1988 criou vários instrumentos para tornar essa independência uma realidade. Podem-se citar os seguintes exemplos:

- (I) independência, administrativa, econômica e financeira do Poder Judiciário – art. 96;
- (II) concessão das prerrogativas de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio – art. 95.

II - Direito de acesso à Justiça

Previsto no art. 5º, XXXV – **a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.**

Garantia constitucional prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. X – **Todo homem tem direito, em plena**

igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres, ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que, em seu art. 14.1, praticamente repete o disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No Brasil, o direito de acesso à justiça constou, pela primeira vez, da Constituição de 1946 (art. 141, § 4º - **A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual**). A Constituição de 1967 prevê a mesma garantia no art. 150, § 4º, mas com as ressalvas constantes do art. 173.

Há, no preceito constitucional, um mandato para o legislador e uma garantia constitucional em favor do indivíduo.

Como mandato dirigido ao legislador, há uma proibição de que este decrete lei proibindo que o Judiciário aprecie ofensa ou ameaça de ofensa a direito do indivíduo ou proibindo que este leve ao conhecimento do Judiciário certas ofensas aos seus direitos praticadas pelo Estado. Não se deve esquecer que isso foi uma constante em várias ocasiões de rupturas constitucionais no Brasil.

São exemplos disso:

- Constituição de 1934 – art. 18 das Disposições Transitórias: **Ficam aprovados os atos do Governo Provisório, dos Interventores federais nos Estados e mais delegados do mesmo Governo, e excluída qualquer apreciação judiciária dos mesmos atos e dos seus efeitos.**
- Constituição de 1937 – art. 170
Durante o estado de emergência ou o estado de guerra, dos atos praticados em virtude deles não poderão conhecer os juízes e tribunais.
- Decreto-Lei nº 1.202 (Estatuto dos Interventores), de 8/4/1939
Art. 41 – parágrafo único – Dos atos praticados pelo interventor ou Governador, na conformidade deste artigo, não poderão conhecer os juízes e tribunais.

- Ato Institucional nº 1, de 9/4/1964
Art. 7º, & 4º – O controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como de sua conveniência e oportunidade.
- Ato Institucional nº 5, de 13/12/1968
Art. 11 – Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

Desse mandato negativo deduziu-se a garantia constitucional de acesso à Justiça.

BARCELLOS (2002) o inclui entre os direitos componentes do mínimo existencial, visto como de nada valeria uma declaração de direitos se o indivíduo não tivesse meios de fazê-los valer contra todos, inclusive contra o Estado. Essa é justamente uma das críticas formuladas por RUI BARBOSA contra a Constituição do Império.

Significa que qualquer indivíduo que se sentir lesado ou ameaçado de lesão aos seus direitos, poderá recorrer ao Judiciário para solucionar o conflito.

É evidente que não basta que o indivíduo tenha o direito de acesso aos órgãos do Poder Judiciário.

A lição é de CAPPELLETTI (1988): na vigência do **laissez-faire**, o direito de acesso à justiça era uma liberdade negativa – cabia ao indivíduo exercê-lo e ao Estado apenas garantir que os outros indivíduos não violassem esse direito. Posteriormente, principalmente no **Welfare State**, o acesso à justiça passou a ser direito à prestação.

É um dos mais essenciais direitos fundamentais pois que de sua efetividade depende a efetividade dos outros direitos fundamentais, principalmente no que se refere aos pobres.

Com efeito, para os pobres, o acesso à justiça tem apresentado uma série de problemas, impedindo-os que dele gozem em pé de igualdade com as camadas mais abastadas.

De acordo com CAPPELLETTI (1988) e SANTOS (1989), há uma série de obstáculos para que pessoas pobres acionem o Judiciário em defesa de seus direitos:

- (I) obstáculos econômicos – entrar com uma ação na Justiça é caro e é muito mais caro para as classes pobres, vez que o custo de uma ação é desproporcional para os cidadãos economicamente mais débeis. Pesquisas indicam que, em alguns países, o custo da ação aumentava à medida que baixava o valor da causa. Além da causa econômica em si, há a lentidão dos processos como mais um custo adicional;
- (II) obstáculos sociais e culturais – as pessoas de baixa renda, geralmente com nível educacional baixo, não têm noção de seus direitos nem do que fazer para reivindicá-los perante a justiça. Além disso, há o temor de acionar pessoas poderosas – empregadores, por exemplo – que poderão prejudicá-las futuramente.

Esses obstáculos se materializam em números: segundo pesquisa realizada por PIQUET, no Rio de Janeiro e em São Paulo, cerca de 70% da população daqueles Estados não tinham acesso à justiça civil, no ano de 1980 (LOPES, 1989, p. 134).

A Constituição bem compreendeu isso ao prescrever no art. 5º, LXXIV: **o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.**

Convém recordar que a Constituição de 1946, já previa igual garantia – art. 141 – **o poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.**

TUCCI (2009) divide essa assistência em duas categorias: financeira e técnica. A assistência financeira está prevista na Lei nº 1.060/50 que regulamentou o dispositivo da Constituição de 1946 e que não foi revogada com a promulgação da Constituição de 1988.

De acordo com o art. 3º da citada lei, a assistência judiciária compreende as seguintes isenções

- (I) **das taxas judiciárias;**
- (II) **dos emolumentos e custas;**
- (III) **das despesas com publicações indispensáveis na Imprensa Oficial;**
- (IV) **das indenizações devidas às testemunhas;**
- (V) **dos honorários de advogados e peritos;**
- (VI) **das despesas com a realização do exame de código genético (DNA) que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade.**

A assistência técnica é propiciada principalmente pela Defensoria Pública prevista no art. 134: **A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.**

III - Princípio da isonomia

Trata-se de aplicação específica do princípio geral da igualdade contido no **caput** do art. 5º.

O princípio da igualdade ou da isonomia, no campo do direito processual, significa:

- (I) **igual tratamento àqueles que se encontram na mesma posição no processo, no sentido de que deverá ser dado tratamento igual às pessoas que se encontram na posição, de autor, réu, testemunha, etc., só se justificando tratamento desigual em**

situações especiais, justamente para compensar deficiências físicas, psicológicas ou mesmo econômicas

- (II) nomeação de defensor público para pessoas que não podem arcar com as custas do processo;
- (II) igual tratamento para as partes que se encontram em posição distinta no processo. Autor e réu devem ter os mesmos direitos, ônus e deveres no processo, igualmente só se justificando tratamento desigual para compensar deficiências físicas, psicológicas ou econômicas de uma das partes (FERNANDES, 2012, p. 53 e ss).

Entretanto, a Constituição ou a lei ordinária prevêm exceções a este princípio:

- (I) foro privilegiado – a Constituição prevê vários tipos de foro privilegiado – o STF é o foro onde serão julgadas as infrações penais cometidas pelo Presidente da República, etc (art. 102, b);
- (II) prazos especiais para as ações onde é parte a Fazenda Pública, por exemplo.

IV - Direito à duração razoável do processo.

Foi incluído, no catálogo de direitos fundamentais do art. 5º, pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

V - Direito à publicidade do processo

Art. 93, IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de

nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público.

Art. 5º, LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

O princípio, pois, é a publicidade dos atos processuais, o sigilo a exceção. A própria Constituição estabelece uma exceção a esta regra geral: o sigilo das votações do tribunal do júri (art. 5º, XXXVIII, b). A Lei nº 6.368/76 (Lei de Tóxicos) previa outra exceção a esta regra geral, mas foi revogada pela Lei nº 11.343/2006.

GILMAR (2007) ensina que, enquanto na fase investigatória a regra é o sigilo, aplicando-se o disposto no art. 20 do Código de Processo Penal, tendo em vista a eficácia da investigação criminal, na fase acusatória a regra é a publicidade dos atos processuais (p. 487).

VI - Princípio da motivação da decisão judicial

A exigência de o juiz motivar a sua decisão já constava da lei ordinária.

O Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73), por exemplo, estabelecia a fundamentação como um dos requisitos da sentença.

Art. 458 – São requisitos essenciais da sentença: II – os fundamentos, em que os juiz analisará as questões de fato e de direito; [...].

A mesma exigência também consta do Código de Processo Penal.

Art. 381 - A sentença conterá:

I – a exposição sucinta da acusação e da defesa;

II – a indicação dos motivos de fato e de direito em que se funda a decisão;

IV – a indicação dos artigos de lei aplicados

V – os dispositivos [...]

Era uma garantia técnica do processo e tinha dois objetivos principais:

- (I) dar conhecimento às partes dos fundamentos da decisão judicial, dando-lhes meios para impugná-la ante os órgãos jurisdicionais superiores;
- (II) dar aos órgãos jurisdicionais superiores meios para o controle da decisão prolatada pela jurisdição inferior (FERNANDES, 2012, p. 139)

Com a Constituição de 1988, art. 93, IX, tal exigência passa a ser catalogada entre as garantias constitucionais do cidadão. De acordo com a doutrina, todas as decisões judiciais, definitivas ou interlocutórias, devem ser motivadas, exceção feita para as decisões do júri que, de acordo com o disposto no art. 5º, XXXVIII, b, devem ser sigilosas.

VII - Princípio do devido processo legal.

É garantia prevista no art. 5º, LIV – **ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.**

O princípio do devido processo legal originou-se no Direito inglês e já consta da cláusula 39 da Magna Carta, de 1215: **nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra.**

As expressões lei da terra (**per legem terrae**) e devido processo legal (**due process of law**) com o tempo passaram a ser usadas como sinônimas no Direito inglês.

Da Inglaterra o princípio do devido processo legal migrou para os Estados Unidos, em cuja Constituição consta das Emendas V e XIV:

Emenda V – Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra e mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade ou bens, sem o devido processo legal; [...].

Emenda XIV – Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte construiu dois conceitos do princípio do devido processo legal: adjetivo (procedimental) e substantivo.

O primeiro a ser construído foi o conceito procedimental do princípio do devido processo legal. Devido processo legal significa um conjunto de garantias processuais destinadas a propiciar um julgamento imparcial e justo.

Integram o devido processo legal: o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, o princípio do juiz natural, a proibição da apresentação de provadas obtidas ilicitamente, a publicidade dos atos judiciais, a imparcialidade, a fundamentação das decisões judiciais, etc. (TUCCI, 2009, p. 64/67).

Em 1803, a Suprema Corte dos Estados Unidos aplicou o princípio do devido processo legal, fora do âmbito puramente judicial, quando, no caso *Marbury vs Madison*, examinou a constitucionalidade de uma lei federal. Mas, ainda neste caso, o exame foi puramente procedimental:

a lei foi considerada inconstitucional porque o Congresso extrapolou de suas competências.

Em 1905, no caso *Lorchner vs New York*, a Suprema Corte americana considerou inconstitucional uma lei do Estado de Nova York que limitou em 10 horas a jornada do trabalho dos padeiros, sob a alegação de que dita legislação violava a liberdade de contrato entre empregados e empregadores.

Nessa hipótese, não se tratava de examinar se a lei fora feita com a observância do processo legislativo previsto na Constituição, mas entrava no exame da sua própria substância, bem como no mérito da decisão política do Poder Legislativo.

É o chamado devido processo legal substantivo.

A partir de então, a Suprema Corte dos Estados Unidos passou a examinar a constitucionalidade da legislação emanada dos Estados e do Congresso Nacional não só sob o aspecto formal (de cumprimento do processo legislativo), mas também sob o aspecto substantivo, verificando se a legislação violava algum direito, liberdade, prerrogativa ou interesse constitucionalmente protegido. A princípio, numa posição de radical defensora do liberalismo econômico, a Suprema Corte fulminou com a pecha de inconstitucional toda a lei, federal ou estadual, que, de algum modo, atingisse o direito de propriedade e a liberdade contratual, criando sérios obstáculos para a política do **New Deal** de Roosevelt. A partir de 1937, temperou essa sua posição radical, exigindo que a restrição aos direitos fundamentais fosse razoável, racional, proporcional aos benefícios colimados(*TRIBE*, 1992, p. 83 e ss).

No Brasil, a garantia do devido processo legal tem um caráter marcadamente processual, nada impedindo, no entanto, que assuma um caráter substantivo, podendo o juiz do caso concreto entender que a restrição a direito individual é desproporcional. Por isso que a Constituição de 1988 trata o devido processo legal como uma garantia processual (art. 5º, LIV).

Segundo MENDES (2007), a garantia do devido processo legal tem um caráter geral e compreende:

- (I) direito ao contraditório e à ampla defesa;
- (II) direito ao juiz natural;
- (III) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita;
- (IV) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica (p. 603).

No presente trabalho, já se tratou das garantias do juiz natural e da legalidade da prisão, pelo que serão enfocadas, apenas, as garantias do direito ao contraditório e à ampla defesa e o direito de não ser processado e condenado com base em prova ilícita.

VIII - Direito ao contraditório e à ampla defesa

Está previsto no art. 5º, LV: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

De acordo com MENDES (2007), o direito de defesa não se resume ao direito de manifestação no processo. O que o constituinte pretendeu assegurar foi o direito à tutela jurisdicional, que compreende:

- (I) direito de informação – obriga o julgador a informar à parte os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- (II) direito de manifestação – assegura às partes a possibilidade de manifestar-se, oralmente ou por escrito, sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- (III) direito de ver seus argumentos considerados pelo julgador (p. 524/5).

Outro elemento a ser levado em consideração, na exegese do dispositivo acima transcrito, é que a garantia se refere não apenas ao processo judicial, mas também ao processo administrativo de forma geral.

IX - Inadmissibilidade de prova ilícita no processo

De acordo com o disposto no art. 5º, LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

O problema da ilicitude das provas se coloca entre dois bens constitucionais: a ordem pública e os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X).

Visando à manutenção da ordem pública, o Estado tem o poder de empregar todos os meios necessários à identificação e prisão de criminosos, tanto no inquérito policial como na fase de instrução do processo penal.

Por outro lado, a Constituição diz expressamente que os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem são invioláveis.

Poder-se-ia pensar que, em caso de conflito entre esses dois bens, fosse possível empregar-se o princípio da proporcionalidade, ponderando qual desses bens deveria prevalecer em um determinado caso concreto.

Todavia, em que pesem opiniões divergentes, essa ponderação é impossível de ser feita pelo legislador ordinário e pelo juiz, porque a própria Constituição já o fez: a regra é que prepondera a inviolabilidade desses direitos e as exceções estão expressamente nela previstas (escuta telefônica, por exemplo)

Todas as provas, necessárias ao embasamento da acusação penal, devem ser obtidas de forma lícita (isto é, sem violação arbitrária da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem), sob pena de serem consideradas ilícitas e desentranhadas do processo.

O art. 157, **caput**, do Código de Processo Penal (com as modificações introduzidas pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008), define **provas ilícitas: são as obtidas em violação a normas constitucionais e legais.**

NUCCI (2011) esclarece que por norma legal deve-se entender não apenas a norma penal, mas também a norma processual penal (p.34).

O & 1º do art. 157 do CPP equipara à prova ilícita a prova derivada, isto é, a prova, obtida com observância das normas legais, mas que teve como fonte uma prova ilícita. Trata-se da doutrina dos frutos da árvore envenenada (**fruits of the poisonous tree**), de origem americana. Consoante essa doutrina, a ilicitude da prova original contamina todas as demais provas dela originadas.

Por exemplo, a prova documental, obtida com busca e apreensão autorizada pela Justiça, será considerada ilícita se teve como fonte uma escuta telefônica não autorizada pelo juiz. Mas o próprio dispositivo acima mencionada prevê duas exceções:

- (I) não será considerada ilícita a prova derivada se não houver um nexo de causalidade entre esta e a prova obtida mediante meios ilícitos. Por exemplo, houve escuta telefônica ilegal, mas a segunda prova foi obtida antes dela;
- (II) a prova derivada foi obtida de fonte independente, isto é, uma das fontes da prova derivada foi obtida de forma legal (art. 157, & 2º).

Concluindo: o & 3º do art. 157 determina o desentranhamento da prova ilícita do processo.

Há ainda a exceção da prova ilícita **pro reo**. Segundo a lição de GILMAR (2007): o devido processo legal atua, nesses casos, com dupla função: a de proibição de provas ilícitas e a de garantia da ampla defesa do acusado. [...]. A regra da inadmissibilidade de provas ilícitas não deve preponderar quando possa suprimir o exercício da ampla defesa pelo acusado,

sob pena de se produzir um verdadeiro paradoxo: a violação ao devido processo legal (ampla defesa) com fundamento de proteção do próprio devido processo legal (inadmissibilidade de provas ilícitas) (p. 606).

Há ainda quem faça a distinção entre prova ilícita produzida pelo Estado e prova ilícita produzida pelo particular. Segundo alguns somente a prova ilícita produzida pelo Estado seria inadmissível, visto como a regra inscrita no art. 5º, LVI se dirigiria apenas ao poder público. Essa distinção, no entanto, não tem sido aceita pelo Supremo Tribunal Federal, entendendo que a regra citada vincula Estado e particular.

Conexo ao princípio da inadmissibilidade da prova ilícita está o direito de o preso não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, como:

- (I) o direito de ficar calado no inquérito policial ou na inquirição judicial (art. 5º, LXIII);
- (II) o direito de não fornecer material gráfico, para comparação de assinatura, ou de material genético, para exame de DNA.

X - Princípio do duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição significa, simplesmente, que a decisão do juiz ou tribunal de instância inferior pode ser reexaminada por um tribunal de instância superior.

Em que pesem as objeções, é princípio aceito hoje pela maioria da doutrina com base nos seguintes argumentos:

- (I) os tribunais de segunda instância em diante, encarregados de fazer a revisão dos tribunais inferiores, são órgãos colegiados e formados por juízes mais experientes, o que dá maior segurança de que uma decisão sua será mais justa;
- (II) está comprovado que os juízes de primeira instância são mais cuidadosos em suas decisões quando da possibilidade de sua revisão por uma instância superior;
- (III) nenhum ato estatal pode ficar imune ao controle.

Não consta do texto da Constituição de 1988, mas muitos asseguraram tratar-se de garantia constitucional visto que prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969, promulgada pelo Decreto nº 678, de novembro do mesmo ano.

Com efeito, dispõe o art. 8º da citada Convenção:

Art. 8º. 2 – Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...] h – direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

No entanto, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, essa garantia não tem **status** constitucional. No RHC 79.785, julgado 29 de março de 2000, o STF, seguindo voto do relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, decidiu que o princípio do duplo grau de jurisdição não se constitui em uma garantia constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição tem supremacia sobre os tratados e convenções internacionais, mesmo quanto aos que tratam de direitos e garantias fundamentais. E mais: as hipóteses de recursos para órgão jurisdicional de hierarquia superior já estão devidamente previstos na própria Constituição.

6.3.4 Outras garantias constitucionais

I- Princípio da legalidade da Administração

Previsto no **caput** do art. 37 da Constituição, significa que o Estado-Administração não apenas só pode fazer o que estiver estabelecido em lei, mas também que, na execução de suas funções, deve seguir a forma e o processo por ela estabelecidos. No caso específico de privação ou restrição de do algum direito fundamental, significa que o devido processo legal deve ser seguido estritamente, conforme já se viu anteriormente.

II - Princípio da legalidade tributária.

Previsto no art. 150, I: Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

III - Princípio da estabilidade dos direitos subjetivos

Previsto no art. 5º, XXXVI: A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

É a aplicação do princípio da irretroatividade da lei à matéria civil. Por isso, foi inicialmente objeto de estudos e pesquisas de civilistas, só obtendo consagração constitucional recentemente.

Trata-se de um limite para a faculdade de legislar do Poder Legislativo.

De acordo com MELLO (1979):

A Lei nºva, ao entrar em vigor, encontra diferentes tipos de situações jurídicas, que assim se agrupam: (a) situações jurídicas iniciadas e findas antes da data de início da sua vigência (situações jurídicas pretéritas, integralmente consumadas); (b) situações jurídicas formadas antes da vigência da Lei nºva, mas cujos efeitos estão ainda se processando, pois perduram após a sua data (situações jurídicas pendentes, por iniciadas, mas não findas); (c) situações jurídicas em constituição e extinção, por dependentes de processamento complexo, uns anteriores, outros posteriores ao início da vigência da Lei nºva (situações jurídicas em curso de formação) (p. 300/1)

Quanto à primeira hipótese, não há nenhum problema, isto é, seus efeitos não se produzem além do tempo de sua vigência, pelo que não há possibilidade de conflito entre a Lei nºva e a antiga.

Nas duas últimas hipóteses, isto é, quando os efeitos da lei antiga se produzem já na vigência da Lei n^ova, a possibilidade de conflito é certa e tem provocado muito estudo e muita polêmica entre os juristas.

Para solucionar esses problemas, foram propostas, basicamente, duas teorias: teoria do direito adquirido (teoria subjetiva) e teoria da situação jurídica ou teoria do fato realizado (teoria objetiva).

MELLO (1979) faz um resumo do desenvolvimento dessas duas teorias.

A **teoria do direito adquirido** (teoria subjetiva) surgiu na França com o objetivo de dar interpretação do art. 2^o do Código Civil Napoleônico que dispunha que a lei dispõe para o futuro e não tem efeito retroativo.

Afirmava-se, então, que a Lei n^ova teria aplicação imediata a todas as situações jurídicas, exceto nas hipóteses de direito adquirido por convenção, expressa ou tácita, livremente pactuada e de acordo com os termos da lei em vigor, definindo-se direito adquirido como o que entrava no patrimônio do indivíduo, passando a fazer parte do seu domínio, e que não mais poderia ser retirado por quem dele o tinha havido (MELLO, 1979, p. 307).

Da França a teoria do direito adquirido migrou para a Alemanha, onde teve dois grandes defensores: LASSALE e SAVIGNY.

SAVIGNY, tratando da retroatividade das leis, faz a distinção entre: leis relativas à existência dos direitos e leis relativas à aquisição e perda dos direitos. As leis relativas à existência dos direitos são as que têm por objetivo o reconhecimento de institutos jurídicos, como o ser ou o modo de ser deles, isto é, como categorias jurídicas, antes da cogitação de sua aplicação aos indivíduos. Em outras palavras. São leis que dão conformação, que regulamentam os institutos jurídicos. No entender de SAVIGNY, estas leis não são direitos para os indivíduos, mas apenas expectativas de direitos, pelo que não se aplica a elas o princípio do direito adquirido

Já as leis relativas à aquisição e perda dos direitos são as que têm por objeto a aplicação desses institutos jurídicos a determinados indivíduos, mediante a criação de relação jurídica concreta (MELLO, 1979, p. 312). No entender de SAVIGNY, a Lei nºva não pode atingir as relações concretas, referentes ao direito do indivíduo. Em outras palavras, o legislador pode alterar ou mesmo extinguir o instituto da propriedade privada, não cabendo ao indivíduo prejudicado em sua expectativa nenhuma reclamação relativa a direito adquirido. Mas não pode alterar ou extinguir um contrato de aquisição ou de transferência de propriedade, feita na forma da lei anterior.

GABBA, jurista italiano, foi o último a dar uma contribuição importante para a teoria do direito adquirido. Segundo ele, direito adquirido é todo direito que é consequência de um fato idôneo para produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que o fato se realizou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da vigência da Lei nºva, e que entrou a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu nos termos da lei, sob cujo império ocorreu o fato do qual se originou (MELLO, 1979, p. 315/6).

Resumindo o pensamento de GABBA, ensina MELLO (1979) que o direito adquirido pressupõe:

- (I) acontecimento natural, ação humana ou ato voluntário, a que a lei atribua efeito jurídico;
- (II) relação jurídica concretizada na conformidade da lei e em virtude de um desses fatos idôneos;
- (III) integração ao patrimônio jurídico individual do adquirente (p. 216).

Contra a teoria do direito adquirido levantaram-se várias críticas, sendo as mais recorrentes:

- (I) a teoria não indica, em termos concretos, os casos em que há direito adquirido;

(II) há muitas situações em que se concretizou uma relação jurídica, feita de acordo com a lei em vigor, mas não ocorreu a incorporação do bem ao patrimônio do indivíduo beneficiado. E também nesta hipótese a Lei nºva não pode retroagir, anulando ou modificando a relação jurídica. É o caso, por exemplo, do testamento, feito na vigência da lei antiga e aberto na vigência de Lei nºva, que estabelece novas regras.

É verdade que os teóricos da teoria do direito adquirido já haviam previsto essa hipótese, acrescentando à teoria do direito adquirido a teoria do ato jurídico perfeito (p. 313)

A **teoria da situação jurídica** surgiu também na França, tendo rejeitado a expressão direito adquirido.

De acordo com BONNECASE, a situação jurídica constituída sob o império da lei antiga não é alcançada pela nova, ainda que sob a vigência desta produza os seus efeitos, porquanto se trata de efeitos futuros ligados a uma situação passada (MELLO, 1979, p. 320)

DUGUIT, aplicando a teoria da situação jurídica ao direito público, distingue:

- (I) situações jurídicas legais (decorrentes de lei); e
- (II) situações jurídicas individuais.

A situação jurídica legal ou objetiva é a que decorre diretamente da lei e rege indeterminadamente várias situações jurídicas equivalentes. É a situação dos proprietários e dos cônjuges, porque prescrita de forma igual para todo proprietário ou cônjuge.

A situação jurídica individual ou subjetiva resulta da manifestação individual da vontade, especial e determinada a cada um dos que a ela se sujeita. É a situação dos contratantes, que criam os seus regimes contratuais, com particularidades próprias, e afetam só as partes nela vinculadas (MELLO, 1979, p. 320).

De acordo com DUGUIT, a situação legal ou objetiva permanece enquanto não modificada pela lei, pode ser modificada pela Lei nºva sem que haja retroatividade. Já a situação individual ou subjetiva vige pelo prazo estabelecido pelas partes, não podendo ser atingida pela Lei nºva sob pena de ser retroativa (MELLO, 1979, p. 321).

Da França, a teoria objetiva migrou também para a Alemanha, tendo sido adotada pelos pandectistas, sob a denominação de **teoria do fato realizado**. Segundo eles, o que se devia procurar era se um fato havia sido realizado sob o império de certa lei, de modo a constituir uma situação jurídica que não podia ser alcançada retroativamente pela nova, sem qualquer cogitação de direito adquirido (MELLO, 1979, p. 323).

De acordo com MELLO (1979), os adeptos dessa teoria fazem a distinção entre retroatividade da lei e aplicação imediata da lei.

A Lei nºva tem aplicação imediata, desde que se torne obrigatória, mas não retroativa, isto é, não interfere com as situações jurídicas constituídas sob a lei anterior. Se não atinge fato realizado no passado, não há retroatividade e a lei se aplica imediatamente. Assim, a lei que abolir a escravidão ou a propriedade privada tem aplicação imediata, sem que haja retroatividade (p. 325)

A garantia do direito adquirido foi introduzida em nosso direito constitucional pela Constituição de 1934 (art. 113.3), tendo sido repetida por todas as outras Constituições posteriores, com exceção da de 1937.

De acordo com MOREIRA ALVES, em voto proferido na ADI 493 (MENDES, 2007, p. 446), a teoria subjetiva tem dominado em nossa tradição, como se depreende da redação do inciso XXXVI do art. 5º, acima transcrito, e do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil: **A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.**

A própria Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 6º, dá a definição de ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada.

§ 1º - Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º - Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º - Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Como se viu da exposição acima, tanto da teoria subjetiva quanto da teoria objetiva, a garantia do direito adquirido não se aplica às leis que regulamentam determinado instituto jurídico, como a propriedade, o casamento, a herança, a aposentadoria, o regime jurídico do servidor público, FGTS, etc.

Afirmou MOREIRA ALVES, no RE 94.020/81: não há direito adquirido a regime jurídico de um determinado instituto de direito. Quer isso dizer que se a Lei nºva modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (direito de propriedade, p.ex.), essa modificação se aplica de imediato.

Há que atentar para o fato de que, embora a garantia do direito adquirido também esteja prevista na Lei de Introdução ao Código Civil, esta é uma garantia constitucional, como tem afirmado reiteradamente o Supremo Tribunal Federal.

MENDES (2007) chama a atenção para a insuficiência do princípio do direito adquirido para proteger todas as posições jurídicas estabelecidas sob a égide de lei anterior. Como já mencionado, o STF tem afirmado, reiteradamente, que não há direito adquirido contra institutos ou estatutos. Nessa hipótese, para proteger essas situações – modificações na lei sobre propriedade, sobre herança, sobre regime jurídico de servidores públicos, etc., o prejudicado deve recorrer à proteção ao direito já constante do texto constitucional ou ao princípio da segurança jurídica (p. 472 e ss).

TÍTULO III

DIREITOS COLETIVOS

Grande parte da doutrina os denomina **direitos individuais de expressão coletiva**, porque são direitos atribuídos ao indivíduo que, para concretizá-los, necessita da participação de outros indivíduos.

São direitos ligados intimamente à liberdade de expressão. Os direitos coletivos tiveram seu reconhecimento constitucional e legal retardado por dois motivos, segundo RIVERO (1973): não pertenciam à tradição ideológica de 1789 e os governos temiam as facilidades que elas ofereciam às contestações.

a) Tradição ideológica de 1789

A Revolução de 1789 é essencialmente individualista. O liberalismo político condena a existência de corpos particulares que poderiam se interpor entre o indivíduo e coletividade total, falseando a expressão da vontade geral. O liberalismo econômico condena as coalizões que poderiam perturbar a economia de mercado, baseada no contrato individual e na livre concorrência. Assim é que os direitos coletivos – liberdade de reunião e liberdade de associação – não estão incluídos na Declaração de Direitos de 1789. A liberdade de reunião consta da Constituição de 1791, com bastantes restrições, e a liberdade de associação no domínio profissional é expressamente proibida pela Lei Le CHAPELIER de junho de 1791 (RIVERO, 1973, p. 327/8).

b) Temor dos governos

O certo é que os governos, durante o século XIX, temeram o poder da ação coletiva, tanto no domínio político, onde ela poderia

fornecer armas aos opositores, quanto no domínio econômico e social, onde a greve e o agrupamento profissional ameaçavam a onipotência do empresariado e o jogo da economia de mercado. Donde a proibição – salvo autorização prévia discricionária – das associações de mais de vinte pessoas, que se estende aos agrupamentos profissionais e aos sindicatos, de acordo com o art. 291 do Código Penal (RIVERO, 1973, p.328).

1.1 Considerações gerais

A liberdade de reunião é a menos incompatível com o individualismo de 1789. Por isso, embora não conste da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, já está prevista na Constituição Francesa de 1791, no Título I, (La Constitution garantit, comme droits naturels et civils: [...] **La liberté aux citoyens de s'assembler paisiblement et sans armes, en satisfaisant aux lois de police** (A Constituição garante, como direitos naturais e civis: [...] **A liberdade de se reunir pacificamente sem armas, obedecidas as leis de polícia**), no art. XX da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (**todo homem tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas**) e no art. 21 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966 (**O direito de reunião pacífica será reconhecido. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem o, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas**).

Consta do art. 5º, XVI: **Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.**

De acordo com a doutrina (RIVERO, 1973; COLLIARD, 1975), uma reunião é

- Um encontro de pessoas – a reunião se define, em primeiro lugar, pela pluralidade de participantes (elemento subjetivo);

- Um encontro limitado no tempo – o elemento tempo é essencial para a sua definição. Por ser um encontro limitado no tempo, ela se aproxima da manifestação e da greve e se distingue da associação (elemento temporal);
- Um encontro tendo um fim – é um encontro tendo um fim, um objeto determinado que une os participantes e este fim é uma troca de opiniões, a expressão de um pensamento. Nisso ela se distingue das aglomerações ocasionais, como os curiosos nas praças ou nas ruas, ao surgir um fato que chama a atenção, os convidados de uma festa, o auditório de um concerto, os espectadores no teatro ou no cinema (elemento teleológico);
- Um encontro pacífico, sem armas, como determina a Constituição. Reunião não-pacífica é aquela na qual todos os participantes ou a grande maioria deles põem, com seus atos, em perigo pessoas e bens (MENDES, 2007, p. 385). Por arma, deve-se entender não somente a arma de fogo, mas também a chamada arma branca (faca, canivete, etc.), bem como até instrumentos que, tendo desvirtuada sua finalidade, podem causar danos às pessoas ou aos seus bens (bastões de baseball, produtos químicos, etc);
- Um encontro para fins lícitos. Muito embora não conste da Constituição, é claro que a proteção é destinada somente às reuniões que tenham fins lícitos;
- Um encontro realizado em local fechado ou cercado. Nisso a reunião se distingue das manifestações de rua, das greves, etc.

Há reunião pública e reunião privada. O que distingue a reunião pública da reunião privada não é apenas o local (privado) onde se realiza, mas o modo de acesso a ela. Da reunião privada somente participam pessoas nominalmente convidadas pelos organizadores. Reunião pública é essencialmente: reunião em local aberto ao público como o diz o art. 5º, XVI (RIVERO, 1973; COLLIARD, 1975).

Na primeira – reunião privada -, não há necessidade de aviso prévio à autoridade competente. Já na reunião pública, deve-se comunicar previamente à autoridade competente, a fim de que a realização de uma reunião não frustre a realização de outra, anteriormente convocada para o mesmo local.

A doutrina francesa (RIVERO, 1973; COLLIARD, 1975) faz a distinção entre reunião e outros tipos de agrupamentos como cortejos, passeatas, desfiles, etc, baseando a distinção na mobilidade destes, utilizando uma via pública, e na imobilidade daquela, geralmente realizada em um recinto.

Essa distinção não é feita no Brasil, tanto pela doutrina como na jurisprudência, baseando-se no fato de que esses vários tipos de agrupamentos são instrumentos da liberdade de expressão do pensamento

“A reunião deverá ser realizada em local delimitado, em área certa, mesmo que seja um percurso móvel, desde que predeterminada. Assim, as passeatas, os comícios, os desfiles estão englobados no direito de reunião, sujeitando-se, tão somente, aos requisitos constitucionais, da mesma forma que os cortejos e banquetes com índole política (MORAES, 2011, p. 188).

A liberdade de reunião pode sofrer restrições na vigência do estado de defesa (art, 136, § 1º, I, a) e do estado de sítio (art. 139, IV).

Foi fortemente combatida pelo individualismo surgido da Revolução Francesa de 1789, sendo considerada crime, pelo Código Penal Francês, toda associação com mais de vinte pessoas, sem autorização governamental.

Na França, só foi consagrada com a lei de 1º de julho de 1901 e só obteve consagração constitucional com a Constituição de 1946.

Consta do art. XX da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: **1. Todo homem tem o direito à liberdade de reunião e associação pacíficas. 2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.** Consta também do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966 (art. 22, **1. Toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de constituir sindicatos e de a eles filiar-se, para proteção de seus interesses**)..

Nem a liberdade de reunião, nem a liberdade de associação constavam da Constituição de 1824. A Constituição de 1891 dedicou um dispositivo tutelando a liberdade de reunião e a liberdade de associação (art. 72, § 8: **A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia, senão para manter a ordem pública**). A partir da Constituição de 1934, as duas liberdades foram objeto de dois dispositivos constitucionais distintos.

Consta do art. 5º da Constituição de 1988:

XVII – É plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter militar;

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

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

RIVERO (1973) aponta os seguintes traços distintivos da associação:

- contrastando com o caráter informal da reunião, a associação é uma instituição formada por um contrato;
- decorrente de seu caráter contratual, a associação tem uma pluralidade de participantes;
- diferindo das aglomerações fortuitas e das reuniões, a associação tem um caráter permanente;
- e diferindo ainda das aglomerações fortuitas, a associação tem um fim institucional (p. 356 e ss).

De acordo com o dispositivo constitucional acima transcrito, a associação não pode ter caráter paramilitar, nem fim ilícito.

Para SILVA (2005), na liberdade de associação estão implícitos:

- (I) o direito de criar associação (e cooperativas), que independe de autorização governamental;
- (II) o direito de aderir a uma associação, ninguém podendo ser obrigado a fazê-lo;
- (III) o direito de desligar-se da associação, não sendo ninguém obrigado a continuar em uma associação contra sua vontade;
- (IV) direito de a associação dissolver-se espontaneamente (p. 267).

E ainda segundo SILVA, a Constituição prevê duas garantias para a liberdade de associação:

- vedação a toda interferência estatal no funcionamento das associações;
- as associações só podem ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, que a decisão tenha transitado em julgado (p. 267).

TÍTULO IV DIREITOS SOCIAIS

1. Considerações gerais

São os direitos da 2ª Geração/Dimensão, direitos a prestações, direitos de crédito.

Uma das grandes inovações da Constituição de 1988 foi a inclusão dos direitos sociais no catálogo dos direitos fundamentais constante do Título II. Nas constituições brasileiras anteriores esses direitos estavam localizados, geralmente, no capítulo dedicado à Ordem Econômica ou à Ordem Social.

Constam do art. XX da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948: **Todo indivíduo, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, 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.**

No art. XXV, a Declaração explicita o que ela entende por segurança social e realização de esforços tendentes a assegurar a dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade: **Todo ser humano 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 em circunstâncias fora de seu controle.**

De acordo com WILDE (2007), esse dispositivo é introdutório à parte da Declaração dedicada aos direitos econômicos, sociais e

culturais, sinalizando a importância emprestada pelos redatores a esses direitos, bem como afirmando a unidade do sistema de direitos fundamentais. Os direitos sociais não são um tipo de direitos à parte, mas, ao contrário, fazem parte de um único sistema de direitos fundamentais, como o explicita a Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993: **Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de modo justo e equitativo, com o mesmo fundamento e a mesma ênfase. Levando em conta a importância das particularidades nacionais e regionais, bem como os diferentes elementos de base históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais.**

A Constituição de 1988, ao incorporar os direitos sociais no catálogo dos direitos fundamentais (**art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição**), sinaliza, da mesma maneira, a importância emprestada aos direitos sociais pelo constituinte e afirma, de modo peremptório, que não existem dois tipos diferentes de direitos fundamentais (uns direitos de primeira categoria – os direitos civis e políticos – e uns direitos de segunda categoria – os direitos sociais), mas, apenas, um único sistema de direitos fundamentais.

2. Definição de Direitos Sociais

Há muitas definições de direitos sociais. Para alguns autores, os direitos sociais seriam apenas os direitos dos trabalhadores, os direitos trabalhistas; outros autores colocam, sob a denominação de direitos sociais, os direitos dos trabalhadores e os direitos de prestação. No presente trabalho, são considerados direitos sociais apenas os direitos a

prestações, conforme a seguinte definição de ALEXY (2002): são direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que, se o indivíduo possuísse recursos financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente, poderia obtê-lo também dos particulares (p.482).

Na mesma linha é a definição de SANCHIS (1998): Assim pois por direitos sociais entendemos apenas direitos prestacionais em sentido estrito, isto é, aqueles cujo conteúdo obrigacional consiste em dar bens ou proporcionar serviços que, em princípio, o sujeito titular poderia obter no mercado se tivesse meios suficientes para isso (p. 81).

3. Aspectos específicos dos Direitos Sociais

De acordo com SANCHIS (1998, p. 73/79), os direitos sociais, como direitos prestacionais, têm alguns ou todos os seguintes traços distintivos:

(a) Direitos e instituições

Os direitos civis e políticos podem ser concebidos fora do Estado. Aliás, de acordo com a concepção liberal clássica, esses são direitos anteriores ao Estado, que é instituído justamente para garanti-los.

Já os direitos sociais não podem ser concebidos fora do Estado. A simples definição de seu catálogo e de seu conteúdo pressupõe um processo de discussão inimaginável fora da instituição estatal, pois depende do nível de desenvolvimento e dos recursos de cada país, bem como de uma prévia decisão acerca da repartição dos recursos e dos encargos sociais.

b) Direitos sociais como direitos prestacionais.

O traço definidor dos direitos sociais é o conteúdo da obrigação.

Com efeito, aos direitos civis corresponde, em princípio, uma obrigação de caráter negativo: uma abstenção, uma omissão, um não-fazer, enquanto aos direitos sociais corresponde, em princípio, uma obrigação de caráter positivo: uma prestação, um dar ou um fazer.

Convém, no entanto, atentar para o caráter específico dessa prestação. Segundo ALEXY (2002), todo direito a um ato positivo, a uma ação do Estado, é um direito a prestações. [...]. A escala das ações positivas do Estado que podem ser objeto de um direito a prestações se estende desde a proteção do cidadão frente a outros cidadãos, através de normas do direito penal, passando pela edição de normas de organização e procedimento, até prestações em dinheiro e em bens (p. 427).

É nesse último sentido que aqui se está empregando a expressão direitos sociais.

(c) Titularidade dos direitos sociais

Os direitos civis e políticos são direitos universais, no sentido de que seus titulares são todos os homens, sem consideração de condição social. Ou, na concepção liberal clássica: são direitos do homem pelo simples fato de ser homem, de pertencer à humanidade.

Já o titular dos direitos sociais é o homem concreto, o homem situado, especificado em uma determinada condição social: o trabalhador, a criança, o idoso, aquele que necessita da assistência, etc.

(d) Direitos sociais como direitos de igualdade

Os direitos sociais são direitos de igualdade, não de uma igualdade formal, que tem como objetivo defender o homem contra uma indevida discriminação normativa, mas de uma igualdade material, que visa a dotar o homem de um regime jurídico diferenciado, tendo em vista uma desigualdade de fato.

(e) O caráter da obrigação

Aos direitos civis e políticos corresponde, em princípio, um dever, uma obrigação de caráter negativo de abstenção, de omissão, de não fazer, uma regra primária de comportamento que tem um sujeito obrigado universal.

Aos direitos sociais corresponde, além de um dever, isto é, uma norma primária de comportamento, um feixe de normas secundárias de organização e procedimento, que se interpõem entre o direito e a obrigação.

Por causa disso, os direitos civis e políticos geram sempre uma relação jurídica simples, em que os indivíduos conhecem perfeitamente em que consistem seus direitos e deveres recíprocos, ao passo que os direitos sociais geram relações jurídicas complexas, vez que

requerem um prévio emaranhado de normas de organização, carentes de exigibilidade imediata, que, por sua vez, geram uma multiplicidade de obrigações jurídicas de distintos sujeitos, cujo cumprimento é necessário para a perfeita satisfação do direito social.

(f) A dimensão subjetiva e objetiva dos direitos

Por isso, a dimensão subjetiva tende a predominar nos direitos civis e políticos e só uma longa tradição de reconhecimento e de exercício permitiu delimitar, neles, normas objetivas e pautas de interpretação que irão influenciar na interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Já nos direitos sociais predomina a dimensão objetiva, vez que aparecem como desenvolvimento e exigências do Estado Social e só mais tarde e com muita dificuldade passam a ser articulados como direitos subjetivos.

4. Natureza jurídica dos Direitos Sociais

Apesar de a Constituição de 1988 haver incluído os direitos sociais entre os direitos fundamentais, ainda hoje se discute a sua natureza jurídica (OLSEN, 2008).

Discute-se se esses direitos são verdadeiros direitos subjetivos e, como tais, reivindicáveis perante os tribunais ou se se trata de simples expectativas de direitos. Ou, em outras palavras, se a eles se aplica o disposto no art. 5º, & 1º (as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata) e, em caso afirmativo, em que medida.

4.1 A eficácia das normas consagradoras dos direitos a prestações materiais, enquanto regras

Em primeiro lugar, convém relembrar a distinção proposta por SARLETA (2003), entre **direitos a prestações materiais originários e direitos a prestações materiais derivados**. Os primeiros, na definição do mencionado autor, seriam aqueles que poderiam ser usufruídos pelo seu titular a partir da norma constitucional, enquanto os direitos derivados seriam aqueles cuja eficácia estaria dependente da intervenção do legislador ordinário (p. 288).

Essa distinção é importante porque a questão da eficácia dos direitos sociais está restrita aos direitos a prestações originários, ou melhor, à eficácia das normas declaratórias dos direitos sociais, tomadas como regras.

Discutiu-se se as normas constitucionais declaratórias de direitos sociais a prestações seriam **normas de eficácia direta e imediata**, a elas aplicando-se o disposto no & 1º do art. 5º.

A este respeito, há várias posições:

- a) Negou-se a aplicação do dispositivo acima mencionado, alegando-se que os direitos sociais prestacionais, além do limite do mínimo existencial, não seriam verdadeiros direitos fundamentais. É a posição de TORRES (2001):

“Os direitos sociais e econômicos estremam-se da problemática dos direitos do **status negativus**, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia erga omnes e se subordinam à ideia de justiça social. Revestem eles, na Constituição, a forma de princípios de justiça, de normas programáticas ou de **policy**, sujeitos sempre à **interpositio legislatoris**, especificamente na via do orçamento público, que é o documento de quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados.

Esses direitos às vezes aparecem, principalmente na doutrina alemã, sob a denominação de **direitos fundamentais sociais**, em virtude de sua constitucionalização, principalmente através da cláusula do Estado Social; mas, segundo a maior parte dos autores germânicos que a adotam, subordinam-se à justiça social, encontram-se sob a reserva do possível e constituem meras diretrizes para o Estado, pelo que não se confundem com os direitos da liberdade nem com o mínimo existencial.

A Constituição de 1988 abre, no Título II, **dedicado aos direitos e garantias fundamentais**, o capítulo II, que disciplina os direitos sociais (arts. 6º a 11), separando-os, entretanto, dos direitos individuais e coletivos, de que trata Capítulo I (art. 5º); o só critério topográfico não autoriza a assimilação dos direitos sociais pelos fundamentais (p.282|3).

- (b) Há ainda quem negue a imediata eficácia das normas consagradoras dos direitos sociais prestacionais, fundando-se justamente no critério topográfico. É o caso de GEBRAN NETO (2002):

“A melhor interpretação da expressão **direitos e garantias fundamentais**, contida na regra em exame deve orientar-se pela **incidência da aplicação imediata apenas ao art. 5º e seus incisos**, restringindo seu alcance. É o caso típico de interpretação restritiva, porque o legislador constituinte, ao positivizar seu pensamento, disse mais do que o pretendido (158).

- (c) Outros fundam sua negativa na estrutura das normas que consagram os direitos sociais prestacionais. Esses direitos são positivados por meio de normas programáticas. SILVA (1998), como se viu anteriormente, classifica as normas constitucionais em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata e integral, normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata mas não integral e normas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata e reduzida. Segundo o autor citado, as normas declaratórias de princípio programático (normas programáticas), entre as quais ele coloca os direitos sociais, são normas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata e reduzida.

E isto, consoante o entendimento geral, porque o objeto de proteção dessas normas está positivado através de termos gerais e indeterminados, necessitando de lei posterior para determiná-lo com precisão. No caso específico dos direitos sociais prestacionais – direito à educação, direito à saúde, etc – a prestação – educação, saúde – está positivada em termos muito genéricos, impossibilitando sua efetivação pelos órgãos administrativos ou pelo Judiciário, antes da intervenção do legislador ordinário que especificará, por exemplo, que tipo de educação será prestada a quem, como, onde, quando, com que recursos, etc.

- (d) Uma outra objeção ao reconhecimento dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais, a que se aplicaria o disposto no art. 5º, & 1º, estaria no alto custo de sua implementação. Explica-se: enquanto os clássicos direitos

de liberdade exigiriam apenas uma abstenção do Estado e, portanto, nenhum custo na sua aplicação, os direitos sociais que prevêm uma prestação material, na forma de serviços ou de dinheiro, implicariam sempre o dispêndio de vultosos recursos na sua efetivação. A efetivação dos direitos sociais constariam sempre de leis de políticas públicas, que definiriam que órgãos forneceriam que prestação através de que instrumentos e com que recursos. A definição dessas políticas públicas foge da competência do Poder Judiciário, competindo aos órgãos políticos do Estado, o Legislativo e o Executivo

- (e) Finalmente, uma outra objeção ligada à anterior: os direitos sociais não são justiciáveis. Em caso de omissão do Poder Executivo em fornecer a prestação, objeto do direito social (tratamento médico, educação, etc), não cabe ao indivíduo pleiteá-la ao Judiciário através de ação, baseando-se exclusivamente no disposto na Constituição. Nem cabe ao Juiz suprir a omissão dos órgãos políticos: (a) atendendo ao pleito individual, fornecendo-lhe a prestação solicitada; (b) baixando regulamentação específica com caráter geral, aplicando-se a todos os casos da mesma natureza. E isso porque a destinação de recursos orçamentários é da competência dos órgãos políticos do Estado – Legislativo e Executivo.

BARROSO (2000) aponta duas razões para a dificuldade em se reconhecer os direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais, plenamente acionáveis:

- (I) uma de natureza ideológica – os direitos individuais e políticos cristalizavam as diretrizes do liberalismo, que se impôs sobre as forças derrotadas da nobreza e da aristocracia;

(II) e outra de natureza político- econômica – enquanto os direitos individuais e políticos normalmente exigem do Estado apenas uma atitude de abstenção, não implicando uma aplicação de recursos – financeiros, humanos e técnicos - a efetivação dos direitos sociais implica sempre a aplicação de recursos financeiros, humanos e técnicos (p. 107).

Há, na doutrina, várias contestações às afirmações acima citadas:

I- O disposto no art.5º, 1º não se aplicaria aos direitos sociais.

De acordo com SARLET (2003), a natureza jurídica dos direitos não pode ser determinada pela sua situação topográfica:

Neste sentido, percebe-se, desde logo, que o Constituinte não pretendeu, com certeza, excluir do âmbito do art. 5º, & 1º, de nossa Carta, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais, cuja 390fundamentalidade – pelo menos no sentido formal – parece inquestionável (SARLET, 2003, p. 248).

II - os direitos sociais são normas positivadas por intermédio de normas programáticas que, por sua própria natureza de norma aberta, não permitem sua aplicação imediata pelo Executivo nem pelo Judiciário.

Ou, em outras palavras, os direitos sociais prestacionais não seriam verdadeiros direitos porque não dispõem de garantias jurisdicionais.

Para FERRAJOLI (2010), essa negação decorre da identificação entre direito subjetivo e garantia, identificação que se deve a KELSEN (p. 59).

Para KELSEN (1976), o direito subjetivo seria apenas o reflexo de uma obrigação legal: **esta situação, designada como direito ou pretensão de um indivíduo, não é, porém, outra coisa senão o dever do outro ou dos outros. Se, neste caso, se fala de um direito subjetivo ou de uma pretensão de um indivíduo, como se este direito ou esta**

pretensão fosse algo de diverso do dever do outro (...), cria-se a aparência de duas situações juridicamente relevantes onde só existe uma (p. 186).

É como se houvesse uma relação natural entre direito e garantia, no sentido de que se houver uma terá de haver a outra.

Ainda segundo FERRAJOLI (2010), esse modelo teórico de KELSEN tem como paradigma os direitos patrimoniais (p.62), onde direitos e obrigações nascem de um único ato negocial, de um contrato, obscurecendo-se que ambos são pressupostos por uma lei (o Código Civil, por exemplo).

No entanto, ainda seguindo os ensinamentos de FERRAJOLI (2010), impõe-se a distinção entre direito subjetivo e garantia. Um direito subjetivo é uma expectativa positiva (de prestação) ou negativa (uma proibição). Já a garantia é uma obrigação de fazer (uma prestação) ou uma obrigação de não-fazer (uma proibição) (p.59).

Essa diferença entre essas duas categorias pode ser percebida perfeitamente nos direitos fundamentais, tanto nos direitos de liberdade, como nos direitos sociais. Tanto o direito subjetivo, como sua respectiva garantia, são estabelecidos por normas jurídicas, às vezes diferentes. Assim, no caso do direito à vida, este está previsto na Constituição, enquanto sua principal garantia está contida no Direito Penal. A inexistência de uma garantia de um direito fundamental não implica na inexistência do direito fundamental. E isso se aplica tanto aos direitos de liberdade como aos direitos sociais. O que existe é uma lacuna legal, que deve ser preenchida pelo legislador.

É claro que o direito, desprovido de garantia, é um direito apenas no papel, que não pode ser reivindicado judicialmente, mas não se pode afirmar, como o faz SANCHIS (1998), que não são verdadeiros direitos, direitos diminuídos ou em formação (p. 97).

O que é certo é que a ciência do direito ainda não foi capaz de elaborar, para os direitos sociais, formas de garantias comparáveis em

eficácia e simplicidade às dos direitos de liberdade e de autonomia privada. Os direitos de liberdade e de autonomia privada têm como garantia primária a proibição de sua violação. Contra a violação dessa garantia, desse dever, há um mecanismo simples e eficaz: sua anulação pela justiça.

Já no caso dos direitos sociais, há dois problemas:

- (I) a norma constitucional nem sempre explicita a correspondente garantia primária – a obrigação de fazer, a prestação a ser fornecida a alguém;
- (II) geralmente o ordenamento jurídico do Estado Social não prevê uma garantia secundária, uma ação para se reivindicar esse direito perante a justiça.

Mas isso não implica, logicamente, a inexistência do direito, mas simplesmente a existência de uma lacuna, que deve ser preenchida pelo legislador.

III - O provimento das prestações contidas nos direitos sociais - educação, saúde, assistência, etc – implica na alocação prévia de recursos – financeiros, materiais e humanos.

Isso quer dizer, que os serviços de educação, saúde, assistência, etc. não podem ser atendidos por decisão unilateral do Executivo ou do Judiciário, a partir da norma constitucional positivadora dos respectivos direitos. Eles dependem de lei regulamentadora do Legislativo, de regulamento administrativo do Executivo - que definem que tipo de prestação será fornecida a quem, por quem, quando e como. Dependem da criação de órgãos específicos e da alocação de recursos materiais e humanos – funcionários especializados e de apoio administrativo, etc. E dependem, principalmente, de alocação de recursos financeiros feita por lei orçamentária elaborada em conjunto pelo Legislativo e Executivo.

HOLMES e SUNSTEIN (1999) contestam que esta seja uma característica exclusiva dos direitos sociais. Pertencem a todos os direitos fundamentais. Os chamados direitos da primeira geração também dependem, para sua efetivação, de leis regulamentadoras (veja-se o caso do direito de propriedade, por exemplo), da alocação de recursos materiais e humanos para sua defesa e garantia – criação de órgãos policiais, de tribunais, de órgãos do Ministério Público, bem como da admissão, treinamento e pagamento de policiais e peritos, de juízes, promotores e outros funcionários de apoio judicial. E também necessitam de muito dinheiro para custear tudo isso. Por isso consideram a distinção entre direitos negativos – as liberdades do Estado de Direito liberal, que prevêm simplesmente uma abstenção do Estado – e os direitos econômicos, sociais e culturais – os direitos do **Welfare State** que prevêm uma prestação do Estado – um engodo (**Lure**).

A tese central do seu livro – *The Cost of Rights* (1999) – é que todo direito fundamental custa dinheiro. O livro se inicia com a narrativa de um incêndio em um bairro rico de Nova York. O incêndio foi dominado, mas custou entre um milhão e cem mil dólares a dois mil e novecentos dólares, de recursos orçamentários.

De acordo com os autores, nenhum direito fundamental é auto-aplicável. Todos dependem da atuação do Estado, ou porque necessitam de regulamentação para serem aplicados (veja-se o direito de propriedade), ou porque necessitam da atuação do Estado para a sua efetiva garantia através da polícia, do Ministério Público ou do Judiciário, ou porque necessitam da atuação do Estado através do fornecimento da prestação material. E tudo isso custa muito dinheiro do contribuinte. Veja-se o seguinte trecho da sua conclusão, em tradução livre:

“Os direitos dos Americanos nem são presentes divinos, nem frutos da natureza; não são auto-aplicáveis e não podem ser protegidos com segurança quando o governo é insolvente e incapacitado; não precisam ser uma receita

para o egoísmo irresponsável; não implicam que os indivíduos podem garantir sua liberdade pessoal sem cooperação social e não são exigências sem compromisso.

Uma abordagem mais adequada dos direitos tem uma premissa irresistivelmente simples: as liberdades privadas têm custos públicos. Isso é verdade não apenas de direitos à Seguridade Social, Serviços Médicos, tíquetes alimentação, mas também de direitos à propriedade privada, liberdade de expressão, imunidade contra o abuso policial, liberdade contratual, finalmente de toda panóplia de direitos característicos da tradição americana.[...].

Tomar a sério os custos orçamentários de todos os direitos significa perder numerosas convicções estabelecidas sobre a natureza do liberalismo americano. Os impostos devem ser cobrados antes que os direitos sejam garantidos com segurança e implica acima de tudo que as liberdades dos indivíduos são mais dependentes dos esforços comuns da comunidade do que é admitido comumente. Que todos os direitos requerem que funcionários cobrem impostos e os apliquem demonstram a ilusão da excessivamente usada distinção entre direitos positivos e negativos (p.220/1).

IV - A efetiva garantia dos direitos sociais dependem de recursos escassos.

Isso quer dizer: as demandas individuais de direitos, dirigidas ao Executivo ou ao Judiciário, só podem ser atendidas depois que houver lei regulamentadora definindo que tipo de prestação será fornecida a quem, como, quando, etc. E, principalmente depois que houver lei orçamentária, alocando recursos com essa finalidade.

Os recursos financeiros são escassos em todos os países, principalmente nos países subdesenvolvidos, e a decisão de aplicá-los em determinada área depende de decisão dos órgãos políticos da sociedade – Legislativo e do Executivo que ponderam quais interesses da sociedade devem ser atendidos com prioridade.

Ora, segundo os autores citados, isso é verdade mas não se aplica exclusivamente aos direitos sociais, mas a todos os direitos fundamentais.

“Como as leis em geral, os direitos são invenções institucionais através das quais as sociedades tentam criar e manter as pré- condições para o auto-desenvolvimento individual e para resolver problemas comuns, incluindo a solução de conflito e facilitando respostas inteligentemente coordenadas para desafios, desastres e crises comuns. Como meios de auto-organização coletiva e uma pré-condição para o auto- desenvolvimento pessoal, os direitos são naturalmente dispendiosos para efetivar e proteger. Como os serviços governamentais objetivam um progressivo bem-estar individual e coletivo, todos os direitos legais, inclusive os constitucionais, pressupõem decisões políticas (...) sobre como canalizar recursos escassos mais efetivamente, tendo em vista os mutáveis problemas e oportunidades presentes (p. 222).

Cabe aqui citar as opiniões de ABRAMOVICH & COURTIS (2004) que reforçam as posições de FERRAJOLI e de HOLMES.

Segundo os autores, a doutrina tradicional entende que apenas os clássicos direitos civis e políticos são justiciáveis, não tendo os direitos sociais essa qualidade. E isso devido à diferente estrutura.

Com efeito, enquanto os clássicos direitos civis e políticos implicam apenas obrigações negativas do Estado – obrigações de não-fazer, no sentido de não interferir indevidamente na zona de autonomia individual -, obrigações cujo descumprimento pode ser perfeitamente identificável e especificável, os direitos sociais implicam sempre uma obrigação positiva do Estado – obrigação de fazer, de fornecer uma determinada prestação material, cujo descumprimento nem sempre pode ser identificável e/ou especificável.

Ocorre que essa concepção é tendenciosa ideologicamente e incorreta, tanto histórica quanto juridicamente:

Historicamente, porque os pais da economia clássica – ADAM SMITH e DAVID RICARDO – entendiam que era óbvia a interrelação entre a obrigação negativa do Estado, em especial em matéria de liberdade de comércio, e uma larga série de obrigações positivas também do Estado, vinculadas à manutenção das instituições políticas, judiciais, de segurança e defesa, como condições necessárias ao exercício da liberdade.

Juridicamente, por vários motivos entre os quais os seguintes:

(a) Nenhum direito fundamental tem como objeto exclusivamente obrigações positivas ou obrigações negativas. Todo direito fundamental é um complexo de obrigações, positivas ou negativas, com proeminências das obrigações negativas nuns casos e das obrigações positivas noutros.

Há, nos direitos fundamentais, como que um continuum, em que, em um dos extremos, há a predominância das obrigações negativas, como na liberdade de consciência, por exemplo, e, no outro extremo, há a predominância das obrigações positivas, como no direito à moradia, por exemplo. No meio, está colocada a maioria dos direitos fundamentais com mais ou menos obrigações negativas ou positivas. Mas, mesmo no caso da liberdade religiosas, é possível identificar uma obrigação positiva (art. 5º, VII – **é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva**), assim como é possível identificar uma obrigação negativa no direito à moradia (a impenhorabilidade do bem de família de que trata a Lei nº 8.009/01, por exemplo).

Há um outro argumento contra a rígida separação entre direitos civis e políticos (obrigações negativas) e direitos sociais (obrigações positivas). É que muitos dos clássicos direitos de liberdade estão sendo reapreciados na doutrina e na jurisprudência e adquirindo atualmente um matiz de direitos sociais. É o caso do direito de propriedade e sua função social, bem como da liberdade de imprensa transformada em

liberdade de informação, que se transformaram em verdadeiras instituições sociais. Por outro lado, antigos direitos sociais, como o direito de greve e o direito de sindicalização, se transformaram em verdadeiras liberdades negativas atualmente.

Mas o principal argumento contra a justiciabilidade dos direitos sociais é o custo. Os direitos não são justiciáveis – isto é, concedidos pelo juiz a pedido do indivíduo, fundando-se apenas na norma constitucional – porque implicam sempre a aplicação de recursos financeiros. Ora, a efetivação de todo direito fundamental implica, direta ou indiretamente, a aplicação de recursos financeiros.

De acordo com HOOE, citado pelos autores, todo direito fundamental contém as seguintes obrigações: obrigações de respeitar, obrigações de defender, obrigações de garantir e obrigações de promover. Os autores as reduzem a três (3): garantias de respeitar, garantias de defender e garantias de satisfazer.

Um clássico direito de liberdade tem a proeminência da obrigação de respeitar (não interferir arbitrariamente). Mas tem também a obrigação de proteger e aí, no cumprimento dessa obrigação, o Estado pode dispendir vultosos recursos. Tome-se, como exemplo, o imenso e dispendioso aparato estatal para proteger os direitos à vida e à propriedade – polícia, tribunais, policiais, juízes, promotores, funcionários administrativos, etc. Por outro lado, um direito social não somente implica em uma prestação material – que implica em custos – mas também em prestações não materiais, normativas, institucionais, como qualquer outro direito fundamental.

V - Os direitos sociais não são justiciáveis

Diante da omissão do Executivo no fornecimento da prestação, o indivíduo não tem direito de acionar a justiça reclamando o cumprimento da obrigação estatal e nem o juiz tem poder para atender ao pedido fornecendo a prestação.

ABRAMOVICH e COURTIS (2004) afirmam repetidamente que há, em todo direito fundamental, obrigações positivas e obrigações negativas.

No caso das obrigações negativas dos direitos sociais, elas são perfeitamente justiciáveis. Por exemplo, pode-se recorrer ao Judiciário contra políticas discriminatórias do Governo, utilizando-se de ação direta de inconstitucionalidade, mandado de segurança ou ações anulatórias.

Já no caso de obrigações positivas, a objeção corresponde mais ou menos à verdade no momento presente. No entanto, conforme os autores, isso não significa uma impossibilidade teórica de os direitos sociais serem protegidos por eficazes garantias processuais (e aqui cabe acrescentar que, logo após a proclamação dos direitos fundamentais de 1ª geração, estes também não dispunham de garantias eficazes). Significa que, no Estado liberal atual, onde têm proeminência os princípios do individualismo e da propriedade privada, os direitos sociais ainda não dispõem de garantias processuais efetivas.

Mas caminha nesse sentido com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com o mandado de injunção, com a ação civil pública e, além disso, com a atuação do Ministério Público.

4.2 A eficácia das normas positivadoras dos direitos sociais enquanto princípios.

Desde que a concepção de que as normas positivadoras dos direitos sociais são regras programáticas, incapazes de serem aplicadas antes da intervenção do legislador ordinário, foi considerada insustentável, sem apoio no mundo dos fatos e no mundo jurídico, partiu-se para concebê-las como princípios.

Aliás, esta foi uma sugestão de ALEXY em conferência proferida na Casa Rui Barbosa, em 1998, transcrita na primeira parte deste trabalho.

Os direitos sociais, enquanto princípios, são comandos de otimização, cujo cumprimento depende não só das possibilidades reais mas também das jurídicas, estando, portanto, submetidos à **reserva do possível**.

Isto quer dizer que as normas constitucionais positivadoras de direitos sociais, enquanto princípios, vão tendo medidas de cumprimento diferentes:

- (I) enquanto apenas normas constitucionais têm um efeito negativo, impedindo uma interpretação de outros princípios e regras constitucionais contrárias ao disposto em seu texto, e um efeito positivo no sentido de ser um comando ao legislador ordinário para efetivá-las, cujo descumprimento pode dar ensejo a um mandado de injunção ou a uma ação de inconstitucionalidade por omissão;
- (II) após a intervenção do legislador ordinário, o seu cumprimento se dá na medida estabelecida por este, isto é, a prestação será concedida na forma e na quantidade e qualidade estabelecidas em lei, não cabendo ao indivíduo o direito de pleitear uma prestação em quantidade e qualidade diferentes;
- (III) a modificação das prestações será sempre definida em lei, de acordo com ponderação feita pelos órgãos políticos – Legislativo e Executivo.

4.2.1 A reserva do possível

Nem a doutrina nem a jurisprudência chegaram a um acordo sobre se a reserva do possível é um princípio, uma cláusula /postulado, ou uma condição da realidade (OLSEN, p. 200), mas parece preponderar a concepção de que se trata de uma condição da realidade, um elemento exterior ao direito fundamental social (p. 201)

É uma noção advinda da Alemanha. OLSEN (2008) informa que, na Alemanha, ela estaria ligada à razoabilidade/proporcionalidade, no

sentido de que o indivíduo só teria direito àquilo que foi estabelecido pelo legislador. Toda demanda que fosse além do que foi estabelecido pelo legislador seria irrazoável, desproporcional, devendo ser indeferida pelo juiz.

Parte-se da premissa de que cabe aos poderes políticos – Legislativo e Executivo – ponderando os vários direitos e interesses da sociedade em determinado momento e levando em consideração os recursos financeiros, materiais e humanos disponíveis, estabelecer o quantum de cada direito social deve ser fornecido a cada indivíduo.

No Brasil, ainda segundo OLSEN (2008), a reserva do possível foi adotada pela doutrina e jurisprudência segundo uma leitura de CANOTILHO – a reserva do possível está intimamente ligada à escassez de recursos.

Como os recursos são escassos, insuficientes para atender a todas as demandas de todos os indivíduos, faz-se mister ponderar os vários interesses e direitos da sociedade em determinado momento, para determinar:

- (I) quais deles devem ser atendidos prioritariamente;
- (II) o quantum de cada direito deve ser fornecido a cada indivíduo. E essa ponderação deve ser procedida pelos poderes políticos – Legislativo e Executivo, limitando-se o Judiciário a fornecer a prestação prevista em lei (p. 215 e ss)

4.2.2 O mínimo existencial

O princípio da reserva do possível é mitigado por outro princípio – o do mínimo existencial (social, vital).

Foi igualmente desenvolvido na Alemanha, onde não está previsto expressamente no texto constitucional.

Baseadas no art. 1.1 (dignidade humana) e no art. 2.2 (direito à vida e à integridade física) da Lei Fundamental, a doutrina e jurisprudência alemãs desenvolveram o princípio do mínimo existencial

segundo o qual todo cidadão alemão tem direito a um conjunto de prestações, estatais ou privadas, que lhe assegurem uma vida digna.

Fazem ainda a distinção entre mínimo existencial fisiológico – conjunto de prestações nas áreas de alimentação, vestimenta, moradia, saúde, etc, destinadas a prover proteção contra as necessidades de caráter existencial básico – e mínimo existencial sociocultural – conjunto de prestações nas áreas de educação, cultura, etc, destinadas a permitir a inserção do indivíduo na sociedade de que faz parte (SARLET, 2010, p. 22).

Na realidade, trata-se de prover meios que dêem ao indivíduo uma liberdade fática, real (liberdade para, liberty to) que lhe permita exercer as liberdades clássicas – liberdade de pensamento, liberdade de expressão, liberdade de opinião, liberdade de escolha de seus representantes, etc (liberdade de, liberty from).

Há que citar ainda que certa corrente liberal americana também postula a existência de um mínimo existencial. Com efeito, segundo RAWLS (1997) o liberalismo igualitário, por ele proposto, se baseia em dois princípios: (a) cada pessoa tem igual direito a um esquema plenamente adequado de iguais direitos e liberdades básicos, sendo cada esquema compatível com o mesmo esquema para todos; (b) as desigualdades econômicas e sociais devem satisfazer duas condições (a1) têm que estar ligadas a posições e funções abertas a todos e (a2) têm que ser ajustadas para o maior benefício dos menos favorecidos;

No entanto, segundo o mesmo autor, o primeiro princípio deve ser precedido de um princípio anterior que requeira que as necessidades básicas dos cidadãos sejam satisfeitas, pelo menos tanto quanto a sua satisfação seja necessária para os cidadãos compreenderem e serem capazes de exercer fecundamente esses direitos e liberdades (p. 36).

No Brasil, também o princípio do mínimo existencial não consta do texto constitucional, tendo sido adotado tanto pela doutrina como pela jurisprudência nacionais por influência da doutrina estrangeira, principalmente a alemã.

A doutrina e a jurisprudência, nacionais e estrangeiras, reconhecem que a implementação do princípio do mínimo existencial é competência dos poderes políticos – Legislativo e Executivo – através de políticas públicas. No caso específico do Brasil, grande parte daquilo que se considera o conteúdo do mínimo essencial já foi objeto de políticas públicas, podendo-se citar as políticas nacionais de educação, saúde, assistência social e previdência social, salário mínimo do trabalhador, etc.

O que é importante frisar é que o princípio do mínimo existencial pode funcionar aqui como um contraponto, como um limite ao princípio da reserva do possível. É que, consoante enfatizado pela doutrina e pela jurisprudência, a Constituição tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e objetiva garantir a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, **caput**).

Todas as vezes em que a dignidade da pessoa humana é desrespeitada, mediante a violação/ameaça de violação dos direitos à vida ou à liberdade pelas condições socioeconômicas existentes em dada sociedade em dado momento, o juiz, em determinado caso concreto, pode afastar o princípio da reserva do possível nas duas acepções mencionadas e determinar o atendimento da demanda do indivíduo.

Esta é a lição de ALEXY e, no Brasil, de SARLET (2003):

“Assim, em todas as situações em que o argumento das reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (...) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, [...] (p. 338)”.

Aliás, para TORRES (2003), somente os direitos sociais compreendidos no âmbito do mínimo existencial são verdadeiramente direitos fundamentais, no sentido de que podem ser exigidos judicialmente e de que o juiz pode atender à demanda, mesmo na ausência de lei autorizativa ou contra o conjunto de leis que constituem a reserva do possível:

“A jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático (p. 1).

Aliás, em texto anterior, TORRES (1989) afirma a mesma coisa com mais clareza:

“Estremam-se da problemática do mínimo existencial os direitos econômicos (arts. 174 a 179 da CF de 1988) e sociais (arts. 6º e 7º), que se distinguem dos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados status negativus, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia erga omnes e se subordinam à ideia de justiça social. Esses direitos às vezes aparecem, principalmente na doutrina alemã, sob a denominação de direitos fundamentais sociais, em virtude de sua constitucionalização; mas, segundo a maior parte dos autores germânicos que a adotam, subordinam-se à justiça social, pelo que não se confundem com os direitos de liberdade nem com o mínimo existencial (p. 33/4).

Muito embora haja consenso sobre a existência e validade do princípio do mínimo existencial na doutrina e jurisprudência nacionais, há divergência sobre seu conteúdo.

Para SARLET (2003), o conjunto de direitos sociais que formariam o mínimo existencial seria formado pelos direitos à saúde, à assistência social, à previdência social, ao salário mínimo (no caso dos trabalhadores) e à educação. De acordo com BARCELLOS (2002): o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça (p. 258).

Já se afirmou acima que esses direitos, que formariam o mínimo existencial, já se encontram devidamente regulamentados pelo legislador ordinário, pelo que não se coloca mais a questão de se eles poderiam ser pleiteados ao juiz com base na norma constitucional que os positivou.

A questão aqui é outra: é se o titular do direito pode considerar a prestação, estabelecida pelo legislador ordinário, aquém de suas reais necessidades e se, com base nisso, pode pleitear do juiz uma complementação da prestação ou uma nova prestação que, de fato, satisfaça as suas necessidades. Isso já ocorreu em várias oportunidades: contra o valor do salário mínimo, por exemplo. No entanto, onde mais ocorre é no campo do direito à saúde, em que são frequentes os pedidos de tratamentos ou remédios não previstos no Sistema Único de Saúde (SUS), bem como no campo do direito à educação, notadamente no que se refere ao direito de acesso à creche.

WANG (2010) fez uma pesquisa sobre as decisões do STF acerca dos direitos à saúde e à educação, principalmente. De acordo com o autor, o STF, ao julgar pedidos de medicamentos ou tratamentos não constantes da lista dos oferecidos pelo SUS nos anos anteriores a 2007, considerou que o direito à saúde, ligado ao direito à vida, integra o mínimo existencial, não estando condicionado pela reserva do possível e, conseqüentemente, deferiu todos os pedidos. Após o 2007, o STF levou em consideração os custos dos remédios ou tratamentos solicitados, bem como a escassez dos recursos, deferindo pedidos em alguns casos e indeferindo-os em outros, não tendo adotado, ainda, uma posição uniforme.

No que se refere à educação, a questão girou em torno do acesso à creche (art. 208, IV). O STF considerou esse direito também como integrando mínimo existencial, não levando em consideração argumentos apresentados pelos Municípios referentes à falta de verbas, escassez de recursos e outros.

De exposto acima, pode-se deduzir que a concepção dos direitos sociais como princípios, cuja efetivação está condicionada ao princípio da reserva do possível, por sua vez limitado pelo princípio do mínimo existencial, vai tendo aceitação na doutrina e jurisprudência nacionais a partir da década de 90 (TORRES, 2010)

No entanto, há quem, ainda hoje, não aceite tal orientação. BARRETO (2003) entende que ela rebaixa os direitos sociais de valores supremos do Estado Democrático de Direito, estabelecido pela Constituição de 1988, a meras normas programáticas e considera todas as objeções contra a efetividade dos direitos sociais como falácias (2010, p. 108 e ss).

Também KRELL (2002) entende que as teorias dos direitos sociais como princípios (comandos de otimização), da reserva do possível e do mínimo existencial são concepções alemãs, construídas de acordo com a realidade do Estado Social alemão. Com efeito, os direitos sociais, em sua grande maioria, não constam da Lei Fundamental alemã, tendo sido obra do legislador ordinário, que procurou concretizar o princípio da dignidade humana e os direitos à vida e à integridade. E, ao fazê-lo, procurou ponderá-los com outros direitos, principalmente as liberdades públicas, e com as reais possibilidades econômico- financeiras do Estado alemão. É a chamada reserva do possível, estabelecida pelos poderes políticos – Executivo e Legislativo. Quando um cidadão alemão reclama do Judiciário uma prestação maior/diferentes do estabelecido pelos poderes políticos, este realiza a mesma operação de ponderação, verificando se, de fato, de acordo com as possibilidades financeiras, só pode ser concedida aquela prestação estabelecida em lei e, em caso

positivo, indefere o pedido, considerando irrazoável por além da reserva do possível.

No Brasil, ainda segundo KRELL, os direitos sociais constam do catálogo dos direitos fundamentais, como os direitos civis e políticos, presumindo-se que tenham a mesma eficácia e efetividade, pelo que lhe parece bastante criticável a transposição de concepções, desenvolvidas para resolver problemas da realidade alemã, para o Brasil cuja realidade é completamente outra.

5 Direitos Sociais – direitos a prestações materiais do estado.

A lição é de ALEXY (2002): a expressão direitos a prestações estatais é muito ampla, compreendendo dois grupos:

- a) Direitos a prestações em sentido amplo, que, por sua vez, se subdivide em
 - (I) direito à proteção e
 - (II) direito à organização e procedimento.
- b) Direitos a prestações em sentido estrito, direitos a prestações materiais, assim definidos por ALEXY: **são direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que, se o indivíduo possuísse os meios financeiros suficientes e se encontrasse uma oferta suficiente no mercado, poderia obtê-lo também de particulares** (p. 482).

A Constituição de 1988 enumera os direitos sociais assim definidos no art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

No presente trabalho, serão tratados apenas os direitos à seguridade social e à educação porque são os que mais se aproximam do mínimo existencial.

1.1 Conceito

O direito à seguridade social é um direito à segurança ou à proteção social. Este direito à segurança não se confunde com o direito à segurança já estudado no capítulo dedicado aos direitos individuais. Aquele é um direito de defesa, previsto no **caput** do art. 5º, que protege o indivíduo contra violações de seus direitos de liberdade praticadas pelo Estado ou por outros indivíduos; este, previsto no art. 6º, visa a criar uma rede de proteção pelo Estado em benefício do indivíduo. Daí que a doutrina, para diferenciá-lo do primeiro, o denomina direito à segurança social.

SPOSATI (1995) faz uma síntese magistral do direito à seguridade social brasileira: **Saúde, previdência e assistência social, eis o tripé constitutivo da seguridade social brasileira, que se propõe universal, uniforme e equivalente para populações rurais e urbanas, irreduzível em seus benefícios, com caráter democrático e descentralizado de gestão** (p.7).

E continua a autora: **Porém cada um desses elementos particulariza ou seleciona, como demanda, um segmento da população brasileira. Assim a saúde é direito de todos (art. 196); a previdência social atende aos que lhe são contributivos (art. 201); a assistência social é prestada aos necessitados (art. 203) ou aos desamparados (art. 6º).**

Está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948:

Art. XXII – Todo homem, 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.

Art. 25.1 – 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 em circunstâncias fora de seu controle.

A Constituição dá a seguinte definição de seguridade social no **caput** do art. 194: um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

É a mesma definição da Lei nº 8.212 (Lei Orgânica da Seguridade Social), de 24/07/1991, no art. 1º.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) dá a seguinte definição de seguridade social:

“proteção que a sociedade proporciona a seus membros, mediante uma série de medidas públicas, contra as privações econômicas e sociais que, se não fosse assim, ocasionariam o desaparecimento ou uma forte redução da renda devida à doença, à maternidade, a acidentes de trabalho ou doenças profissionais, ao desemprego, à invalidez, idade e morte, além da proteção de assistência médica e da ajuda às famílias com filhos (Apud MESA-LAGO, 2006).

O termo seguridade social é de origem recente; foi empregada, pela primeira vez, na lei de seguridade social americana (**Social Security Act**), de 1935. No entanto, nem esta lei, nem as leis posteriores que trataram do assunto a definiram.

A noção de seguridade social, na fase do seguro social, está ligada à de risco, vez que a relação jurídica do seguro se compunha de três termos: **risco, evento e dano**. O indivíduo contratava um seguro para se precaver do risco de acontecer tal evento, que lhe causaria tais danos, sendo o risco, portanto, o mais importante desses três termos.

Risco é definido, geralmente, como **a possibilidade de que ocorra um fato futuro, incerto e involuntário que produza um dano, avaliado economicamente, ao ao segurado (PASTOR, 1973, 262)**. Nessa hipótese, é chamado sinistro. No entanto, há risco que não constitui um acontecimento infeliz, como o nascimento de um filho, por exemplo, mas pode ser considerado um acontecimento danoso porque, normalmente, causa o aumento das despesas da família.

De acordo com DURAND (1953), o indivíduo, em sua vida em sociedade, está sujeito aos seguintes riscos:

- a) Riscos do meio físico que se subdividem em
 - (I) riscos geológicos (terremotos, erosão, deslizamento, etc)
e
 - (II) riscos meteorológicos (inundações, raios, granizo, etc).
- b) Riscos do meio social que se subdividem em
 - (I) riscos legislativos (Lei nºva restritiva da atividade econômica);
 - (II) riscos monetários (alteração da política econômica com grave repercussão na vida das pessoas);
 - (III) riscos administrativos representados pela ineficiência dos serviços de polícia, e
 - (IV) riscos da desigualdade das condições sociais, representados pela dificuldade de acesso à educação e a outros serviços públicos.
- c) Riscos ligados à organização familiar, representados pelos encargos decorrentes de doenças ou de morte;

- d) Riscos de ordem fisiológica (doença, invalidez, velhice e a morte;
- e) Riscos da vida profissional que, por sua vez, se subdividem em
 - (I) riscos de insegurança do emprego (crises econômicas ou greves, para os empresários, ou desemprego, lock-out, dispensa para os empregados;
 - (II) riscos de remuneração insuficiente da atividade profissional (insuficiência de lucro para o empresário ou do salário para o empregado;
 - (III) riscos de lesão corporal na execução do trabalho, provocadas por acidentes de trabalho ou por doenças profissionais (p. 16/7).

Na sua fase atual, o risco já não é tão importante para o conceito de seguridade social, porque o que importa não é a possibilidade de indivíduo ser atingido por acontecimento, nem mesmo que o indivíduo tenha sido atingido por um acontecimento, mas os danos causados por este ou, melhor dizendo, as **necessidades** sociais dele decorrentes (PASTOR, 1973, p. 265 e ss).

PASTOR (1973) fala de **seguridade social assistencial** e **seguridade social contributiva**. A seguridade social assistencial é o sistema de proteção, totalmente financiado pelo Estado, em que todas as necessidades sociais de todos os indivíduos seriam cobertas pelo sistema, independentemente de pagamento de contribuição ou cotização por parte destes. Neste sentido, haveria uma **universalidade de cobertura e de atendimento**. A **seguridade social contributiva** é o sistema de proteção social, financiado pelos segurados, em que só determinadas necessidades de certos e determinados indivíduos são cobertas pelo sistema. Neste caso, haveria a necessidade de se determinar/tipificar quais eventos danosos e quais necessidades causadas por eles seriam cobertos pelo sistema.

No Brasil, a Constituição brasileira adotou um sistema misto de seguridade social: (i) há uma **seguridade social assistencial** na saúde, onde predomina o princípio da universalidade de cobertura e de atendimento e (ii) há uma seguridade social contributiva na previdência social, cujo financiamento é predominantemente privado e onde predomina o princípio da **seletividade e distributividade**.

A assistência social propriamente dita não se encaixa em nenhum desses modelos, porque, de um lado, é totalmente financiada pelo Estado, mas, de outro, é focada em certos segmentos da população – os pobres. Seria classificada como seguridade social assistencial se houvesse um programa de renda mínima destinado a todos os indivíduos, independentemente de qualquer requisito.

1.2 Evolução da seguridade social na Europa e nos Estados Unidos.

Segundo DURAND (1953), a sistema moderno da seguridade social não se formou espontaneamente; foi produto de uma lenta evolução histórica. Ainda segundo o mesmo autor, nesta evolução podem-se distinguir três etapas:

1ª etapa - em que predominam os processos indeterminados de garantia, isto é, processos de garantia que se destinavam a cobrir vários tipos de riscos sociais, de forma indeterminada. Compreende:

I – Previdência que, por sua vez, se subdivide em:

- (a) Previdência individual representada pela poupança de cada indivíduo. Dessa poupança surgiram as caixas de poupança ou caixas econômicas que exerceram papel relevante na proteção do indivíduo contra vários riscos sociais – doença, invalidez, velhice, desemprego, aumento dos encargos sociais.
- (b) Previdência coletiva que, por sua vez, se subdivide:

- a) Mutualidade – os indivíduos formam um grupo e, através de cotizações, resolvem constituir um fundo destinado a dar suporte financeiro aos seus membros na ocorrência dos riscos variados, previstos em seus estatutos.

No correr da história tiveram vários nomes – **collegia** em Roma, confrarias na Idade Média, **irmandades de socorro** e **montepios** na Idade Moderna. Constituíram-se em vários países, inclusive no Brasil, como se verá a seguir. Têm um traço em comum com a previdência individual, no sentido de se destinar a reparar riscos sociais diversos, mas desta se distingue porque o seu encargo se distribui entre os diversos membros do grupo. Não é uma empresa comercial, nem tem caráter obrigatório.

- b) **Seguro privado** – os indivíduos fazem um contrato de seguro com uma empresa privada de seguro, a qual, mediante o pagamento de uma certa quantia (prêmio), garante a reparação de certos e determinados riscos sociais. Surgiu no Renascimento e se destinava a garantir os armadores das grandes viagens, principalmente marítimas, contra os riscos delas decorrentes. Com o tempo expandiu-se para outras áreas, aparecendo como seguros de vida, seguros contra incêndios, etc.

II - Responsabilidade pelo dano

Nesta fase, houve a tendência de se aplicar as normas do Código Civil quando do aparecimento dos primeiros acidentes de trabalho provocados pela máquina recém-introduzida na indústria. De acordo com as normas deste direito, a responsabilidade pelo dano é de quem o **causou**.

No entanto, essa doutrina apresentava dois inconvenientes para o trabalhador acidentado:

- (a) o ônus da prova recaía sobre ele. Em outras palavras, cabia-lhe provar que o empregador tinha sido o responsável por seu acidente, o que não era fácil ou era quase impossível;
- (b) a responsabilidade do empregador diminuía se ele provava que o empregado também tivera parcela de culpa no acidente, por negligência ou imperícia. E até desaparecia, se ele provava que o acidente havia ocorrido por culpa exclusiva do empregado. De qualquer forma, a garantia era fictícia, porque o empregado nunca tinha meios para um processo judicial oneroso e demorado.

III – Assistência.

Dada a insuficiência da previdência particular e da reparação dos danos causados por acidente de trabalho, houve um grande desenvolvimento da assistência nas sociedades liberais do sec. XIX.

Essa assistência tomou as seguintes formas:

- a) Familiar – que consistia na assistência dada pela família a seus membros quando atingidos por algum risco social – doença, velhice, invalidez, morte, desemprego.
- b) Profissional – Antigamente era dada pelas corporações e confrarias. Estas socorriam seus membros doentes ou desempregados, pagavam as despesas dos funerais, ajudavam as viúvas e os órfãos.

Atualmente, a assistência profissional é prestada principalmente através dos sindicatos e associações profissionais que atuam junto aos empresários e ao poder público, visando a estabelecer regras que beneficiem seus associados, através de leis, regulamentos e, principalmente, do contrato coletivo do trabalho.

- c) Privada – Desde a Idade Média, essa assistência, prestada pela família e pelos grupos profissionais, era complementada

pela assistência prestada pela Igreja Católica, por intermédio de suas congregações religiosas, e por entidades filantrópicas, de que são exemplos, no Brasil, as Santas Casas de Misericórdia.

- d) Pública – Dada a incapacidade da sociedade para resolver, sozinha, o problema da indigência provocada, principalmente, pela Revolução Industrial, o Estado passou a se encarregar, sem exclusividade, da assistência social. Aliás, esta foi considerada pela Escola Liberal como um meio de remediar a miséria provocada pelo regime de livre concorrência.

Em vista disso, todos os países que estavam experimentando o processo de industrialização criaram uma rede de assistência pública, em favor dos doentes mentais, das crianças abandonadas, dos velhos e enfermos, de parturientes e das famílias. Além disso, foi instituída a assistência médica gratuita em favor dos pobres.

2ª etapa - é constituída por processos diferenciados de garantia dos riscos sociais. Caracteriza-se pela instituição de um processo específico para cada risco social ou grupo de risco social. Esses processos diferenciados são:

I - Um novo tipo de seguro – o seguro social.

O seguro social foi criado tardiamente, em fins do séc. XIX e começos do sec. XX, por causa das objeções e resistências da Escola Liberal. Seu aparecimento deve-se a fatores políticos, demográficos, econômicos e sociais que acompanharam a industrialização dos Estados modernos, cujos efeitos foram sentidos particularmente na Alemanha. Mas também tiveram influência as doutrinas favoráveis à indenização dos riscos sociais: socialismo, solidarismo, marxismo, doutrina social da Igreja Católica, etc.

A política de seguros sociais foi implantada, primeiramente, na Alemanha, por BISMARCK, por intermédio de uma série escalonada de leis:

- (a) lei de junho de 1883 - seguro- doença;
- (b) lei de julho de 1884 – seguro de acidente de trabalho e
- (c) lei de junho de 1889 – seguro de invalidez-velhice.

São traços distintivos desse sistema:

- (a) o seguro é obrigatório para todos os indivíduos submetidos à lei;
- (b) o âmbito de aplicação originário era muito limitado – aplicava-se apenas aos trabalhadores na indústria, principalmente os operários;
- (c) o sistema é financiado por contribuições dos empregados e dos empregadores, complementadas por uma subvenção do Estado.

II - A responsabilidade especial dos acidentes de trabalho.

Nesta fase, foi criada uma legislação destinada a regular especificamente a indenização dos acidentes de trabalho, retirando o assunto do âmbito do Direito Civil.

A primeira lei sobre o assunto foi a lei alemã de julho de 1884, mas esta recorreu ao sistema do seguro social. A primeira lei, a tratar, verdadeiramente, do assunto foi a inglesa de 1897 (**Workmen's Compensation Act**), seguida pelas leis francesas, belgas, etc. São traços distintivos dessa nova regulamentação:

- (a) a responsabilidade sem falta provada do empregador;
- (b) limitação prévia da responsabilidade.

III - A indenização dos encargos familiares

O chefe de família é atingido por duas espécies de risco:

- (a) os riscos sociais que o atingem pessoalmente, como é o caso da doença, da velhice, do desemprego, etc, os quais já são objeto de algum seguro social e
- (b) os riscos sociais que atingem pessoas de sua família – a maternidade, os filhos, etc. Esses riscos tradicionalmente não eram contemplados pelos sistemas de proteção social. Nessa etapa, passaram a ser contemplados com alguma tipo de indenização, vez que provocam uma diminuição na renda do assalariado. É o caso da licença- maternidade, do salário-família, etc.

3ª etapa - Corresponde ao advento da seguridade social.

Partindo do princípio de que há uma unidade profunda de todos os riscos sociais, a seguridade social é pensada como um sistema coerente e completo de sua reparação. Em sendo assim, ela pretende determinar cada um desses riscos e assegurar a sua respectiva cobertura através de uma organização de conjunto.

Essa moderna concepção de seguridade foi-se formando lentamente:

- (a) é pressentida no Social Security Act, lei americana de 1935, baixada, pelo Presidente ROOSEVELT, para enfrentar a crise econômica e social de 1929 que atingiu os Estados Unidos, bem como outros países do mundo ocidental;
- (b) teve uma exposição admirável no Relatório BEVERIDGE, elaborado por um comitê interministerial chefiado por WILLIAM BEVERIDGE, constituído pelo governo inglês com a missão de proceder a um exame geral dos vários sistemas de seguros sociais existentes na Inglaterra, aí compreendidos os relativos à indenização dos acidentes de trabalho.

O relatório foi apresentado em 20 de novembro de 1942, dele constando um exame crítico das instituições inglesas vinculadas aos seguros sociais, concluindo que o sistema padecia de dois males: insuficiência e complexidade.

No que se refere à insuficiência, o relatório aponta que o sistema inglês de seguro social cobria apenas os assalariados, deixando de fora várias categorias profissionais. Além disso, não cobria todos os riscos, como os decorrentes da morte do segurado, bem como os encargos de família. Finalmente, as prestações eram insuficientes.

Quanto à complexidade, esta deriva da formação histórica do sistema inglês de seguro social. Cada risco tinha sido tratado de forma isolada; havia uma legislação social sem política social. Essa falta de coordenação se manifestava na multiplicidade de órgãos tratando do assunto.

Para enfrentar o problema da insuficiência e da complexidade, BEVERIDGE propôs dois princípios que deveriam reger o sistema inglês:

I - Generalização – o sistema de seguro social deveria cobrir todas as pessoas, as cobertas pelo antigo sistema e as dele excluídas, como os funcionários públicos, os policiais, os ferroviários, os trabalhadores com altos salários, os trabalhadores independentes e até as pessoas em idade de trabalhar, mesmo não trabalhando. Haveria uma solidariedade entre todos os membros de uma mesma nação, para suportar mais facilmente os encargos da seguridade social e para operar a necessárias redistribuição da renda nacional. Além disso, se propunha que o sistema cobrisse o maior número possível de riscos.

II - Uniformização - Essa uniformização deveria significar:

- (a) o agrupamento de todos os serviços e instituições encarregadas dos seguros sociais em um único órgão, inclusive as instituições ligadas à indenização dos acidentes de trabalho;

- (b) uniformização das taxas de contribuições para todos os riscos;
- (c) unificação administrativa, no sentido da criação de Ministério da Seguridade Social, agrupando todos os serviços de seguro social, de assistência social e, mesmo, de emprego.

III – Internacionalização - Durante a II Guerra Mundial houve um movimento no sentido de estender, a outros países, as concepções do Relatório Beveridge sobre a seguridade social. Assim como a guerra de 1914 provocou um movimento em favor das reformas sociais, a guerra de 1939/45 permitiu o surgimento de movimentos favoráveis à seguridade social, podendo-se citar:

- **A Carta do Atlântico**

Primeira manifestação desse movimento, foi assinada por ROOSEVEL e CHURCHIL, em 12 de agosto de 1941. No caso em tela, são importantes os arts. 5º e 6º.

Art. 5º – Desejam promover, no campo da economia, a mais ampla colaboração com todas as nações com o fim de conseguir, para todos, as melhores condições de trabalho, prosperidade econômica e segurança social.

Art. 6º – Depois da destruição completa da tirania nazista, esperam que se estabeleça uma paz que proporcione a todas as nações os meios de viver em segurança dentro de suas próprias fronteiras e, aos homens em todas as terras, a garantia de existências livres de temor e de privações.

- **A Declaração de Filadélfia, 1944, da Organização Internacional do Trabalho (OIT).**

É considerada a constituição da OIT. Nela se afirma que a luta contra a necessidade deve ser empreendida incansavelmente e por um esforço internacional contínuo e concertado. Proclama que todos os seres humanos, de qualquer raça, crença ou sexo, têm o direito de perseguir seu progresso material e seu desenvolvimento espiritual na liberdade e a liberdade na seguridade econômica. Esse é o resultado de toda política.

- **A terceira manifestação desse movimento**, mais limitada mas não menos importante foi a ação em favor da seguridade social desenvolvida pelos Estados sul-americanos a partir da iniciativa de PERÓN.

Ainda de acordo com DURAND (1953), a política de seguridade social não é um simples prolongamento da política de seguros. Desta se distingue por seu espírito e por suas técnicas

I - por seu espírito - Os sistemas de seguro social eram parciais, vez que cobriam apenas um certo número de riscos sociais. Por seu lado, a política de seguridade social pretende dar uma cobertura de conjunto, abrangendo todos os riscos sociais.

Além disso, os sistemas de seguro social só protegiam uma parte da população – primeiro, os trabalhadores assalariados; em seguida, as pessoas economicamente mais fracas. Já a seguridade social pretende se estender ao conjunto da população.

Finalmente, a política de seguridade social realizou a fusão dos antigos processos de seguro, incorporando o seguro de acidentes de trabalho e a indenização dos encargos sociais.

II - por sua técnica - Os seguros sociais já haviam começado a se desligar dos seguros privados, mas algumas técnicas destes haviam permanecido, como a exigência de contribuição (pagamento do prêmio) para fazer jus às prestações. Além disso, o regime de capitalização era geralmente adotado, constituindo-se reservas para fazer jus aos futuros

encargos do sistema. Na seguridade social pretende-se a cobertura de toda a população e de todos os riscos, pouco importando se o beneficiário pagou ou não uma contribuição. Adota-se o regime de repartição, baseado no princípio da solidariedade social, onde os custos do sistema são repartidos por todos os membros da sociedade (DURAND, 1953, p. 26/165).

1.3 A Seguridade Social no Brasil

No Brasil, a implantação de um sistema de seguridade social seguiu os mesmos passos de outros países – assistência privada, auxílio mútuo e sistema público.

Segue-se aqui a enumeração das fases elaborada por FERREIRA (2007) com algumas alterações.

I - Fase embrionária

Compreende a fase da beneficência privada e pública - fundação da Santa Casa de Misericórdia de Santos, em 1543, e da Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro, em 1584, por exemplo.

É nesta fase, também, que surgem os diversos montepios e entidades beneficentes de caráter profissional e entidades de socorro mútuo.

II - Fase seguro social

É a adoção do modelo bismarckiano. Esta fase foi iniciada com a chamada Lei ELOY CHAVES (Dec. Legislativo n. 4.682, de 24/01/1923) que determinou a criação de caixas de aposentadorias para os empregados das empresas ferroviárias.

Traço diferenciador dessa fase é que se estabelece um contrato de seguro entre a entidade gerenciadora e o empregado, segundo o qual

este contribui com certa quantia em troca dos benefícios estabelecidos em lei. Outro traço diferenciador é que a gestão da entidade gerenciadora é compartilhada entre empregado, empregador e Estado. Em 1928, o regime da Lei ELOY CHAVES foi estendido aos empregados dos serviços de telégrafos e radiotelegráficos e aos empregados dos serviços de força, luz e bondes.

III - Fase da expansão

O sistema de caixas mostrou-se insuficiente para proporcionar proteção social a todos os trabalhadores pelo foi substituído pelos grandes institutos de aposentadorias e pensões, de âmbito nacional e por categoria profissional. Foram criados o IAPM (Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos), IAPC (Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comercários), IAPI (Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Industriários), IAPETEC (Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas) e IPASE (Instituto de Pensões e Assistência aos Servidores do Estado).

Em que pese essa expansão, a lógica do sistema continuou a mesma: cada instituto somente atendia aos seus segurados.

Após essa fase de expansão horizontal, iniciou-se um período de unificação:

- (I) a Lei n. 3.807/60 promoveu a uniformização do sistema, visando a proporcionar a todos segurados e seus dependentes os mesmos benefícios;
- (II) o Decreto-Lei nº 72\66 criou o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), unificando nele todas as caixas e institutos de aposentadoria e pensões existentes;
- (III) em 1977, a lei n. 6.439 criou o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), que compreendia o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), Instituto

de Administração Financeira da Previdência Social (IAPAS), Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), Legião Brasileira de Assistência (LBA), Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social (DATAPREV) e Central de Medicamentos (CEME).

IV - Fase da seguridade social

A seguridade social foi introduzida pela Constituição de 1988. Foi uma das mais importantes inovações da Constituição de 1988 e, diferentemente do que ocorreu em outras matérias, não partiu de uma iniciativa dos movimentos populares (DELGADO, JACCOUD e NOGUEIRA, 2009).

De acordo com os autores acima mencionados, a proposta de instituição de uma seção, no texto constitucional, dedicada à seguridade social, surgiu na Subcomissão de Saúde, Seguridade e Meio Ambiente, sob a influência dos trabalhos elaborados, dois anos antes, pelo Grupo de Trabalho de Reestruturação da Previdência Social. Propunha-se um sistema reunindo as políticas de Previdência Social e Assistência Social, baseado nos princípios de universalidade de cobertura, uniformidade e equivalência dos benefícios, equidade no custeio e diversidade das fontes de financiamento. De acordo com a proposta, a Saúde era mantida como sistema autônomo.

Foi na Comissão da Ordem Social que as três políticas de proteção social – Previdência, Assistência e Saúde – foram reunidas em um único sistema, sob o título Da SEGURIDADE SOCIAL, tendo como fundamento os mesmos princípios já mencionados.

Entretanto, segundo FAGNANI (2005), logo após a promulgação da Constituição, iniciou-se movimento visando a, se não a eliminação de todo o capítulo, pelo menos sua modificação profunda, já por motivos

ideológicos ou simplesmente para adequá-lo à realidade, visto como ocorreram modificações tanto durante governos alinhados com o neoliberalismo como nos governos esquerdistas do PT. O fato é que, ainda de acordo com FAGNANI (2005) e outros autores, o Estado de Bem-Estar Social, implantado no Brasil pela Constituição de 1988, entrara em crise na década de 70 nos países desenvolvidos e estava sendo desmontado ou modificado profundamente nesses países, de modo que o **Welfare State** brasileiro encontrara problemas internos e externos para a sua efetivação.

O modelo de seguridade social, implantado no Brasil, não é um modelo puro, como não o é em muitos países; há nele uma mistura de tendências.

(a) Previdência social

No início, predominam os traços característicos do sistema de seguro social alemão:

- (I) limitação subjetiva inicial e posterior progressiva universalização, No início, com a Lei ELOY CHAVES, de 1923, o seguro cobria apenas os trabalhadores urbanos com Carteira de Trabalho. Depois, sucessivamente, foram abrangidos os trabalhadores rurais, os empregados domésticos e os trabalhadores autônomos. Constituição de 1988 criou um **sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo (art. 201, & 12);**
- (II) limitação objetiva que perdura até hoje – O sistema não cobre todas as necessidades sociais, somente aquelas cobertas pelo

sistema, aquelas necessidades para cuja cobertura os segurados contribuíram com o pagamento de contribuições mensais.

No entanto, ao lado desses traços bismarckianos, a previdência foi acrescentando traços beveridgeanos:

- (I) uniformização das prestações e das contribuições por força da Lei Orgânica da Previdência Social de 1960;
- (II) unificação administrativa com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), em 1966, e, posteriormente, com a criação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), em 1977.

(b) Assistência

No modelo beveridgeano, a assistência tem dois papéis:

- (I) tem um papel complementar da previdência social, visando a atender as necessidades sociais residuais não cobertas por esta;
- (II) visa a combater a pobreza, a melhorar a qualidade de vida da população e, neste caso, seu instrumento de atuação é a renda mínima, concedida a todo cidadão independentemente da existência de uma necessidade social.

A Constituição de 1988 não previu esse segundo papel para a assistência social; nela a assistência tem o papel de atender às necessidades residuais não cobertas pela previdência – atendimento aos pobres e aos indigentes sem condições de prover as suas necessidades com o fruto de seu trabalho. No caso, em vez do princípio da universalidade, aplica-se o princípio da seletividade e da distributividade, previsto no art. 194, III.

(c) Saúde

No modelo beveridgeano, a saúde é prestação, preferentemente estatal, a ser fornecida ao cidadão de acordo com as suas necessidades, independentemente de qualquer condição ou pagamento. Na Constituição de 1988, este modelo foi seguido fielmente: a saúde é direito de todos, garantido através de políticas públicas, independentemente de qualquer contribuição do atendido.

1.4 Configuração institucional da seguridade social

Geralmente, o legislador constituinte declara o direito fundamental de forma sintética, deixando ao legislador ordinário a tarefa de sua configuração. O exemplo clássico é o direito de propriedade (art. 5º, XXII – é garantido o direito de propriedade). A exceção é a liberdade de expressão, a que o legislador constituinte dedicou todo um capítulo para sua configuração institucional (Tit. VIII, cap. V).

E isso deveu-se a dois fatores:

- (I) a importância da comunicação e da informação para o Estado Democrático de Direito; e
- (II) a preocupação do legislador constituinte em que o Legislativo e, principalmente, o Executivo não violassem ou não tentassem restringir indevidamente essa liberdade fundamental, como tinha ocorrido no regime ditatorial dos anos anteriores.

Foi o que ocorreu também no caso da seguridade social. Esta se afigurava importante para o constituinte na constituição de um Estado de Bem-Estar no Brasil. Por isso, para garantir sua efetiva implantação, este a cercou de uma série de garantias institucionais, objeto dos arts. 194 (princípios e diretrizes norteadores de sua operacionalização) e 195 (mecanismos financeiros como meios que permitem seu funcionamento).

1.4.1 Princípios da seguridade social

De acordo com o disposto no parágrafo único do art. 194 e no parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 8.212/1991, o sistema de seguridade social obedecerá aos seguintes princípios:

I – Universalidade de cobertura e do atendimento

Universalidade de cobertura, no sentido de que atende a todas as necessidades, e universalidade de atendimento no sentido de que atende a todas as pessoas (BALERA, 2012, p. 32).

Trata-se de princípio, isto é, de **comando de otimização**, que deve ser cumprido dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Assim é que tem aplicação plena na saúde, mas não na previdência social, nem na assistência social, onde este princípio é temperado pelo da **seletividade e da distributividade**.

II - Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais.

Antes da Constituição de 1988, havia dois regimes previdenciários; um dos trabalhadores urbanos, regido pela Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS – Lei nº 3.807, de 26/08/1960), e outro dos trabalhadores rurais, regido pela lei que instituiu o FUNRURAL (Lei Complementar nº 11, de 25/05/1971).

A Lei Orgânica da Previdência Social previa dezoito (18) benefícios e serviços em favor dos seus segurados e dependentes, sendo que o valor dos benefícios não podia ser inferior ao salário- mínimo, enquanto a Lei do FUNRURAL previa apenas seis (6) benefícios em favor do trabalhador rural e seus dependentes, sendo que os benefícios tinham valor correspondente a 50% do salário-mínimo.

A Constituição, com este princípio, corrigiu essa disparidade injusta, determinando que haveria um elenco de prestações, com critérios idênticos de apuração do respectivo valor, contemplando assim os trabalhadores do campo como os que laboram na cidade (BALERA, 2012, p. 33).

III - Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços.

Seletividade e distributividade no sentido de que o sistema não pretende atender a todas as pessoas em todas as suas necessidades, em alguns de seus segmentos. Assim é que, na previdência social, são cobertos apenas os segurados – aqueles que tem um contrato de seguro e pagam uma determinada contribuição – e determinadas necessidades.

IV -Irredutibilidade do valor dos benefícios

Aqui o constituinte procurou corrigir uma injustiça praticada contra os aposentados pelo regime passado. O trabalhador se aposentava com um benefício de valor x e, anos depois, via esse benefício reduzido à metade ou a menos, pelo fato de que não fora corrigido.

Esse fato levava, normalmente, o velho aposentado à miséria, a viver de caridade ou a voltar a trabalhar

O dispositivo acima deve ser lido em conjunto com o disposto no art. 201, & 4º: **É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critério definidos em lei.**

V - Equidade na forma de participação no custeio

Aqui se aplica, no campo do Direito, o princípio moral da solidariedade. A sociedade assume a responsabilidade pela

manutenção da seguridade social, exigindo que cada um de seus membros participe de seu financiamento. Mais aqui se aplica também outro princípio: o da equidade – cada um participa de acordo com sua situação econômico-financeira.

Aliás, é o que preceitua o § 9º do art. 195: **As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão obras, do porte da empresa ou condição estrutural do mercado de trabalho.**

VI - Diversidade da base de financiamento

A forma como será efetuado o financiamento da Seguridade Social será tratada na parte seguinte. Aqui cabe frisar a preocupação com as crises de financiamento por que passaram as várias áreas que hoje compõem a Seguridade Social. Para evitá-las, o constituinte previu que esta não seria financiada apenas pela contribuição do trabalhador, nem apenas pelos cofres público.

VII- Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

A Constituição de 1988 define a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito. Portanto, de acordo com a doutrina, a democracia é um princípio estruturante do Estado Brasileiro, que se irradia por todas as suas manifestações. É neste contexto que se situa o princípio: a elaboração e a execução das políticas da seguridade social têm que ter a participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nas suas três instâncias.

Concretizando este princípio, o art. 6º da Lei nº 8.212/91 instituiu o Conselho Nacional da Seguridade Social (CNSS), órgão superior de deliberação colegiada, com a participação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de representantes da sociedade civil.

Posteriormente, a Medida Provisória no 2.216-37/2001 revogou o art. 6º da Lei nº 8.212/91, extinguindo o Conselho Nacional da Seguridade Social.

1.4.2 Mecanismos de financiamento da seguridade social

Em consonância com o disposto no inciso VI do art. 194, o art. 195 detalha as fontes de financiamento da seguridade social. SANTOS (2004) faz o seguinte detalhamento das fontes de financiamento da seguridade social:

- a) Contribuição da União;
- b) Contribuição do trabalhador;
- c) Contribuições da empresa
 - contribuição da remuneração do empregado e do trabalhador avulso;
 - contribuição de custeio das prestações acidentárias e aposentadoria especial
 - contribuição sobre a remuneração dos segurados individuais;
 - SIMPLES;
 - contribuições sobre o faturamento (COFINS e PIS/PASEP);
 - contribuição sobre o lucro líquido
 - contribuição do contrato de trabalho da Lei n. 9.601/98;
- d) contribuição das cooperativas de trabalho;
- e) empregador rural pessoa física e o segurado especial;
- f) consórcio simplificado de produtores rurais;
- g) empregador rural pessoa jurídica; h) clubes de futebol;
- i) ministros de confissão religiosa;

- j) contribuições de terceiros;
- l) contribuição sobre receita de concursos de prognósticos;
- m) contribuição do importador de bens ou serviços do exterior;
- n) outras receitas (91).

1.1 Considerações gerais

A saúde constitui o mínimo essencial, a primeira oportunidade ou chance, oferecida pelo Estado Social de Direito, para que o indivíduo construa a sua própria dignidade. Parte-se do pressuposto de que o indivíduo saudável tem condições de competir pelos bens oferecidos pela res publica (BARCELLOS, 2002).

O direito à saúde é consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948, no art. XXV:1. **Todo homem 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, [...].**

Regulamentando a parte social da Declaração Universal, prescreve o Pacto Internacional das Nações Unidas sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, de 1966, no art. 12: 1. **Os Estados- Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.**

Está previsto no art. 6º da Constituição de 1988: **São direitos sociais a educação, a saúde, [...].**

A Lei nº 8.080 (Lei Orgânica do Sistema de Saúde, 19/07/1990), o define da seguinte maneira, no art. 2º: **A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.**

1.2 O que é saúde?

Saúde não é um conceito jurídico. Por isso, deve-se socorrer dos especialistas no assunto, os médicos.

De acordo com REZENDE (2010), o conceito de saúde evoluiu nos últimos 100 anos. Inicialmente, era conceituada como integridade anatômica e funcional ou ausência de doença. Modernamente, a Organização Mundial da Saúde (OMS) a conceitua como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas ausência de doença ou de enfermidade (p. 230).

Nesse sentido, a saúde estaria relacionada não apenas com a integridade anatômica e funcional de cada indivíduo, mas também com certos fatores determinantes e condicionantes, como alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, transporte, lazer e o acesso aos bens e serviços de saúde (id., p. 233).

A Constituição de 1988 não dá uma definição do direito à saúde. Diz apenas no art. 196: **A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação.**

Tendo em vista que houve grande influência do chamado Movimento de Reforma Sanitária na formulação do capítulo referente à saúde, pode-se presumir que os constituintes perfilharam a concepção moderna de saúde, vez que a Constituição não prevê apenas ações e serviços para a proteção (medicina preventiva) e recuperação (medicina curativa) dos riscos e agravos da saúde, mas também a sua promoção.

Ora, a promoção da saúde tem como objeto os seus fatores determinantes e condicionantes, como a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o transporte, a educação, as condições de trabalho, etc. Isto é, tudo aquilo que aumenta o bem-estar das pessoas e são, portanto, favoráveis à sua saúde.

Com efeito, BUSS (citado por REZENDE) assim define promoção da saúde - consiste nas atividades dirigidas à transformação dos comportamentos dos indivíduos, focando nos seus estilos de vida e localizando-os no seio das famílias e, no máximo, no ambiente das culturas da comunidade em que se encontram [...]. O que, entretanto, vem caracterizar a promoção da saúde, modernamente, é a constatação do papel protagonista dos determinantes gerais sobre as condições de saúde, que inclui um padrão adequado de alimentação e nutrição e de habitação e saneamento; boas condições de trabalho; oportunidades de educação ao longo de toda a vida; ambiente físico limpo; apoio social para famílias e indivíduos; estilo de vida responsável; e um espectro adequado de cuidados de saúde (p. 231),

Para Organização Mundial da Saúde (OMS), a promoção da saúde representa um processo social e político, não somente a biologia, incluindo ações direcionadas ao fortalecimento das capacidades e habilidades dos indivíduos, mas também ações direcionadas a mudanças das condições sociais, ambientais e econômicas para minimizar seu impacto na saúde individual e pública (p. 231).

Finalmente, cumpre acrescentar que a Lei nº 8.080/90 faz menção a esses fatores determinantes e condicionantes da saúde em seu art. 3º, com a redação dada pela Lei nº 12.864/2013: **os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.**

1.3 Configuração institucional do direito à saúde

A maioria dos autores citam o art. 196 (**A saúde é direito de todos e dever do Estado, [...]**) como fazendo parte da declaração do direito à saúde, juntamente com o art. 6º, acima transcrito.

Peço vênia para discordar. Os arts. 196, 197, 198, 199 e 200, todos da Seção II (Saúde), Cap. II (Seguridade Social), Tit. VIII (Ordem Social), são garantias institucionais, isto é, mecanismos visando a possibilitar a efetivação do direito à saúde. Se elas não existissem, continuaria existindo o direito fundamental à saúde, declarado no art. 6º, e suas contínuas alterações em nada alteraram o núcleo essencial desse direito. SARLETd (2008) e FIGUEIREDO (2007, p. 46) reconhecem a existência dessas garantias pelo menos no que se refere ao Sistema Único de Saúde (SUS), sendo que, para SARLETd (2008), o SUS é uma garantia jusfundamental e, como o próprio direito à saúde, insuscetível de modificações efetuadas tanto pelo legislador ordinário quanto do constituinte derivado. No mesmo sentido, NUNES JR. (2009) afirma que a saúde é um direito e uma instituição e que o legislador constituinte criou uma garantia para a efetiva aplicação desse direito – a afetação de recursos para o seu financiamento (art. 198, §§ 1º e 2º).

Por uma questão meramente didática, podem-se dividir essas garantias da seguinte maneira:

- a) compreensão e extensão do direito à saúde;
- b) prescrição de princípios operacionais;
- c) estabelecimento de estrutura operacional;
- d) prescrição de mecanismos de financiamento do sistema.

1.3.1 Compreensão e extensão do direito à saúde

De acordo com COHN (2002), antes da Constituição de 1988, havia, no âmbito da saúde, três dicotomias:

- (I) a primeira fazia a contraposição entre **medicina preventiva**, concretizada através de campanhas de combate a endemias e epidemias, como a febre amarela e a varíola, e medicina curativa, concretizada por intermédio dos serviços de assistência médica;

- (II) a segunda contrapunha **saúde pública**, a cargo do Estado através do Ministério da Saúde, encarregada da medicina preventiva, muito embora, com o tempo, o Estado tenha assumido a prestação de serviços médicos, e **medicina privada**, a cargo das CAPs (Caixa de Aposentadorias e Pensões) inicialmente e, depois, dos IAPs (Institutos de Aposentadorias e Pensões), destinada a dar assistência médica aos trabalhadores vinculados a esses Institutos através de um contrato de seguro;
- (III) a terceira fazia distinção entre trabalhadores urbanos com carteira assinada (uma espécie de classe privilegiada), vinculados ao um Instituto de Aposentadoria e Pensões, que tinha um direito à assistência médica frente a este IAP, e uma população carente, constituída de trabalhadores urbanos informais, empregados domésticos e trabalhadores rurais, cuja assistência médica era proporcionada por entidades religiosas ou filantrópicas, inicialmente, muito embora, com o tempo, o Estado a fosse assumindo em caráter suplementar. Essa população carente não tinha nenhum direito à saúde perante nenhuma entidade pública ou privada.

Os constituintes de 1988 foram influenciados pelos participantes do Movimento de Reforma Sanitária, no que se refere à parte dedicada à saúde. Por outro lado, esses participantes eram, em sua maioria, provenientes de movimentos de esquerda, contestadores do regime militar, e trabalhavam com o conceito de cidadania de MARSHALL (1967), para quem a cidadania é um complexo de direitos que compreende os direitos civis, políticos e sociais e, dentro destes, o direito à saúde. Eles propunham os seguintes princípios para a saúde:

- (I) estatização dos serviços de saúde;
- (II) constituição do Sistema Único de Saúde (SUS);

(III) descentralização, universalização e equidade do direito à saúde.

A novidade da Constituição de 1988 está em:

- (I) **Declarar que a saúde** – em sua acepção lata, engloba promoção, proteção e recuperação, é um direito do indivíduo, integra sua cidadania, não uma concessão discricionária do Estado.
- (II) **Declarar que a saúde** é um direito de todos, não apenas dos segurados dos institutos de previdência. Faz parte da cidadania e, portanto, não está condicionada à contribuição anterior.

Convém, porém, atentar para a verdadeira extensão desse direito. De acordo com a doutrina (no Brasil, SARLET, 2003; idem, 2009), cada direito fundamental se constitui em um complexo de direitos, compreendendo:

- (I) direito de defesa e
- (II) direito a prestações, este desdobrando-se em (iia) direito a prestações em sentido amplo (direito à proteção e direito de participação na organização e procedimento) e
- (III) direito a prestações em sentido estrito – direito a prestações materiais.

Reconduzindo-se o assunto para o problema em tela, há:

- a) um direito à saúde como direito de defesa que consiste em uma esfera de autonomia individual protegida contra ingerências e violações do Estado e dos outros indivíduos e que constitui objeto principalmente do Direito Penal. Este é, como qualquer direito de defesa, perfeitamente justiciável, no sentido de que seu titular pode apelar para o Judiciário contra toda e qualquer violação, parta de onde partir.

- b) um direito à saúde como direito à proteção que se consubstancia na atividade normativa do Estado visando a efetiva operacionalização das ações e serviços de saúde (Lei Orgânica da Saúde, regulamentação do SUS, leis orçamentárias, etc) e na atividade de fiscalização dessas ações e serviços (vigilância sanitária, por exemplo). No estado atual da arte, dificilmente se reconhece um direito do indivíduo de reclamar tal direito, podendo se utilizar da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.
- c) um direito à saúde como direito de participação na organização e procedimento. Como se verá mais adiante, a própria Constituição e a Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/90) prevêem a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde. Atualmente não há clareza de se o indivíduo tem o direito de exigir sua participação na gestão do SUS ou de exigir judicialmente a criação de instâncias comunitárias para a gestão do sistema mencionado.
- d) um direito à saúde como direito a prestações de ações e serviços. A questão aqui não é se o indivíduo tem um direito a prestações de ações e serviços de saúde, mas se esse direito é originário (derivado diretamente de normas constitucionais) ou derivado (de normas baixadas pelo legislador ordinário ao regulamentar as normas constitucionais relativas ao direito à saúde). Esse assunto, já tratado anteriormente, será visto novamente mais adiante.

(III) **declarar que a saúde** é um dever do Estado, não uma atividade discricionária que ele pode executar ou não de acordo com a conjuntura política e econômica e muito menos um favor do poderoso do dia.

E aqui cumpre fazer a distinção de SARLET (2003; idem, 2009)

Há um dever de proteção do direito à saúde, que se consubstancia tanto em atividades normativas (leis penais de punição das violações do direito à saúde, leis e regulamentos de vigilância sanitária, por exemplo) quanto em atividades administrativas, de polícia administrativa (fiscalização de atividades relacionadas à saúde direta ou indiretamente – fiscalização sanitária, por exemplo) e em atividades de polícia judiciária visando a coibir a prática de crimes e ilícitos contra a saúde e a integridade física dos indivíduos.

E há um dever de garantir o acesso às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde. Este está previsto no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.080/90: **o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação.**

Especificamente, no cumprimento de seu dever, o Estado deve:

- (I) elaborar um orçamento para financiar as ações e serviços de saúde, nos termos do art. 198, § 1º;
- (II) criar instituições e elaborar leis e regulamentos que visem a dar os instrumentos legais necessários à operacionalização das ações e serviços de saúde;
- (III) e, principalmente, formular e executar políticas públicas prevendo as ações e serviços que serão postos à disposição da população.

Vinculado a isso, há o princípio do não-retrocesso que proíbe:

- (I) que o Estado cesse de executar as ações e serviços de saúde já à disposição da população;
- (II) que o Estado diminua essa prestação em quantidade ou qualidade.

Finalmente, acrescentar que o Estado, de que fala o art. 196, é a República Federativa do Brasil, constituída pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios (art. 1º), vez que, de acordo com o disposto no art. 23, II, a saúde é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (SCHWARTZ, 2001).

1.3.2 Princípios operacionais

A Constituição é econômica em relação aos princípios que deverão reger a operacionalização do sistema de saúde. No art. 198 estão listados os seguintes:

- I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III – participação da comunidade.

A Lei nº 8.212/91 (Lei Orgânica da Seguridade Social) também enumera quase os mesmos princípios para as atividades de saúde (parágrafo único do art. 2º), diferindo apenas quanto à participação da iniciativa privada na assistência à saúde, obedecidos os preceitos constitucionais.

A Lei nº 8.080 (Lei Orgânica do Sistema de Saúde), de 19/09/1990, em seu art. 7º, complementa essa lista da Constituição e da Lei Orgânica da Seguridade Social, estabelecendo os seguintes princípios que deverão reger o funcionamento do sistema de saúde brasileiro:

- I – universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II – integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

- III – preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV – igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V – direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informação quanto ao potencial dos serviços de saúde e sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática
- VIII - participação da comunidade;
- IX – descentralização político- administrativa, com direção única em cada esfera de governo;
 - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
 - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde.
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
- XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

1.3.3 O Sistema Único de Saúde – SUS

As ações e serviços de saúde são prestados por uma rede de órgãos e instituições públicas, federais, estaduais e municipais, da

Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Públicos, que constituem um sistema – o Sistema Único de Saúde – SUS (Const., art. 198, **caput**; Lei nº 8.080/90, art. 4º).

O art. 200 enumera as atribuições do Sistema Único de Saúde (SUS):

- I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III – ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V – incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
- VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Seguindo determinação contida no art. 198, regulamentado pelo art. 9º da Lei nº 8.080/90, o Sistema Único de Saúde (SUS) tem a seguinte organização regionalizada e hierarquizada:

- Sistema Único de Saúde nacional, responsável pela elaboração e execução, fiscalização e controle da política nacional de

- saúde, sob a direção do Ministério da Saúde, cujo responsável/gestor é o Ministro da Saúde;
- Sistemas Únicos de Saúde Estaduais. Cada Estado da Federação brasileira deve contar com um sistema único de saúde, sob a direção de sua respectiva Secretaria de Saúde ou órgão correspondente, cujo responsável/gestor é o Secretário de Saúde ou o responsável pelo órgão correspondente;
 - Sistemas Únicos de Saúde Municipais. Cada Município deve contar com um sistema único de saúde, sob a direção de sua correspondente Secretaria de Saúde ou órgão correspondente, cujo responsável é o Secretário de Saúde ou o responsável pelo órgão correspondente.
 - Sistema Único de Saúde do Distrito Federal, sob a direção do Secretário da Saúde, cujo responsável é o respectivo Secretário de Saúde ou o responsável pelo órgão correspondente.

De acordo com o art. 10 da Lei nº 8.080/90, os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.

Cumpra assinalar que essa estrutura regionalizada era uma antiga demandado Movimento de Reforma Sanitária e é não somente uma forma de concretizar o princípio da democracia, mas também está de acordo com a importância conquistada pelos Municípios na Federação Brasileira (SCHWARTZ, 2001, p. 104).

1.3.4 O financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS)

Até a Constituição de 1988, o sistema de saúde brasileiro tinha duas fontes de renda: a previdência social e o orçamento do Ministério da Saúde. Do primeiro provinham mais de 80% da verba destinada à saúde, ficando a contribuição do Ministério da Saúde em pouco mais de 20% (CONASS, 2011).

Uma das muitas inovações da Constituição neste campo foi criar um orçamento único para o sistema de saúde, **ex-vi** do disposto no parágrafo único do art.198: **O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.**

Esse dispositivo constitucional foi regulamentado pelo art. 31 da Lei nº 8.080/90 nos seguintes termos:

“O orçamento da Seguridade Social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.”

Além destes, o art. 32 da Lei nº 8.080/90 prevê outras fontes de recursos para o financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS), como ajuda, contribuições, doações e donativos, etc.

De acordo com o art. 33 da Lei nº 8.080/90, os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob a fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde. Na esfera federal, esses recursos são administrados pelo Ministério da Saúde, através do Fundo Nacional de Saúde (FNS). Na esfera estadual, os recursos destinados aos sistemas estaduais de saúde devem ser depositados nos fundos estaduais dos respectivos Estados; no Distrito Federal e nos Municípios, os recursos destinados aos respectivos sistemas de saúde devem ser depositados nos fundos municipais ou no fundo distrital de saúde.

Todavia, o dispositivo contido no parágrafo único do art. 198 apresentava dois inconvenientes:

- (I) não previa um percentual mínimo das receitas previstas no art. 195 a ser aplicado na saúde;

- (II) dado o conceito amplo desta adotado pela Constituição, recursos destinados à saúde foram aplicados em alimentação (merenda escolar, por exemplo), saneamento básico, transporte, etc.

Para sanar esses dois inconvenientes foi promulgada a Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, que transformou o original parágrafo único em parágrafo primeiro e acrescentou os dois seguintes parágrafos ao art. 198:

& 2º – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no & 3º;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os art. 158 e 159, inciso I, alínea b e & 3º.

& 3º- Lei Complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I – os percentuais de que trata o & 2º;

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

- III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual e municipal;
- IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

A lei complementar prevista no & 3º acima transcrito foi baixada em 2012. É a Lei Complementar nº 141/2012.

Em primeiro lugar, a referida lei complementar define, no art. 3º, que ações e serviços devem ser considerados ações e serviços de saúde a serem custeados com os recursos do SUS.

Em seguida, no art. 4º, a lei complementar enumera as ações e serviços que não devem ser custeados com os recursos do SUS:

- (I) pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde;
- (II) pessoal ativo da área da saúde quando em atividade alheia à referida área;
- (III) assistência à saúde que não atenda ao princípio do acesso universal;
- (IV) merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressalvando-se o disposto no inciso II do art. 3º;
- (V) saneamento básico, inclusive quanto às ações financiadas e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos para essa finalidade.
- (VI) limpeza urbana e remoção de resíduos;
- (VII) preservação e correção do meio ambiente, realizados pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais;
- (VIII) ações de assistência social;
- (IX) obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde;

- (X) ações e serviços de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.

Em seguida, a citada lei complementar trata dos percentuais previstos no & 2º.

Art. 5º – A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

& 1º (vetado)

& 2º – Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata o **caput** não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para outro.

Art. 6º – Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, alínea a do inciso I e o inciso II do **caput** do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

Art. 7º – Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea b do inciso I do **caput** e o & 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

Art. 8º – O Distrito Federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto

da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal.

Art. 9º – Está compreendida na base de cálculo dos percentuais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios qualquer compensação financeira proveniente de impostos e transferências constitucionais previstas no & 2º do art. 198 da Constituição Federal já instituída ou que vier a ser criada, bem como a dívida, a multa e os juros de mora decorrentes dos impostos cobrados diretamente ou por meio de processo administrativo ou judicial.

Art. 10 – Para efeito do cálculo do montante de recursos previsto no & 3º do art. 5º e nos arts. 6º e 7º devem ser considerados os recursos decorrentes da dívida ativa, da multa e dos juros de mora provenientes de impostos e da sua respectiva dívida ativa.

Art. 11 – Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão observar o disposto nas respectivas Constituições ou leis orgânicas sempre que os percentuais nelas estabelecidos forem superiores aos fixados nesta Lei Complementar para aplicação em ações e serviços públicos de saúde.

1.4 Relevância pública da saúde

Dispõe o art. 197: São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

De acordo com GRAU (1992), esse dispositivo tem a única finalidade de permitir a atuação Ministério Público nas ações e serviços de saúde, executados pelo setor público ou pelo setor privado, todas as vezes que houver desrespeito ao direito fundamental à saúde, **ex-vi** do disposto no art. 129, II.

1.5 A iniciativa privada na assistência à saúde

Durante a constituinte houve intenso embate entre os defensores da privatização dos serviços de saúde, o que já vinha ocorrendo, em parte, durante o governo militar, e os integrantes do Movimento de Reforma Sanitarista que postulavam um sistema de saúde estatal, que desse cobertura a todos os brasileiros, independentemente de sua condição econômica e social, sendo a saúde um dos elementos que compõem a cidadania, como vem sendo repetido neste trabalho.

A Constituinte, de certa maneira, adotou a posição dos integrantes do Movimento Sanitarista, pois criou um sistema nacional de saúde, destinado a propiciar ações e serviços de saúde a todos os brasileiros, independentemente de condição econômica ou social, mas não estatizou completamente a atividade, permitindo a atuação da iniciativa privada no âmbito da saúde, consoante o disposto no art. 199 – A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Para ARAGÃO (2009), a iniciativa privada atua no âmbito da saúde de duas maneiras:

De forma complementar, como delegatária do Sistema Único de Saúde, de acordo com o disposto no § 1º do art. 199: **As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos;**

De direito próprio. A saúde não é um monopólio estatal (art. 177), sendo uma atividade econômica que tanto poderá ser prestada pelo Estado sob a forma de serviço público (art. 175) como pela empresa privada. E, nesta hipótese, ela o faz não como delegatária do SUS, mas de direito próprio, regida pelas normas do direito privado, muito embora submetida à regulamentação, fiscalização e controle do poder estatal (art. 197)

Essa posição de ARAGÃO está conforme às disposições da Lei nº 8.080/90:

Art. 20 – Os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde.

Art. 21 – A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Art. 23 – É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou de capitais estrangeiros na assistência à saúde, salvo através de doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimo.

Art. 24 – Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único – A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25 – Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).

1.6 Participação da comunidade na gestão do SUS

Cumpramos recordar, mais uma vez, que o atual SUS foi fruto das propostas do movimento denominado REFORMA SANITÁRIA. E cumpramos recordar também que este era um movimento de contestação ao regime militar, de orientação de esquerda, que enfatizava o valor da cidadania, tanto pelo usufruto dos direitos a ela inerentes como pela participação dos cidadãos na gestão dos negócios da comunidade, no caso aqui tratado, do sistema único da saúde.

Essa participação está prevista constitucionalmente, como diretriz do SUS, no inciso III do art. 198: As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] III – participação da comunidade.

Essa participação foi regulamentada pela Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

De acordo com a mencionada lei, haverá na União, em cada Estado e em cada Municípios:

I – a Conferência de Saúde – constituída de representantes de vários segmentos sociais.

Reunir-se-á a cada quatro anos para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde em sua esfera de competência.

II – Conselho de Saúde – constituído de representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários.

É órgão permanente e deliberativo e atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde em sua esfera de competência.

1.7 A exigibilidade do direito à saúde

O Estado, por intermédio do SUS, está obrigado a propiciar aos indivíduos assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, **ex-vi** do disposto na alínea d do inciso I do art. 6º da Lei nº 8.080/90.

Consoante o disposto no art. 19 da Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, que alterou a Lei nº 8.080/90, essa assistência terapêutica integral consiste em:

- a) dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde (próteses, por exemplo), cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser

tratado ou, na falta de protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19P.

- b) oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde (SUS), realizados em território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Essa oferta de medicamentos e de procedimentos terapêuticos feita pelo SUS à população está condicionada pela previsão de recursos financeiros na lei orçamentária. É a aplicação do princípio da reserva do possível no campo da saúde.

Cada indivíduo tem o direito de exigir esses medicamentos e produtos de interesse para a sua saúde, bem como os tratamentos (procedimentos terapêuticos) necessários para a sua recuperação.

Essa exigência é feita geralmente ao SUS ou, em caso de recusa ou mau atendimento, à Justiça.

Até aí inexistente problema algum. O problema começa a aparecer quando o indivíduo exige medicamento ou tratamento não constante da tabela do SUS. Ou, no caso de tratamento, este consta da tabela do SUS, mas o pedido é que seja realizado fora do território nacional.

A orientação geral, como era de se esperar, é indeferimento desses pedidos, a não ser que haja perigo real para a vida do postulante ou comprometimento para a sua saúde. Nessas hipóteses, os Juízes, principalmente de primeira instância, deferem o pedido com base no princípio do mínimo existencial, já estudado acima.

Entretanto, essa orientação jurisprudencial tem sido objeto de críticas:

- I – tem autorizado tratamentos e usos de medicamentos, principalmente no exterior, cujos resultados ainda não foram comprovados cientificamente;

II – esses tratamentos e medicamentos extraordinários, mesmo de resultados comprovados, custam muito caro, comprometendo grande parte dos recursos destinados ao atendimento de toda a população;

III – nesse sentido, são injustos e iníquos, vez que o benefício de uns poucos, geralmente de bom nível sócio-econômico, com capacidade para contratar um bom advogado, pode significar o prejuízo de muitos.

Entretanto, todos reconhecem que esse problema coloca um dilema para o juiz:

- (a) atende o pedido e salva uma vida de um e põe em risco a vida de muitos e
- (b) não atende o pedido e protege toda uma população.

Só que a solução desse dilema não é fácil para o juiz porque o postulante é uma pessoa concreta e o indeferimento do pedido pode significar a sua morte, enquanto a população é algo abstrato.

Parece que atualmente não se discute mais se a saúde é um direito exigível, se a ele se deve aplicar o princípio da reserva do possível ou o do mínimo existencial. O que se procura são critérios objetivos para que o juiz resolva o dilema acima.

2.1 Considerações gerais

Consta da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948, art. XXV: **Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar, a si e à 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 em circunstâncias fora de seu controle.**

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais dispõe no art. 9º: **Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social.**

Não está previsto nas Constituições de 1824 e 1891, todas influenciadas pelo liberalismo puro. Mas consta das constituições de 1934, 1937 e 1946 não como direito fundamental, mas como princípio a reger a ordem econômica e social e com variada designação. A classificação da previdência como direito aparece na Constituição de 1967, mas não como direito fundamental.

Constituição de 1934, art. 121, & 1º: **A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: (h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante [...] e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidente do trabalho ou de morte.**

Constituição de 1937, art. 137: **A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: (m) a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho.**

. Constituição de 1946, art. 157: **A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão aos seguintes preceitos, além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores: XVI – previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte.**

Constituição de 1967 altera a orientação das anteriores. No art. 158 não enumera princípios a serem seguidos pela legislação, mas direitos dos trabalhadores: **A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, [...]: XVI – previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e nos casos de doença, velhice, invalidez e morte.**

A Constituição de 1988 a coloca, como aos demais direitos sociais, no rol dos direitos fundamentais.

Art. 6º – **São direitos sociais [...], a previdência social, [...].**

2.2 A evolução da previdência social no Brasil

Apesar de sua filiação ao liberalismo puro, foi na vigência da Constituição de 1891 que foi dado o primeiro passo para a constituição do sistema brasileiro de previdência social, com a Lei ELOY CHAVES, de 1923.

Numerosos autores (LEITE e VELLOSO, 1963; MALLOY, 1986; OLIVEIRA, 1987; GURGEL, 2007; SANTOS, 2009) trataram da evolução da previdência social no Brasil.

Utilizando-se das informações contidas nesses trabalhos, podem-se apresentar como principais marcos institucionais e estruturais do sistema brasileiro de previdência social:

I - **1923** – Neste ano foi aprovada a Lei ELOY CHAVES, que estabeleceu as bases legais e conceituais da posterior previdência social (MALLOY, 1986, p. 48). A citada lei determinava a criação de Caixas de Aposentadoria e Pensões em cada uma das estradas de ferro privadas no país. Com o tempo, foram criadas várias Caixas de Aposentadorias e Pensões para todos os empregados das empresas de serviços públicos, privadas e estatais: telefone, luz, gás, esgoto, carris, telégrafos sem fio ou por cabo, bem como para os empregados das empresas de mineração, transporte aéreo, etc.

São traços característicos das Caixas de Aposentadorias e Pensões:

- (a) trata-se de um seguro privado;
- (b) organizado por empresa;
- (c) totalmente financiada por contribuições dos empregados e da empresa;
- (d) e administrado por conselhos de empregadores e empregados

As Caixas davam quatro benefícios para manter a renda e a saúde do trabalhador e de sua família:

- Socorros médicos em caso de doença do trabalhador ou em pessoa de sua família;
- Medicamentos obtidos por preço especial determinado pelo Conselho de Administração;
- Aposentadoria especial ou por invalidez;
- Pensão para seus herdeiros em caso de morte.

Em 1937, havia 183 Caixas de Aposentadorias e Pensões.

II - **1933** – Criação do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos (IAPM) e o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes (IAPC). Nos anos subsequentes foram criados o IAPB, IAPI e IPASE e IAPETEC.

Os IAP's foram criados para substituir as Caixas de Aposentadoria e Pensões.

São seus traços característicos:

- (a) trata-se de um seguro público ou social;
- (b) os institutos são instituições públicas (autarquias federais);
- (c) são organizados não mais por empresas mas por categoria econômica em todo território nacional;
- (d) a filiação é obrigatória;
- (e) o empregado é obrigado a contribuir com certa porcentagem de seu salário
- (f) fazendo jus a uma série de benefícios.

III - **1960** – Foi promulgada a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), que uniformizou os benefícios assegurados pelos vários institutos de previdência social existentes no país.

No entanto, convém acrescentar, à margem da informação de GURGEL, que a LOPS, ao encerrar uma discussão de duas décadas em torno da reforma da previdência social, tentou manter um equilíbrio precário entre os vários interesses em jogo:

1. houve uma padronização dos benefícios, não uma unificação do sistema de previdência social, permanecendo este segmentado em vários IAP's;
2. o seguro de acidente do trabalho ficou com as empresas privadas de seguro;
3. a extensão da assistência médica a todos os segurados da previdência acarretou o início de sua privatização, vez que serviços de assistência médica passaram a ser comprados da iniciativa privada pelo Estado;

4. a universalização da previdência, com a incorporação dos trabalhadores rurais, autônomos e empregados domésticos permaneceria letra morta, pois a lei não previa mecanismos para seu financiamento (DELGADO, 2001, p. 148/9).

Além disso, a LOPS representou o encerramento de um processo de mudança substancial na previdência social brasileira: o sistema previdenciário original baseava-se nos princípios de capitalização e de contenção dos benefícios. Com a LOPS o sistema passou a basear-se no princípio de repartição simples e de expansão dos benefícios e de beneficiários (DELGADO, 2001, p. 149).

IV – **1966** - Unificação institucional da previdência social por intermédio do Decreto-Lei nº 72 que extinguiu os IAP's existentes e criou o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

V - **1977** – Deu-se continuidade ao processo de unificação institucional da previdência social através da Lei nº 6.439/77 que criou o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), constituído de:

- INPS – Instituto Nacional de Previdência Social – responsável pela concessão e manutenção de benefícios;
- INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – prestação de assistência médica aos segurados e seus dependentes; .
- IAPAS – Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social;
- LBA – Legião Brasileira de Assistência – assistência ao idoso;
- FUNABEM – Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – assistência ao menor;
- CEME – Central de Medicamentos – assistência farmacêutica

- DATAPREV – Empresa de Processamento de Dados da Previdência.

VI - **1988** – A Constituição promoveu profundas modificações no sistema da previdência social:

- (I) a incluiu no rol dos direitos fundamentais (art. 6º);
- (II) a incluiu também no sistema da seguridade social (art. 194);
- (III) criou uma série de garantias institucionais visando preservá-la contra a ação erosiva do legislador ordinário (arts. 201 e 202).

VI - **1990** – Dec. nº 99.350/90 cria o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) mediante a fusão do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS) e do Instituto Nacional da Previdência Social (INPS).

VII - **1998** – Promoção da 1ª Reforma da Previdência, com supressão de conquistas constitucionais e direitos sociais de trabalhadores privados e servidores públicos. A Emenda Constitucional nº 20/98 substituiu o conceito de tempo de serviço pelo de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria.

VIII - **2003** -Promoção da 2ª Reforma e Previdência, com supressão de conquistas constitucionais e direitos sociais dos trabalhadores privados e servidores públicos. A Emenda Constitucional nº 41/2003 autoriza a cobrança da contribuição dos inativos para o custeio da Previdência Social.

2.3 Conceito de previdência

A previdência é essencialmente segurança contra os riscos da doença, do desemprego, da invalidez, da velhice, da morte, etc.

É um sistema de seguro obrigatório estatal, na conceituação de MALLOY (1986, p. 13).

Para LEITE e VELLOSO (1963), a **previdência social** é, em última análise, uma forma de manutenção ou reforço do salário, nos vários casos em que este deixa de ser recebido ou se torna necessário complementá-lo, mediante pagamentos especiais ou prestação de determinados serviços (p. 30).

E continuam: **Mais objetivamente, pode-se definir a previdência social como conjunto de medidas, a cargo do poder público, destinadas a proteger as classes assalariadas e tanto quanto possível a população em geral contra determinadas situações que afetam a capacidade econômica individual ou familiar, seja pela cessação dos rendimentos, seja pela superveniência de necessidades especiais (id., ibidem).**

E essa segurança foi uma preocupação permanente do homem. De acordo com a doutrina, a previdência social teve a seguinte evolução:

- a) **previdência individual** – constituída principalmente pela poupança individual, em que os indivíduos separam e guardam parte de suas rendas para fazer frente a necessidades futuras. Pode fazê-lo guardando o dinheiro em casa, **debaixo do colchão**, ou depositando-o as em caixas econômicas ou, modernamente, em contas de poupança nos bancos. As desvantagens normalmente apresentadas estão no fato de que os encargos de enfrentamento das necessidades recairão totalmente sobre o poupador.
- b) **previdência coletiva** – constituída pela poupança de um grupo de pessoas destinada a um fim comum, a satisfação de certas necessidades sociais estabelecidas em contrato.

Esse tipo de poupança coletiva subdivide-se em **mutualismo e seguro privado**.

No mutualismo, um grupo de pessoas contribui para a constituição de um fundo financeiro destinado ao atendimento de certas necessidades sociais. Foram utilizados pelas corporações, guildas, confrarias, etc.,

que, mediante contribuições de seus membros, constituíram fundos destinados ao atendimento das necessidades sociais de seus membros, como a doença, a invalidez, a morte, etc. O traço característico desse tipo de previdência privada coletiva é que segurado e segurador são uma única pessoa.

Já no seguro privado, o indivíduo (seguro individual) ou grupo de pessoas (seguro coletivo) celebra um contrato de direito privado com uma empresa seguradora, segundo o qual o segurado se compromete a pagar uma determinada quantia (prêmio) à seguradora que se compromete a, no futuro, assegurar-lhe uma prestação, determinada no contrato.

Uma das grandes desvantagens desse tipo de previdência privada está no fato de que ela é voluntária.

c) previdência social - O que a doutrina tem afirmado é que os tipos de previdência privada – poupança individual, mutualismo e seguro – são instrumentos inespecíficos de previdência social, no sentido de que pertencem ao Direito Privado e se destinam a diferentes finalidades.

A previdência social distingue-se desses tipos de previdência privada pelo fato de haver criado um instrumento específico de garantia das necessidades sociais – o seguro social.

Para tanto, tomou o instituto do seguro de empréstimo do Direito Privado, mas lhe deu características próprias:

- (I) é um seguro público, vez que instituído por lei;
- (II) destina-se exclusivamente ao atendimento de certas e determinadas necessidades sociais;
- (III) é obrigatório, no sentido de que o indivíduo está a ele vinculado desde que satisfeitos certos requisitos previstos em lei (no caso do Brasil, desde que seja empregado formalmente por um empregador público ou privado) e

(IV) concretiza-se mediante um ato unilateral da Administração Pública e não mediante um contrato celebrado pelo segurado e, conseqüentemente, suas cláusulas e condições são insuscetíveis de discussão por parte deste. Além disso, resolveu um dos grandes problemas da previdência privada: a incapacidade contributiva. Normalmente, os trabalhadores não se filiavam a uma entidade de auxílio mútuo, nem contratavam um seguro privado pela incapacidade de arcar com os custos das contribuições. A previdência social resolveu esse problema repartindo o encargo financeiro da previdência social entre o empregado e o empregador (DURAND, 1953; PASTOR, 1973).

Isso tudo está de acordo com a definição de PASTOR (1973): **os seguros sociais são seguros obrigatórios, de origem legal, administrados por entes públicos e dirigidos especificamente para proteger necessidades sociais derivadas de riscos que afetam a indivíduos determinados legal** (p. 63).

No entanto, deve-se advertir que o caráter obrigatório do seguro social não é absoluto, vez que a lei pode permitir a existência do seguro facultativo.

2.4 Configuração institucional da previdência social

A previdência social é objeto dos artigos 201 e 202 da Constituição.

Continua-se insistindo no caráter meramente institucional dos dispositivos constantes Tit. VIII e aqui com maior razão porque as reformas introduzidas pela Emenda Constitucional nº 20/1998 (substituição do conceito de tempo de serviço pelo de tempo de contribuição) e pela Emenda Constitucional nº 41/2003 (contribuição dos inativos para o custeio da previdência social) não teriam sido possíveis, se esses

dispositivos contivessem normas declaratórias de direitos fundamentais, **ex-vi** do disposto no art. 60, & 4º, IV.

2.4.1 Princípios da previdência social

De acordo com NOGUEIRA (2009, p. 61), a Constituição de 1988 estruturou o sistema previdenciário brasileiro sobre três (3) pilares:

- Regime Geral da Previdência Social (RGPS). É o sistema básico destinado aos trabalhadores do setor privado e aos servidores públicos não amparados por regime próprio de previdência.
- Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS)

São instituídos pela União, Estados e Municípios em favor de seus servidores titulares de cargos efetivos. Estão disciplinados pelo art. 40 da Constituição e não fazem parte do Sistema Nacional da Previdência Social, que tem o Instituto Nacional de Seguro Social como órgão executor.

- Regime de Previdência Complementar Privada.

É objeto do art. 202: **O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado e regulado por lei complementar.**

O Regime Geral da Previdência Social (RGPS), de que trata o art. 201, **caput**, rege-se pelos princípios gerais da seguridade social (art. 194) e pelos princípios enumerados no art. 2º da Lei nº 8.213/91 (Plano de Benefícios).

A doutrina (ROCHA, 2004) enumera os seguintes princípios específicos da Previdência Social:

2.4.1.1 Solidariedade

Em conformidade com ROCHA (2004), a Constituição de 1988 erigiu a solidariedade como um princípio estruturador do Estado Brasileiro, **ex-vi** do disposto no art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- (I) construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]
- (II) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

No caso específico da previdência social, essa solidariedade é concretizada através do princípio da partição: os trabalhadores atuais financiam, com sua contribuição, os benefícios pagos pela previdência aos segurados que a eles fazem jus, na forma da lei (MARTINS 2003, p. 304).

2.4.1.2 Universalidade de cobertura

Universalidade aqui tomada em seu aspecto subjetivo, isto é, referente às pessoas abrangidas pelo sistema de seguro social.

De acordo com ROCHA (2004), trata-se de uma universalidade mitigada, vez que, em princípio, abrange apenas os que contribuíram para o custeio do sistema.

Não é demais lembrar que, no início, o sistema da previdência social abrangia apenas os trabalhadores urbanos portadores de Carteira do Trabalho, sendo excluídos do sistema os trabalhadores rurais, bem como os trabalhadores urbanos autônomos e os empregados domésticos.

Em 1963, com o Estatuto do Trabalhador Rural (Lei n. 4.214/63), a previdência social foi estendida aos trabalhadores rurais; em 1973, a Lei nº 5.890 incorporou os trabalhadores autônomos ao sistema previdenciário e, em 1980, a Lei nº 6.887, a medida foi estendida aos empregados domésticos, aos trabalhadores avulsos e aos temporários.

Como se vê, tende-se à implementação do princípio da universalidade de cobertura, sem desconhecer, no entanto, que há muita gente fora do sistema, principalmente no mercado informal do trabalho.

2.4.1.3 Proteção contra os riscos sociais

A Constituição não somente prevê um direito à segurança como um direito individual, no sentido de garantia de todas as liberdades do indivíduos contra as violações cometidas pelo Estado ou pelos indivíduos, como se viu anteriormente. Mas também prevê um direito à segurança como direito social, consoante o disposto no art. 6º. É a chamada seguridade social.

No âmbito da seguridade social, a Constituição não somente garante um direito à saúde, mas também um direito à previdência social.

Esta é uma garantia contra os danos causados na vida econômico-financeira do indivíduo por certos eventos em geral involuntários. É nesse sentido a definição de previdência social dada pela Lei nº 8.212/91 (Lei Orgânica da Seguridade Social – art. 3º) e pela Lei nº 8.213/91 (Planos de Benefícios da Previdência Social – art. 1º): a previdência social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependem economicamente.

Distingue-se de outros segmentos da seguridade social, como a saúde e a assistência social, nos seguintes aspectos:

- (I) é um seguro de filiação obrigatória (art. 201, **caput**);
- (II) só tem direito aos seus benefícios aquele que contribuiu, isto é, tem caráter contributivo (art. 201, **caput**);
- (III) não se propõe a cobrir todos os riscos da vida, mas somente a alguns, previstos na lei, riscos aqui tomados no sentido da

linguagem comum do seguro: aqueles fatos ou acontecimentos que comumente ocorrem na vida de todos os homens – doença, invalidez, velhice, morte, maternidade (sob certos aspectos) -, desajustando-os de suas condições normais, de modo a não poderem, em regra, com seus próprios meios, voltar a elas (OLIVEIRA, 1987, p. 24. É a aplicação do princípio da seletividade (art. 194, III).

De acordo com o art. 201 da Constituição, a previdência social atenderá a:

- I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III – proteção do trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV – salário família e auxílio reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

2.4.1.4 Obrigatoriedade

A criação de sistemas estatais de previdência social trouxe vantagens para o Estado liberal:

- (I) enfraqueceu, nos meios sindicais, a atração pelas soluções apontadas pelos socialistas e comunistas para os problemas dos trabalhadores;
- (II) reduziu os custos do Estado com o atendimento das necessidades de assistência social, vez que o sistema era totalmente financiado pelos empresários e trabalhadores.

Trouxe vantagens também para os empresários :

- (I) reduziu custos de tratamentos e indenizações decorrentes de acidentes do trabalho e outros danos para a saúde do trabalhador que, de acordo com a teoria da responsabilidade objetiva então adotada, recaíam totalmente na sua conta;
- (II) nivelava a concorrência dentro do Estado para as empresas que já custeavam algum tipo de atendimento.

Já para os trabalhadores em geral a imposição de uma obrigação de financiar o sistema de previdência social representou um ônus nem sempre desejado por eles. Daí que a obrigatoriedade é uma imposição lógica (ROCHA, 2004, p. 151).

A vinculação obrigatória ao sistema de previdência social está prevista no art. 201, **caput** (A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de **filiação obrigatória**, [...]).

A vinculação ao sistema previdenciário é obrigatória tanto para o trabalhador quanto para o empresário. Para o trabalhador, a filiação é automática, a partir do momento em que este inicia suas atividades laborais, e se mantém enquanto este continua em atividade.

Com a filiação vem a obrigação de contribuir, isto é, o desconto compulsório da contribuição estipulada em lei de sua remuneração.

O desconto é efetuado pelo empregador, bem como seu recolhimento ao órgão competente. É o que determina o art. 30 da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei nº 8.212/91).

O não recolhimento e consequente desvio das contribuições dos empregados pelo empregador constitui crime de apropriação indébita nos termos do art. 168-A do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.983/2000.

2.4.1.5 Equilíbrio financeiro e atuarial

Princípio previsto no art. 201 da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998: **A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, [...].**

Segundo GUSHIKEN (2002), o equilíbrio atuarial funda-se em complexos cálculos matemáticos e hipóteses sobre o futuro e determina que o total das contribuições, acrescido dos respectivos juros, deverá ser igual ao total dos pagamentos de benefícios que se efetuará no futuro. Já o equilíbrio financeiro tem uma conotação mais simples: exige compatibilidade entre os fluxos de receita e despesa (p. 21).

2.4.1.6 Irredutibilidade do valor real dos benefícios

O objetivo do dispositivo em questão é preservar o valor real do benefício pecuniário recebido pelo beneficiário, quando faltar a renda advinda do trabalho ou em ocasiões assemelhadas.

Esta era uma preocupação constante dos segurados da previdência social no período anterior à Constituição. Naquele época, inexistia correção dos salários-de-contribuição antes da concessão e inexistia correção dos benefícios após a sua concessão (ROCHA, 2004, p. 168).

A Constituinte de 1988 procurou resolver essas duas situações inscrevendo a irredutibilidade dos benefícios entre os princípios da seguridade social (art. 194, IV). Mais adiante dispõe no art. 201, §§ 3º e 4º:

& 3º – Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei.

& 4º – É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

2.4.1.7 Contributividade

ROCHA (2004) não enumera este princípio. No entanto, como lembra MARTINEZ (2009, p. 16), a contributividade é um princípio fundamental da previdência social, introduzido no **caput** do art. 201 e enfatizado pela Emenda Constitucional nº 20/98.

2.4.2 Beneficiários

A Constituição de 1988 não trata diretamente dos beneficiários da Previdência Social. Refere-se a estes excepcionalmente nos §§ 5º e 12, como se verá mais adiante. O assunto é tratado na Lei nº 8.213/91 (Planos de Benefícios da Previdência Social).

Consoante o disposto na citada lei, os beneficiários se dividem em:

- (I) segurados e
- (II) dependentes (art. 10).

2.4.2.1 Segurados

De acordo com a lei, os segurados podem ser divididos em:

- a) obrigatórios – empregado, urbano e rural, empregado doméstico, contribuinte individual (autônomo, trabalhador eventual, equiparado a autônomo e empresário), trabalhador avulso e segurado especial (produtor, parceiro, meeiro e arrendatário rurais; seringueiro, pescador artesanal e assemelhado).

- b) facultativos – Na redação original do art. 201 da Constituição de 1988 consta o & 1º: **Qualquer pessoa poderá participar dos benefícios da previdência social, mediante contribuição na forma dos planos previdenciários.**

A Emenda Constitucional nº 20/98, que alterou a estrutura e o conteúdo do art. 201, restringiu a presença do segurado facultativo no regime geral de previdência social, **ex-vi** do disposto no & 5º: **É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência.**

A figura do segurado facultativo está prevista no art. 13 da Lei nº 8.213/91, nos seguintes termos: **É segurado facultativo o maior de 14 (quatorze) anos que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, [...].**

Regulamentando esse dispositivo, dispõe o art. 11 do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/1999): **É segurado facultativo o maior de dezesseis anos de idade que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, na forma do art. 199, desde que não esteja exercendo atividade remunerada que o enquadre como segurado obrigatório da previdência social.**

De acordo com o & 1º do art. 11, podem filiar-se facultativamente, entre outros: a dona de casa, o síndico de condomínio (quando não remunerado), o estudante, o estagiário e qualquer outra pessoa não classificado como segurado obrigatório e que deseje se filiar ao sistema previdenciário, como o presidiário sem atividade remunerada e sem vínculo com qualquer regime e o desempregado.

Ainda segundo a legislação vigente, o desempregado, mesmo sem pagar contribuição à previdência social, permanece fazendo jús aos benefícios previdenciários durante 12 (doze) meses. É o chamado

período de graça. Expirado esse prazo e se continuar desempregada, a pessoa pode filiar-se facultativamente ao sistema previdenciário.

2.4.2.2 Dependentes

Por força do disposto no art. 16 da Lei nº 8.213/91, são considerados dependentes do segurado e, portanto, beneficiários da Previdência Social:

I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

Companheira ou companheiro, de acordo com a lei, é a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição (art. 16, § 3º).

Também por força da lei, é equiparado ao filho o enteado e o menor tutelado, mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica (art. 16, § 2º)

II – os pais; ou

III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido (Lei nº 8.213/91, art. 16).

Consoante o disposto no § 1º do art. 16, a existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

2.4.3 Benefícios

A previdência social tem uma finalidade precípua: assegurar uma renda para o segurado ou para sua família, quando o segurado

é vitimado por um dos fatos, em geral danosos, enumerados no item 2.4.3.1.

2.4.3.1. Benefícios decorrentes de fatos danosos

I - Doença

A) Auxílio-doença (seguro- doença, auxílio-enfermidade)

Um dos efeitos da doença é incapacitar, temporariamente, o indivíduo para o trabalho, diminuindo-lhe, drasticamente, a renda e, assim, atingindo a subsistência e o bem estar seus e de sua família.

Para fazer frente a esse fato danoso, o sistema previdenciário prevê o auxílio-doença, previsto no art. 59 da Lei nº 8.213/91 (Planos de Benefícios da Previdência Social, nos seguintes termos:

“O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O auxílio-doença é devido ao segurado pelo sistema de previdência social a partir do 16º dia de seu afastamento do trabalho (Lei nº 8.213/91 – art. 60), sendo os primeiros 15 (quinze) dias de afastamento pagos integralmente pela empresa empregadora. Depende, em princípio, de um período de carência de 12 (doze) prestações (Lei nº 8.213/91 – art. 25, I), exceto:

- (I) nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos em que o segurado, após filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social, for acometido de alguma das doenças e afecções

especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e do Trabalho e da Previdência Social a cada três anos (Lei nº 8.213/91, art. 26, II);

- (II) nos casos dos segurados especiais – pequeno produtor rural, seringueiro ou extrativista, pescador artesanal (art. 26, III, combinado com o art. 11, VII).

O valor do auxílio-doença corresponde a 91% do salário-de-benefício (Lei nº 8.213/91, art. 61).

B) Aposentadoria por invalidez

Mas a doença pode incapacitar o indivíduo para o trabalho ou para o exercício de sua atividade habitual de maneira permanente ou por um período bastante longo. Nesta hipótese, a lei cobre o dano com a aposentadoria por invalidez, prevista no art. 42 da Lei nº 8.213/91 (Planos dos Benefícios da Previdência Social):

“A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição”.

A aposentadoria por invalidez tem, em princípio, um caráter temporário, sendo concedida sempre por um tempo determinado.

Depende:

- (I) de carência de 12 meses de contribuição, nos termos do art. 25, I, da Lei nº 8.213/91, exceto nos casos previstos no art. 26, II e III da Lei nº 8.213/91 acima enumerados;

(II) de atestado médico, nos termos do art. 42, & 1º, da Lei nº 8.213/91.

Aposentado por invalidez, o segurado está obrigado a submeter-se a exame médico, a processo de reabilitação profissional e a tratamento exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos, tudo prescrito e custeado pela Previdência Social. A recusa em se submeter a exames, tratamentos e processos de reabilitação implicará a perda do benefício (Lei nº 8.213/91, art. 101).

Durante a aposentadoria por invalidez, o segurado faz jus a um benefício correspondente a 100% do salário-benefício (Lei nº 8.213/91, art. 44).

II - Morte (pensão por morte)

A morte do segurado é particularmente traumática na vida de uma família, não só por motivos afetivos, mas também porque a priva da renda de seu trabalho, talvez a única fonte de renda.

A Constituição prevê a cobertura do dano causado pela morte do segurado no art. 201, incisos I e V. Neste está prevista expressamente: pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, [...].

Pensão, na lição de MARTINS (2003) é gênero, compreendendo a pensão alimentícia do Direito Civil e a pensão por morte do Direito Previdenciário. Nesta última hipótese, a pensão por morte é benefício previdenciário pago aos dependentes em decorrência do falecimento do segurado (p.380).

Consoante o disposto no art. 74 da Lei nº 8.213/91 (Planos dos Benefícios da Previdência Social), a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, [...].

O valor da pensão por morte, de acordo com o art. 75 da Lei nº 8.213/91, será de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, [...].

III - Idade avançada (aposentadoria por idade)

Chega um momento em que o indivíduo não pode mais trabalhar por lhe faltar condições físicas e psicológicas por causa da idade avançada. Nesta hipótese, a lei prevê a aposentadoria por idade.

A aposentadoria por idade está prevista no art. 201, & 7º nos seguintes termos: & 7º – **É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:**

I - [...];

II – sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

Seguindo a orientação constitucional, a Lei nº 8.213/91 (Planos dos Benefícios da Previdência Social) estabelece dois tipos de idade para a concessão da aposentadoria por idade:

I - idade avançada para os trabalhadores urbanos, nos termos do art. 48 (caput):

A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher

II - idade avançada para os trabalhadores rurais, nos termos do art. 48, & 1º:

“Os limites fixados no **caput** são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso dos trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, [...]”

A carência prevista é de 180 contribuições mensais (Lei nº 8.213/91, art. 25, II). O valor mensal do benefício decorrente da aposentadoria por idade corresponde a 70% do salário-de-benefício (Lei nº 8.213/91, art. 50).

IV - Salário-maternidade

Está previsto na Lei nº 8.213/91:

Art. 71 – O salário- maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade

Diferentemente da maioria dos riscos cobertos pela previdência social clássica, o nascimento de filho não é, na maioria dos casos, um fato involuntário, nem infeliz. No entanto, pode ter repercussões danosas na vida de uma família, na medida em que impede a mãe de trabalhar (retirando-lhe a renda proveniente do trabalho) e traz mais despesas sob diversas formas.

Para fazer frente aos esses efeitos danosos do nascimento de filho, a Constituição concede à gestante uma licença (art. 7º, XVIII), isto é, concede-lhe um período de não-trabalho, considerado como de efetivo exercício para todos os efeitos, para que cuide adequadamente de seu filho.

Além dessa licença à gestante, concede-lhe um salário-maternidade que lhe será pago durante a vigência dessa licença.

Diferentemente do auxílio- natalidade, que é pago pela Assistência Social, o salário-maternidade é um benefício pago pela Previdência Social aos seus segurados. Mas, para os seus efeitos, na expressão segurada está compreendida a empregada formal urbana e a trabalhadora rural, a empregada temporária, a empregada doméstica, a trabalhadora avulsa, etc.

Além disso, faz jus ao salário- maternidade a pessoa que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança pelo período de 120 dias, se a criança tiver até 1 (um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade.

V - Desemprego involuntário (seguro-desemprego) e abono salarial

A Constituição de 1946, no título dedicado à ordem econômica e social, previa, como um dos princípios a reger a legislação do trabalho e a da previdência social, a assistência aos desempregados (art. 157, XV).

Mas, segundo DELGADO, 2001, p. 130), esta estava vinculada à assistência social, não sendo considerada um benefício previdenciário. Foi a Constituição de 1967 quem falou, pela primeira vez, em seguro- desemprego (art. 159, XVI), o que foi repetido na Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

O seguro-desemprego está consagrado, como direito fundamental social dos trabalhadores, no art. 7º, II, da Constituição de 1988. E a mesma Constituição de 1988 classifica esse direito social fundamental do trabalhador como um benefício previdenciário (art. 201, III) e não como uma prestação da assistência social.

Todavia, diferentemente dos outros benefícios, o seguro-desemprego não é financiado pelo orçamento da seguridade social, nem concedido pela Previdência Social.

De acordo com o art. 239 da Constituição, este seguro é financiado pelo Programa de Integração Social (PIS) e pelo Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), cujos recursos constituem, como fonte principal, o Fundo de Amparo do Trabalhador (FAT), instituído pela Lei nº 7.998/90

Consoante o disposto no art. 2º da Lei nº 7.998/90, com a redação dada pela Lei nº 10.608/2002, o FAT tem como finalidade: I – prover assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado em virtude dispensa sem justa causa, inclusive indireta; II - [...].

No mesmo dispositivo em que trata do financiamento do seguro-desemprego (art. 239), a Constituição institui um abono salarial anual a ser pago aos empregados que percebam de empregadores que contribuem para o Programa de Integração Social ou para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, até dois salários mínimos de remuneração mensal (art. 239, & 3º). Este abono tem o valor de um salário mínimo.

Regulamentando o dispositivo acima, dispõe o art. 9º da Lei nº 7.998/90:

“Art. 9º – É assegurado o recebimento de abono salarial no valor de um salário mínimo vigente na data do respectivo pagamento, aos empregados que:

- I – tenham percebido, de empregadores que contribuem para o Programa de Integração Social (PIS) ou para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), até dois salários mínimos médios de remuneração mensal no período trabalhado e que tenham exercido atividade remunerada pelo menos durante trinta dias no ano-base.

II – estejam cadastrados há pelo menos cinco anos no Fundo de Participação PIS-PASEP ou no Cadastro Nacional do Trabalhador.

VI - Salário-família e auxílio- reclusão para os dependentes de baixa.

a) Salário-família

O salário-família foi instituído pela Lei nº 4.266/63. De acordo com esta lei, era devido ao trabalhador regido pela Consolidação das Leis do Trabalho. Posteriormente, foi incorporado à Constituição de 1967 (art. 158, II), à Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 165, II) e à Constituição de 1988 (art. 7º, XII).

De acordo com o disposto no art. 201, IV, o salário-família é um benefício previdenciário, assegurado aos segurados da Previdência Social, não um benefício da Assistência Social. Na redação original da Constituição de 1988, este benefício era pago a todo segurado da Previdência Social.

A Lei nº 8.213/91 dispõe que o salário-família é devido a todo empregado, urbano ou rural, exceto ao doméstico, e ao trabalhador avulso, por cada filho ou equiparado (art. 65).

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 20/91 restringiu o benefício aos segurados de baixa renda e a Emenda Constitucional nº 72/2013 estendeu o benefício aos empregados domésticos.

b) Auxílio-reclusão

Já estava previsto na Lei Orgânica da Previdência Social (Lei nº 3.807/60) nos seguintes termos de seu art. 43: Aos beneficiários do segurado detento ou recluso, que não perceba qualquer espécie de remuneração da empresa, e que houver realizado no mínimo 12 (doze)

contribuições mensais, a previdência social prestará auxílio-reclusão, [...].

Somente a Constituição de 1988 incluiu o auxílio-reclusão entre os benefícios previdenciários (art. 201, IV).

Atualmente está regulamentado pelo art. 80 da Lei nº 8.213/91, nos seguintes termos: O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 20/98, restringiu o gozo do benefício aos segurados de baixa renda.

2.4.3.2-Benefícios não decorrentes de fatos danosos

I- Aposentadoria por tempo de contribuição.

MARTINS (2003), afirma que já estava prevista na Lei ELOY CHAVES, de 1923, sob a denominação de aposentadoria ordinária. Na Lei ELOY CHAVES, a citada aposentadoria estava condicionada a uma idade mínima (50 anos). De certa forma, essa exigência de uma idade mínima para a aposentadoria por tempo de serviço foi restabelecida pela Emenda Constitucional nº 20/98. Com efeito, em conformidade ao entendimento de MARTINS (2003), aposentadoria por tempo de serviço está condicionada por dois fatores:

- I) tempo de contribuição e
- (II) idade mínima.

MAGANO, citado por MARTINS (2003), sustenta que a aposentadoria por tempo de serviço não deveria existir por não haver risco

a ser coberto. Outros, no entanto, entendem que o risco existe representado pela idade avançada, após 35/30 anos de serviço (MARTINS, 2003).

A Constituição de 1988 foi a primeira a conter regras sobre o sistema da previdência social, tratando, inclusive, da aposentadoria.

Em seu art. 202, há a distinção, entre outras, entre a aposentadoria por idade, cujo direito se adquiria aos sessenta e cinco anos de idade, para os homens, e aos sessenta anos de idade, para as mulheres, e a aposentadoria por tempo de serviço, cujo direito se adquiria após trinta e cinco anos de trabalho, para os homens, e trinta anos de trabalho, para as mulheres.

A Constituição de 1988 também previa a aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, para os homens, e vinte e cinco anos de trabalho, para as mulheres.

Em 1998, alegando um constante déficit na previdência, causado, entre outras causas, pela aposentadoria precoce de trabalhadores que permaneciam como aposentados durante muito tempo, o Governo propôs e o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 20.

Uma das modificações mais significativas promovidas pela EC no 20/98 foi a substituição do requisito tempo de serviço por tempo de contribuição. O trabalhador não mais se aposenta com base no tempo efetivamente trabalhado, mas com base no tempo em que efetivamente contribuiu para o sistema previdenciário. E isto está conforme ao caráter contributivo da previdência social, inscrito no **caput** do art. 201.

Só que isto poderia significar maior permanência do trabalhador em atividade, vez que, muitas vezes, a pessoa começa a trabalhar cedo mas sem qualquer vinculação formal com o mercado formal de trabalho. Entretanto, a maior modificação foi provocada pela interpretação da própria EC 20/98.

Com efeito, a citada emenda reformulou a estrutura do art. 201: a questão da aposentadoria passou a ser objeto do novo § 7º, com a seguinte redação:

“& 7º – É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

- I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
- II – sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, [...].

Muito embora a redação do & 7º, introduzido no art. 201 pela EC 20/98, seja quase idêntica à do art. 202 do texto original, houve uma mudança radical na sua interpretação. Antes, na vigência do art. 202 do texto original, entendia-se que bastava a comprovação dos 35/30 anos de trabalho para se obter o benefício da aposentadoria por tempo de serviço. Atualmente, de acordo com entendimento generalizado, para a obtenção do citado benefício o trabalhador tem de preencher os requisitos de tempo de contribuição (35/30 anos) e de idade (65/60 anos (MARTINS, 2003; MARTINEZ, 2009).

Ensina MARTINS (2003): **os requisitos contidos no & 7º são cumulativos e não alternativos (p. 363)**

A EC 20/98 manteve a regra anterior, contida no texto original do art. 202, de reduzir em cinco anos o limite de idade para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

E, para evitar discussões intermináveis, inclusive na Justiça, a EC 20/98 manteve, transitoriamente, a aposentadoria proporcional por tempo de contribuição.

A Constituição de 1988, em seu texto original, dispunha no & 1º do art. 202: **É facultada aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, ao homem, e, após vinte e cinco, à mulher.**

A EC 20/98 acabou com a aposentadoria proporcional, mas estabeleceu regras de transição do regime anterior para o atual, preservando

os direitos daqueles que se encontravam no sistema até o dia 16/12/1998, data de sua promulgação.

1ª Regra – de preservação do direito adquirido:

As pessoas que tenham preenchido os requisitos previstos na norma constitucional (30 anos de serviço, se homem, ou 25 anos de serviço, se mulher), em 16/12/1998, podem requerer esse direito a qualquer momento, **ex-vi** do disposto no art. 3º da EC 20/98 (**É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente**).

2ª Regra – de preservação do direito ao tempo de serviço já decorrido:

De acordo com esta regra, o segurado conserva seu tempo de serviço transcorrido antes da vigência da EC 20/98 (16/12/1998) para a obtenção futura da aposentadoria proporcional, **ex-VI** do disposto no art. 9º da EC 20/98:

“Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos:

- I – contar com cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e
- II – contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:
 - a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e
 - b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda,

faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

De acrescentar-se ainda a regra contida no art. 4º da EC 20/98: **Observado o disposto no art. 40, & 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.**

II - Aposentadoria especial

Foi instituída pela Lei nº 3.807/60 (Lei Orgânica da Previdência Social) nos seguintes termos:

“Art. 31 – A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições, tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por decreto do Poder Executivo.

& 2º – Reger-se-á pela respectiva legislação especial a aposentadoria dos aeronautas e a dos jornalistas profissionais.

Na redação original da Constituição de 1988, a aposentadoria especial estava prevista no inciso II do art. 202 nos seguintes termos: **após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei.**

A Emenda Constitucional nº 20/98 transferiu a previsão da aposentadoria especial para o & 1º do art. 201: **É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos**

de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

A redação vigente deste dispositivo foi dada pela Emenda Constitucional nº 47/2005 nos seguintes termos: **É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.**

MARTINS (2003) entende que, até que a lei complementar prevista no dispositivo acima transcrito seja promulgada, continuam em vigor os arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/91.

III - Abono anual

Foi instituído pela Lei nº 4.281/63 em favor dos aposentados e pensionistas dos Institutos de Previdência e Pensões.

“Art. 1º - Fica criado, em caráter permanente, para os aposentados e pensionistas dos Institutos de Aposentadoria e Pensões, um abono especial correspondente a 1/12 (um doze avos) do valor anual da aposentadoria ou pensão que o segurado ou seus dependentes tiverem percebido no respectivo Instituto.

Art. 2º – O abono de que trata a presente Lei é extensivo a todos os segurados que durante o ano tenham percebido auxílio-doença por mais de seis meses, ou a dependentes seus que, por igual período, tenham percebido auxílio- reclusão.

A Lei nº 8.114/90 modificou o abono especial, estendendo-o aos trabalhadores urbanos e rurais e alterando sua forma de cálculo, bem como as hipóteses que ele é devido.

“Art. 5º – É devido abono anual ao segurado e ao dependente da Previdência Social Urbana e Rural que, durante o ano,

recebeu o auxílio-acidente, auxílio-doença ou aposentadoria, pensão ou auxílio-reclusão.

Parágrafo único – A partir de 1990 o abono anual será calculado, no que couber, da mesma forma que a gratificação de natal dos trabalhadores, tendo por base o valor da renda mensal do benefício do mês de dezembro de cada ano.

A Constituição de 1988 simplesmente fixa o valor do abono especial: Art. 201 - [...]; & 6º – A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano.

Regulamentando o dispositivo acima, dispõe a Lei nº 8.213/91: art. 40 – **É devido abono anual ao segurado e ao dependente da Previdência Social que, durante o ano, recebeu auxílio-doença, auxílio-acidente ou aposentadoria, pensão por morte ou auxílio-reclusão. Parágrafo único – O abono anual será calculado, no que couber, da mesma forma que a Gratificação de Natal dos trabalhadores, tendo por base o valor da renda mensal do benefício do mês de dezembro de cada ano.**

2.4.4 Acidente do trabalho

A primeira lei brasileira a tratar do acidente do trabalho foi a Lei nº 3.724, de 1919. Segundo alguns autores, esta lei foi o marco inicial da previdência social no Brasil.

A citada lei adotou a teoria da responsabilidade objetiva – o responsável pelo acidente do trabalho era o empregador, independentemente de prova de culpa pelo empregado. Já naquela época, as empresas contratavam empresas seguradoras privadas que se responsabilizavam pelos ônus decorrentes do acidente do trabalho. No entanto, a aplicação da lei estava restrita às atividades perigosas, com a utilização de motores, abarcando tanto as atividades industriais como as agrícolas, mas excluindo as comerciais.

Esse seguro era facultativo, não havendo multa pela sua não contratação. Também não se cuidava da prevenção de acidentes.

A Lei nº 3.724/19 foi alterada pelo Decreto-Lei nº 7.036, de 1944, que, entre outras novidades, já tratava da prevenção de acidentes e da reabilitação profissional.

A Constituição de 1946 tornou obrigatório o seguro de acidente do trabalho (art. 157, XVII).

Em 1967, o Decreto-Lei nº 293, mesmo reconhecendo ser o seguro de acidentes de trabalho um seguro privado (art. 3º, **caput**), permitiu que o INPS o operasse em regime de concorrência com as seguradoras privadas (& 1º, do art. 3º).

A Lei nº 5.316/67 integrou o acidente do trabalho totalmente na previdência social (art. 1º), com exclusão das seguradoras privadas (art. 20, I e II). Com a Lei nº 6.367/76, o seguro de acidente do trabalho continuou exclusivo da previdência social.

A Constituição de 1988 incluiu o seguro de acidente do trabalho entre os direitos fundamentais sociais do trabalhador. **Art. 7º – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, [...]: XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.**

Mais adiante, no art. 201, em sua redação original, o acidente do trabalho foi considerado um evento a ser coberto pela previdência social (inciso I).

A Emenda Constitucional nº 20/98 modificou a redação desse artigo 201, retirando a menção a acidente do trabalho do inciso I e acrescentando o parágrafo 10 com a seguinte redação: **Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado.**

Em outras palavras, o acidente de trabalho, que era operado com exclusividade pela previdência social desde a Lei nº 5.316/67, passou

a ser atendido concorrentemente pela previdência social e pelo setor privado.

Antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, o seguro de acidente de trabalho era regulamentado pela Lei nº 8.213/91. MARTINS (2003) entende que esta lei ainda está em vigor até a superveniência de nova lei regulamentando o assunto.

A citada lei dá a seguinte definição de acidente do trabalho: **é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho (art. 19).**

Consideram-se acidente do trabalho:

- I – doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho (art. 20, I);
- II – doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I (art. 20, II).

Ainda de acordo com a lei, equiparam-se ao acidente de trabalho:

- I – o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação (CONCAUSALIDADE);
- II – o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em consequência de:

- a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;
- b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho;
- a) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;
- b) ato de pessoa privada do uso da razão;
- III – a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;
- IV – o acidente sofrido pelo empregado ainda que fora do local e horário de trabalho:
 - a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;
 - b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;
 - c) em viagem a serviço da empresa, [...];
 - d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, [...].

O acidentado e seus dependentes fazem jus às seguintes prestações:

- I – quanto ao segurado:
 - a) auxílio-doença, na forma do disposto no arts. 60/61 da Lei nº 8.213/91;
 - b) aposentadoria por invalidez acidentária (Lei nº 8.213/91, art. 44);
 - c) pensão por morte (Lei nº 8.213/91, art. 74);
 - d) auxílio-acidente (Lei nº 8.213/91, art. 86);
 - e) abono anual (Constituição de 1988, art. 201, & 6º).
- II – quanto aos seus dependentes – pensão por morte (Lei nº 8.213/91, art. 74);
- III – quanto ao segurado e seus dependentes – serviço social e reabilitação profissional.

Além disso, o segurado, vítima de acidente de trabalho, tem direito à manutenção do emprego, **ex-vi** do disposto no art. 118 da Lei nº 8.213/91 nos seguintes termos: **o segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente da percepção de auxílio-acidente.**

2.4.5 Conselho nacional da previdência social

É a concretização, no âmbito da Previdência Social, do princípio do caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados, princípio estabelecido pelo art. 194 para toda a seguridade social.

Foi instituído pelo art. 3º da Lei nº 8.213/91, que definiu também a sua composição:

- I – seis representantes do Governo Federal;
- II – nove representantes da sociedade civil, sendo:
 - a) três representantes dos aposentados e pensionistas;
 - b) três representantes dos trabalhadores em atividade;
 - c) três representantes dos empregadores.

As competências do Conselho Nacional da Previdência Social estão enumeradas no art. 4º da mencionada lei.

A Lei nº 8.213/91 previa, em seu art. 7º, a criação de Conselhos Estaduais de Previdência Social e de Conselhos Municipais de Previdência Social. Este dispositivo foi revogado pela Medida Provisória nº 2.216-37/2001.

2.5 Previdência complementar

A redação original da Constituição de 1988 previa uma previdência complementar, por força do disposto no & 7º do art. 201: **A previdência social manterá seguro coletivo, de caráter complementar e facultativo, custeado por contribuições adicionais.**

Em 1988, a previdência complementar foi privatizada pela Emenda Constitucional nº 20 que acrescentou o art. 202 à Constituição: **O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.**

De acordo com BALERA (2012), destina-se a previdência complementar a proporcionar planos de proteção que atendam à demanda daquela parcela da comunidade cujas rendas se situem acima dos limites de proteção estabelecidos pelo regime geral e pelo regime próprio (p. 15).

A Lei Complementar nº 109/2001, prevista no & 1º do art. 202, dispõe sobre o regime da previdência complementar. Segundo a citada lei, a previdência complementar privada poderá ser operada:

- (I) por entidades fechadas, instituídas sob a forma de fundações, destinadas a assegurar uma previdência suplementar aos empregados de uma determinada empresa ou instituição pública (Lei Complementar nº 109/2001, art. 31);
- (II) por entidades abertas, instituídas sob a forma de sociedades anônimas, destinadas a assegurar uma previdência suplementar a indivíduos (plano individual) ou a um grupo de indivíduos (seguro coletivo (Lei Complementar nº 109/2001, art. 36).

Antes dela, foi editada a Lei Complementar nº 108/2001, prevista no & 4º do art. 202, destinada a disciplinar as relações entre a União, os

Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

2.6 As emendas constitucionais de nº 20/98 e 41/2003.

De acordo com MESA-LAGO (2006), há basicamente dois sistemas de previdência social: um público e outro privado.

São caracteres do sistema público de previdência social: contribuição não definida, prestação definida, regime financeiro de repartição ou de capitalização parcial coletiva, administração pública.

Já os caracteres do sistema privado de previdência social são: contribuição definida, prestação não definida, regime financeiro de capitalização plena e individual e administração privada.

No Brasil, há dois sistemas públicos de previdência social: o Regime Geral de Previdência Social, destinado a garantir os cidadãos em geral, e os Regimes Próprios de Previdência Social, destinados a garantir os servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sem se falar da previdência especial dos militares. Todos esses sistemas têm os caracteres enumerados acima.

Desde as décadas de 80 e 90 do século passado tem havido tentativas de reformas destes dois sistemas no Brasil que, nesse ponto, acompanham um movimento semelhante em toda a América Latina, por inspiração do Banco Mundial e do FMI, motivado pelos desequilíbrios atuariais e financeiros desses sistemas, pelo envelhecimento da população, pela globalização, além da ideologia neoliberal.

Na América Latina houve dois tipos de reforma:

- (I) uma reforma estrutural, que consistiu na substituição do sistema público pelo sistema privado de previdência social, como ocorreu no Chile e na Argentina, por exemplo; e
- (II) uma reforma não-estrutural, feita dentro das instituições vigentes, visando a corrigir os desequilíbrios atuariais e financeiros (GUSHIKEN, 2002, E MESA-LAGO, 2006).

GUSHIKEN (2002) afirma que as reformas introduzidas no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e no Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) pela Emenda Constitucional nº 20/98 objetivaram a redução dos custos previdenciários a partir de dois mecanismos clássicos: redução dos valores dos benefícios e alteração nas condições de elegibilidade à aposentadoria e, por isso, obedeceram a dois princípios: caráter contributivo e equilíbrio atuarial e financeiro.

Dentro dessas balizas, podem-se citar as seguintes mudanças no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) pela Emenda Constitucional nº 20/98:

- Substituição do requisito **tempo de serviço** pelo requisito **tempo de contribuição** para a aposentadoria.

Essa mudança foi complementada com a introdução do fator previdenciário por intermédio da Lei nº 9.876/99. O fator previdenciário introduziu o fator idade no cálculo do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, uma forma encontrada pelo Poder Executivo para contornar a recusa do Legislativo em estabelecer uma idade mínima para a aposentadoria. O objetivo almejado e alcançado pela introdução dessas duas mudanças foi obrigar o segurado a permanecer mais tempo trabalhando e contribuindo e, com isso, diminuir o tempo de aposentadoria e de gozo de benefício.

- Extinção da aposentadoria especial para o professor universitário, permanecendo a do professor no exercício do magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

- Extinção da aposentadoria proporcional prevista no § 1º do art. 202 do texto original da Constituição de 1988;
- Estabelecimento do teto dos benefícios (art. 2º da Emenda Constitucional nº 20/98);
- Alteração da regra de cálculo dos benefícios.

No texto original do **caput** do art. 202, o cálculo do benefício era efetuado sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente.

Esta regra foi revogada pela Emenda Constitucional que determinou que o cálculo dos benefícios será regulado por lei ordinária (art. 201, 3º). Atualmente, o assunto está regulado na Lei nº 8.213/91.

- Regime de previdência privada complementar (art. 202, **caput** e §§ 1º a 6º).

A Emenda Constitucional nº 41/2003 deu continuidade ao movimento de reforma do sistema previdenciário brasileiro no sentido de estabelecer ou restabelecer seu equilíbrio atuarial e financeiro. Podem-se citar os principais pontos referentes a este objetivo:

- modificação no disposto do art. 2º da EC 20/98, estabelecendo o teto de \$ 2.400,00 para os benefícios pagos pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS), devendo ser reajustado de forma preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social (art. 5º).
- previsão de criação do Sistema Especial de Inclusão Previdenciária, voltado para os trabalhadores de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário mínimo, exceto aposentadoria por tempo de contribuição.

3.1 Generalidades

Tradicionalmente, a assistência social era objeto da caridade ou da filantropia. Quando da criação do Estado do Bem-Estar Social foi alçada à condição de direito. Esse fato provocou uma série de polêmicas e discussões, vez que a assistência social, enquanto direito, entrava em conflito com as formas capitalistas de organização social do trabalho (BOSCHETTI, 2001).

Segundo BOSCHETTI (2001), a polêmica em torno da assistência social enquanto direito vem desde o século XVII com a Lei dos Pobres, de 1662, e a Lei de Speenhamland, de 1795.

A Lei dos Pobres caracterizava a oposição entre o trabalho e assistência. O trabalho seria a regra: os pobres deveriam trabalhar com qualquer salário que pudessem conseguir. A assistência era a exceção: somente aqueles que não pudessem trabalhar – crianças, idosos e deficientes – mereciam a assistência, mesmo assim com a obrigação de procurar uma ocupação.

Diferentemente, na Lei de Speenhamland, a assistência era a regra: ela previa um sistema de abonos, em complementação aos salários, cujo valor baseava-se no preço do pão (POLANYI, 1980, p. 89/90; BOSCHETTI, 2001, 33).

Essa lei levantou a questão: por que alguém trabalharia por um salário se pudesse viver de assistência?

De acordo com os liberais, esta lei estimularia a preguiça e o ócio porque ia de encontro ao princípio basilar do liberalismo, no que respeita à organização social do trabalho: a pessoa deve viver com a renda

auferida de seu trabalho e o trabalho é a mercadoria do trabalhador que deve ser negociada no mercado.

A Lei de Speenhamland foi revogada em 1834, prevalecendo a lógica liberal do trabalho, já contida na Lei dos Pobres: assistência como exceção somente concedida aos que não pudessem viver com a renda de seu trabalho, isto é, às crianças, idosos e deficientes.

Essa lógica prevaleceu nos países desenvolvidos que estabeleceram sistemas de assistência social, inclusive no Brasil. (BOSCHETTI, 2001, 29/35; DELGADO, 2001, p. 30/31).

3.2 Conceito de assistência social

MESTRINER (2008) dá a seguinte definição de assistência social: um conjunto de ações e atividades desenvolvidas nas áreas pública e privada, com o objetivo de suprir, sanar ou prevenir, por meio de métodos e técnicas próprias, deficiências e necessidades de indivíduos ou grupos quanto à sobrevivência, convivência e autonomia social (p.16).

A Lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS) dá a seguinte definição de assistência social em seu art. 1º: A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Como terceiro elemento constitutivo da seguridade social brasileira, assistência social destina-se ao atendimento daquelas pessoas não seguradas pela previdência social ou por esta atendidas precariamente. Isto é, destina-se ao atendimento dos necessitados (art. 203) ou desamparados (art. 6º), daquelas pessoas fragilizadas física ou economicamente porque não têm renda ou a têm insuficiente para uma subsistência digna.

Mas quem é o necessitado/desemparrado de que fala a Constituição? Qual o significado dos princípios da universalidade e da irredutibilidade dos benefícios na assistência social?

De acordo com SPOSATI (1995), não é qualquer pessoa que pode ser considerada necessitada ou desamparada para receber os benefícios de assistência social. Somente aqueles considerados como tal pela sociedade – os necessitados sociais (SPOSATI, 1995, p. 7).

A assistência social brasileira não se propõe a elevar o padrão de vida da sociedade brasileira, nem mesmo a erradicar a pobreza mediante a atribuição universal de um subsídio salarial a todos os brasileiros, como o fizeram alguns países. Inexiste, no Brasil, um programa de renda mínima.

A Constituição aponta esses necessitados sociais: famílias carentes, crianças e adolescentes carentes, idosos e pessoas deficientes sem meios de prover sua subsistência e sem família com meios para fazê-lo. Nesse sentido, a assistência social brasileira é focalizada – seu público-alvo são aquelas pessoas que estão na linha abaixo da pobreza e cuja subsistência se encontra ou poderá encontrar-se ameaçada.

Tradicionalmente, no Brasil como em outros países, as ações e os serviços de assistência social ficaram a cargo da sociedade civil, por intermédio de instituições de filantropia. Ocasionalmente, o Estado criava programas de assistência

social mas, quase sempre, transferindo sua execução para essas instituições privadas de filantropia, a quem transferia também recursos financeiros, além de outros benefícios. O que caracterizava a atuação do Poder Público nesta área era a descontinuidade, principalmente na alocação de recursos financeiros.

A Constituição de 1988 promoveu uma série de mudanças na assistência social:

- I) reconceituou-a, deixando a assistência social de ser um favor, uma concessão, um benefício de um benfeitor – pessoa física

- ou jurídica – para ser um direito do beneficiado a que corresponde um dever do Estado;
- (II) institucionalizou-a, passando a assistência a ser objeto de política pública, com objetivos e orçamento próprios e contando com uma estrutura administrativa destinada a implementá-la;
 - (III) mudou a natureza da relação entre o Estado e o beneficiário, vez que este deixou de ser o carente merecedor de piedade e passou a ser um cidadão a quem o Estado tem o dever de fornecer certos benefícios.

3.3 Evolução da assistência social brasileira

MESTRINER (2008) traça a evolução da assistência social no Brasil através do seguinte quadro tipológico das organizações sociais por períodos históricos. O que se deve ter em mente é que o período posterior não exclui os tipos de entidades de assistência social do anterior; na realidade, ele adiciona outros tipos e lhe imprime uma característica específica.

I - Período imperial até 1889 – filantropia caritativa de assistência e repressão.

Esse período é caracterizado por obras pias, geralmente vinculadas à Igreja Católica e localizadas junto a igrejas ou conventos, destinadas ao atendimento a órfãos, inválidos, enfermos, delinquentes e alienados. O Estado não intervém nesta área, muito embora reconheça sua utilidade e até lhe dê algum apoio – financeiro (subvenção) ou de outro tipo

Citam-se como exemplos dessas obras pias: a Irmandade da Misericórdia que, já em 1560, instalou em São Paulo uma pequena enfermaria, que era, ao mesmo tempo, albergue e hospital, destinada

ao atendimento de escravos e homens livres com alimentação, abrigo e enfermagem.

Seguindo essa linha, foram fundados, em São Paulo, o Convento de São Bento (1598), a Venerável Ordem de Nossa Senhora do Carmo (1594), a Ordem dos Frades Menores Franciscanos (1640), o Recolhimento de Santa Tereza (1585), que forneciam alimentação a pobres, órfãos, enfermos, alienados, delinquentes, prestando-lhes ainda apoio espiritual e abrigo.

A Santa Casa instalou-se inicialmente em São Paulo para prestar serviços ambulatoriais e hospitalares, que foram-se ampliando com novos serviços, como o lazareto – hospital para leprosos (1802); a roda dos enjeitados (1825) e o asilo para inválidos e assistência a presos e alienados.

Ainda desse período são várias instituições mutualistas, destinadas a dar assistência médica e social aos imigrantes. São exemplos a Sociedade Beneficente Alemã, a Sociedade Suíça de Beneficência Helvetia, a Sociedade Brasileira de Cultura Polonesa José Pilsudski, a Sociedade Italiana de Beneficência Vittorio Emanuele e, principalmente, a Real e Benemérita Sociedade Portuguesa de Beneficência de São Paulo, com seus hospitais de beneficência.

II – Da Primeira República de 1889 a 1930 – filantropia higiênica, compreendendo assistência, prevenção e segregação.

Também nessa fase, o Estado, radicalmente liberal, deixa o campo da assistência social a cargo de instituições pias, vinculadas principalmente à Igreja Católica, ou a instituições filantrópicas laicas.

Esse período caracteriza-se por instituições de assistência social que atendiam a crianças, velhos e inválidos alienados, mendigos, doentes e imigrantes, enclausurando-os em asilos, orfanatos, internatos, asilos, hospícios, sanatórios, dispensários e lazaretos.

III - Getulismo de 1930 a 1945 - filantropia disciplinadora: enquadramento físico, moral e social do pobre (adulto ou criança e adolescente, homem ou mulher), visando eliminar sua vadiagem, tornando-o um trabalhador produtivo e disciplinado, harmonizado com os interesses patronais, ampliando, assim, o exército de mão-de-obra adequado às possibilidades de trabalho que se abriam (MESTRINER, 2008)

Com o getulismo, o Estado brasileiro inaugura uma nova abordagem da assistência social, tanto por causa de seu projeto político de dominação das massas populares, como por influência das encíclicas papais.

Ele intervém na assistência social não diretamente – as ações e serviços de assistência social continuam sendo tocados pelas instituições pias – agora católicas ou de outras religiões (protestantes, espíritas, etc) ou por instituições filantrópicas laicas. Seu controle se dá na regulação, fiscalização da atuação dessas entidades, principalmente das que recebiam subvenções do governo, por intermédio das seguintes instituições:

- **Caixa de Subvenções**

Foi criada pelo Decreto-Lei nº 20.351, de 1931. Durante os seus primeiros dias de vida ficou vinculada ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores. A partir de março de 1932, passou a ser vinculada ao Ministério da Educação e Saúde.

Destinava-se a auxiliar os estabelecimentos de caridade. Só que esse auxílio estava condicionado a uma certa disciplina, como o registro, apresentação, análise e atendimento dos pedidos de subvenção centralizados na Caixa, que fiscalizava e controlava o funcionamento das instituições de caridade.

- **Conselho Consultivo**

Na versão de MESTRINER (2008), a Caixa de Subvenções foi extinta pela Lei nº 119/35, tendo sido substituída por um Conselho Consultivo, formado por cinco (5) especialistas da área e nove (9) representantes do governo. O objetivo seria o mesmo: disciplinar a concessão de auxílios a instituições de caridade.

Numa outra versão, a criação desse conselho não implicou a extinção da Caixa de Subvenções, tendo as duas instâncias convivido até a criação do CNSS. A função do mencionado Conselho Consultivo seria filtrar, em nível de Presidência da República, os pedidos de subvenção.

- **Conselho Nacional de Serviço Social (CNSS)**

Foi criado pelo Decreto-Lei nº 525/1938, em substituição à Caixa de Subvenções, sendo vinculado ao Ministério da Educação e Saúde.

O CNSS foi a concretização de proposta de ATAULPHONÁPOLES DE PAIVA, apresentada ainda na vigência da Primeira República (1889) e dava continuidade à ação do governo de Getúlio Vargas no sentido de dar alguma racionalidade à sua atuação da assistência social

- **Legião Brasileira de Assistência (LBA)**

Criada pelo Decreto-Lei nº 4.830/1942, foi um passo adiante do governo no âmbito da assistência social, pois agora este pretende atuar diretamente.

Inicialmente foi instituída para dar assistência às famílias dos pracinhas brasileiros que se encontravam na Itália lutando contra o nazi-fascismo, expandindo-se depois para o atendimento de outros segmentos da população.

A esse sentido de disciplinador da atuação do Estado na assistência social, que se refere especificamente ao aspecto institucional, agrega-se outro – com sua atuação o Estado procura disciplinar as massas populares. Esse movimento abrange tanto os trabalhadores integrantes do mercado formal de trabalho (trabalhador com carteira assinada) através do Ministério do Trabalho e da previdência social, como as pessoas de fora do mercado de trabalho – crianças e adolescentes pobres, desempregados, idosos, doentes, famílias em situação de miséria, etc.

E nesse segmento, o Estado concentra sua atuação na criança e no adolescente carentes, por intermédio de ações e serviços de educação, saúde e assistência.

Nesse período, houve um aumento significativo de instituições – hospitais, ambulatórios, postos de saúde, orfanatos, creches, internatos, educandários, instituições de assistência pré-primária, de educação profissionalizante – voltadas preferentemente para a criança e adolescente pobres. É dessa época a criação do SAM (Serviço de Assistência do Menor, 1941) e do SENAI (Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, 1942).

E é também dessa época a aliança do Estado com a Igreja Católica no esforço de educar e preparar a criança e o adolescente para o trabalho, tirando-o da marginalidade. A Igreja Católica, influenciada pelas Encíclicas *Rerum Novarum* e *Quadragesimo Anno*, aliando-se ao Estado nesse esforço, tenta atuar politicamente no Brasil, coisa que lhe foi impedida pela República Velha.

De lembrar também que, nesse esforço de tentar conter as massas, o governo getulista vai servir-se do trabalho feminino da elite, encastelada na LBA, sob o comando das Primeiras Damas nacional, estaduais e municipais.

IV – Estado Democrático Populista de 1945 a 1964 – filantropia profissionalizante.

Não cabe aqui tratar do populismo do Estado brasileiro no período citado. Isto é matéria de ciência política.

No caso específico da evolução da assistência social, o que se observa é a acentuação dos seus principais traços que se vêm formando desde o período anterior:

a) cooperação do Estado com entidades religiosas ou filantrópicas no execução de ações e serviços de assistência.

No período, essa cooperação foi estimulada significativamente através de medidas de estímulo e benefícios, como:

- Lei nº 2.756/56 – isenta de selo as contribuições destinadas a quaisquer instituições de assistência social registradas no CNSS;
- Lei nº 3.193/57 – veda à União, estados e municípios lançar impostos sobre instituições de assistência social;
- Lei nº 3.470/58 – autoriza dedução no imposto de renda de doações às instituições filantrópicas;
- Lei nº 3.577/59 – isenta da taxa de contribuição à previdência as entidades de fins filantrópicos, introduzindo o certificado de fins filantrópicos;
- Decreto nº 50.517/61 – regulamenta a Lei nº 091/1935 que institui a Declaração de Utilidade Pública.

b) Cooperação do Estado com o empresariado destinada ao desenvolvimento de ações e serviços de educação, saúde e amparo.

São dessa época a criação de: SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio), SESC (Serviço Social do Comércio), SESI (Serviço Social da Indústria).

c) Reforço da atuação do CNSS.

O CNSS tem reforçado seu papel de órgão fiscalizador e controlador das instituições de assistência social, públicas e privadas:

- (I) através do Registro Geral das entidades de assistência;
- (II) através da concessão do certificado de Utilidade Pública, que se tornou condição necessária para que entidades filantrópicas façam jus a subvenções e benefícios fiscais.

d) Reforço da LBA como entidade incentivadora da assistência social.

Instituição criada para dar assistência às famílias dos pracinhas que lutavam na Itália, concentrando sua atuação na proteção da maternidade e da infância, passou a coordenar e incentivar ações e serviços de assistência em todos os setores e em todos os estados da Federação.

V – Estado Autoritário de 1964 a 1988 – filantropia de clientela: assistência e repressão.

No início desse período, a assistência social continua com os seus mesmos traços definidores, a saber, ações e serviços, prestados por entidades públicas e principalmente privadas, destinadas ao atendimentos

de necessidades mais imediatas da população carente, tendo mais o caráter de assistencialismo do que o de política pública. Nesse universo de múltiplas entidades, públicas e privadas, têm papel relevante: o CNSS, pelo papel centralizador no registro das entidades assistenciais e na concessão das subvenções, e a LBA, como entidade mobilizadora da filantropia laica. A esta se associa, já no período da ditadura militar, a FUNABEM – Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, **criada com o objetivo de atribuir diretriz pedagógica e assistencial à questão do menor, até então tratada pelo viés policial/repressivo do Código do Menor de 1927 (Mestriner, 2008, p. 164).**

É também neste período que a pobreza alcança uma proporção tal que começa a preocupar os tecnocratas responsáveis pelo planejamento estratégico do governo. É mencionada no II PND (II Plano Nacional de Desenvolvimento) como um problema a ser enfrentado com políticas públicas do Estado brasileiro.

Em decorrência desse posicionamento são tomadas várias medidas:

- I – É criado o Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) pela Lei nº 6.036/74;
- II – É criado, junto à Presidência da República, o Conselho de Desenvolvimento Social, para assessorar o Presidente na formulação da política social;
- III – A LBA, transformada em fundação em 1969 (Fundação Legião Brasileira de Assistência - FLBA), é vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social e deixa de ser simples mobilizadora do esforço da sociedade civil e passa a ser a responsável por vários projetos e programas do governo na área de assistência social;
- IV – São criados vários programas destinados a atender necessidades sociais específicas – MOBREAL (alfabetização), PRONAM (complementação alimentar), SENAFOR (formação de mão-de-obra), BNH/PLANHAP (habitação, casas populares), etc.

No entanto, dois aspectos caracterizam esse período:

- (I) esses projetos e programas são setorizados, fragmentados e descontínuos, destinados ao atendimento de uma necessidade, problema ou faixa etária específica;
- (II) mudam-se a estrutura e a lógica de atendimento do CNSS – este passa a ter, entre os seus membros, representantes políticos indicados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal e, por isso, **a honestidade e seriedade na atribuição de registros e certificados de filantropia e, conseqüentemente de subvenções, passam a ser questionáveis** (MESTRINER, 2008, p. 184).

VI – Transição Democrática de 1988 a 1999 – filantropia vigiada.

É um período de transição da ditadura para o Estado Democrático de Direito, que se concretiza com a promulgação da nova Constituição em 5 de outubro de 1988.

É também um período, iniciado com o Governo JOSÉ SARNEY, de avanços e recuos, de tentativas de reformulação da assistência social:

- a) tenta-se reformular a Secretaria de Assistência Social, vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social. Essa reformulação tem dois pontos principais: a consideração do usuário da assistência como um cidadão titular de direitos e o privilegiamento de projetos de caráter preventivo, superadores da visão assistencialista;
- b) é elaborado o anteprojeto de Diretrizes e Bases da Seguridade Social, que deveria substituir o Sistema Nacional de Previdência Social (SINPAS), implantado em 1977;
- c) a FLBA (Fundação Legião Brasileira de Assistência) é incorporada à Secretaria Especial de Ação Comunitária, embrião do futuro Ministério de Ação Social e se transforma na

grande agência de desenvolvimento social, dotada de grandes recursos financeiros.

No entanto, paralelamente a esses movimentos de renovação, intensifica-se, tanto na FLBA como no CNSS, o processo de corrupção provocado pelo clientelismo político instalado em ambos os órgãos, como já afirmado anteriormente.

O Governo COLLOR DE MELO (15/03/1990 a 2/10/1992) é comumente caracterizado como de recuo na área social – saúde, educação, habitação e assistência como consequência direta de sua filiação ao neoliberalismo, bem como pelo incremento da corrupção e clientelismo nos principais órgãos de assistência – FLBA e CNSS.

Mas, nesse governo, foram dados alguns passos adiante:

- a) em 13/7/1990, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069) que substituiu o Código de Menores (Decreto nº 17.943-A/1927).
- b) É promulgada a Lei Orgânica da Seguridade Social (Lei nº 8.212/1991) cujo Tít. IV é dedicado à assistência social.
- c) Também é promulgada a Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social.

Todavia, o Presidente COLLOR vetou completamente o projeto da lei orgânica da assistência social, sob a alegação de que inexistiam recursos para cobrir os custos com os auxílios às famílias carentes e com os benefícios de prestação continuada.

Em outubro de 1992, o Presidente COLLOR é afastado do governo e substituído pelo Vice- Presidente ITAMAR FRANCO. É no Governo de ITAMAR FRANCO que é promulgada a Lei Orgânica da Assistência Social – Lei nº 8.742, que extinguiu o CNSS e criou, em seu lugar, o CNAS – Conselho Nacional de Assistência Social.

VII – Estado Democrático de 1988 a 1999 – filantropia democratizada.

É o último período assinalado por MESTRINER (2008) e corresponde basicamente aos oito anos do Governo FERNANDO HENRIQUE CARDOSO.

Neste governo continua uma tendência que vem desde o Governo COLLOR: o desmonte do incipiente Estado de Bem-Estar Social e sua substituição pelo neoliberal Estado Mínimo.

Inicialmente, o Governo promove a reorganização institucional da área de assistência social:

- a) extingue a FLBA, acusada de ineficiência, de clientelismo político- eleitoral e de corrupção.
- b) cria a Secretaria de Assistência Social, vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) e destinada a assumir parte das ações e convênios da extinta FLBA;
- c) transfere a Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência para o Ministério da Saúde e as ações relativas à criança e ao adolescente para o Ministério da Justiça.

É desse tempo também a resistência inicial do Governo à implantação da vertente descentralizada e democrática da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), isto é, do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), que substituiu o CNSS. Foi necessário um movimento muito intenso da sociedade civil para forçar o Governo a aceitar e a implantar este Conselho e respaldar sua atuação na implantação dos respectivos conselhos estaduais e municipais.

Também nessa época, o Governo cria o Programa Comunidade Solidária, vinculado à Casa Civil da Presidência, como estratégia de integração de vários programas sociais dos vários ministérios e organismos governamentais. Esse programa se destinava ao combate à pobreza

e procurava integrar as ações governamentais e da sociedade civil nas áreas de nutrição, serviços urbanos, desenvolvimento rural, geração de emprego e renda, defesa dos direitos e promoção social

No governo subsequente, outros programas com o mesmo caráter integrador foram criados, de certa forma contrapondo-se ao princípio da universalidade apregoado como atributo da seguridade social pela Constituição e assumindo uma postura focalista na assistência social apregoada pelo Banco Mundial e pelo FMI.

O que se evidencia, nesta época, diante da incapacidade do Poder Público de atender a todas as demandas de proteção social da sociedade, é a multiplicação de ações e serviços implementados e/ou financiados por segmentos da sociedade civil.

3.4 Configuração institucional da assistência social

3.4.1 Objetivos

O art. 203 da Constituição enumera os seguintes objetivos da assistência social:

- I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;
- III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;
- IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
- V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Segundo a Lei nº 8.212/91, em seu art. 4º, a assistência social é a política social que provê o atendimento das necessidades básicas,

traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, independentemente de contribuição à Seguridade Social.

A Lei nº 8.742 (LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social), de 7 de dezembro de 1993, ao regulamentar os dispositivos acima transcritos, reformula sua enumeração, acrescentando outros objetivos.

“Art. 2º – A assistência social tem por objetivos:

- I – a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente:
 - a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
 - b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes
 - c) promoção da integração ao mercado de trabalho;
 - d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária
 - e) garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família;
- II – a vigilância sócio-assistencial, que visa a analisar territorialmente a capacidade protetiva das famílias e nela a ocorrência de vulnerabilidades, de ameaças, de vitimizações e danos;
- III – a defesa dos direitos, que visa a garantir o pleno acesso aos direitos no conjunto das provisões sócio-assistenciais.

3.4.2 Princípios operacionais

Há os princípios gerais que regulam a atuação da seguridade social, elencados no art. 194. Além destes, a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93) enumera, no art. 4º, os seguintes princípios que são específicos:

- I – supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;
- II – universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas;
- III – respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;
- IV – igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais;
- V – divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão.

3.4.3 Diretrizes

Por força do disposto no art. 204 da Constituição, a assistência social se organizará e atuará obedecendo às seguintes diretrizes:

- I – descentralização político- administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;
- II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Regulamentando o dispositivo acima, o art. 5º da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), enumera, de forma mais operacional, as diretrizes da assistência social:

- I – descentralização político- administrativa para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e comando único das ações em cada esfera de governo;
- II – participação da população por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis;
- III – primazia da responsabilidade do Estado na condução da política assistencial em cada esfera de governo.

3.4.4 Sistema Único de Assistência Social (SUAS)

Diferentemente do que ocorreu com o Sistema Único de Saúde (SUS), foi a Lei nº 8.742/93 que estruturou a gestão das ações e serviços de assistência social em forma de sistema, consoante o disposto no art. 6º: **A gestão das ações na área de assistência social fica organizada sob a forma de sistema descentralizado e participativo, denominado Sistema Único de Assistência Social (SUAS), [...].**

Da estrutura executiva do SUAS fazem parte a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, consoante o disposto no art. 11 da citada Lei nº 8.742/93: **as ações das três esferas de governo na área de assistência social realizam-se de forma articulada, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e execução dos programas, em suas respectivas esferas, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.**

Além disso, o sistema dispõe de uma estrutura deliberativa, prevista no art. 16 da Lei nº 8.742/93 e com a seguinte constituição:

- Conselho Nacional de Assistência Social;
- Conselhos Estaduais de Assistência Social;
- Conselho de Assistência Social do Distrito Federal;
- Conselhos Municipais de Assistência Social.

3.4.5 Prestações do sistema único de assistência social (SUAS)

As prestações asseguradas aos seus beneficiários pela assistência social dividem-se em:

- (I) prestações pecuniárias e
- (II) prestações não pecuniárias

I – Prestações pecuniárias

São os benefícios que se subdividem em: benefício de prestação continuada e benefícios eventuais

a) Benefício de prestação continuada

O benefício em questão foi instituído pela Lei nº 6.179/74, com a denominação de renda mensal vitalícia, e se destinava ao amparo previdenciário dos idosos maiores de 70 anos e dos inválidos. O valor desse benefício correspondia a 1/2 (meio) do salário-mínimo. No entanto, este benefício estava restrito aos filiados ao sistema previdenciário ou ao FUNRURAL.

Com a vigência da Constituição de 1988 houve três (3) modificações na sistemática de proteção aos idosos:

- (I) transferiu o benefício para o âmbito da assistência social e revogou as exigências de filiação ao sistema previdenciário e ao FUNRURAL;
- (II) diminuiu a idade dos beneficiários de 70 para 65 anos;
- (III) aumentou o valor do benefício para um salário-mínimo consoante o disposto no inciso V do art. 203: **a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios**

de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A Lei nº 8.213/91, em seu art. 139, determinou que o benefício da renda mínima vitalícia continuaria integrando o elenco dos benefícios previdenciários até que o inciso V do art. 203 da Constituição fosse regulamentado.

Este benefício, agora com a denominação de benefício de prestação continuada, foi regulamentado pelo art. 20 da Lei nº 8.742/93. No entanto, na redação original, este benefício continuava destinada aos maiores de 70 anos. A Lei nº 12.435/11 alterou a redação do art. 20 da Lei nº 8.213/93, ajustando-o ao espírito e à letra do inciso V do art. 203 da Constituição.

Atualmente, o art. 20 da Lei nº 8.742/93 tem a seguinte redação: **O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.**

b) Benefícios eventuais

BOVOLenta (2011) traça a evolução histórica desses benefícios, que será resumida no presente trabalho.

Segundo a autora, os benefícios eventuais por morte ou natalidade foram instituídos por meio do art. 20 do Decreto nº 35.448/54 (Regulamento Geral dos Institutos de Aposentadoria e Pensões), como benefícios previdenciários, e tinham a denominação de auxílio-maternidade e auxílio-funeral. Eram restritos aos segurados da previdência social.

Foram recepcionados pela Lei nº 3.807/60 (Lei Orgânica da Previdência Social) com as denominações de auxílio-natalidade e auxílio-funeral, mas ainda restrita aos segurados da previdência social. Naquela época, as pessoas carentes, não vinculadas ao sistema previdenciário,

recebiam alguma assistência da Legião Brasileira de Assistência (LBA) e outras entidades dedicadas à assistência social, públicas ou privadas. Além do auxílio-natalidade e auxílio-funeral, era comum o fornecimento do enxoval infantil para as gestantes carentes e do caixão para o funeral.

Com a Constituição de 1988, esses benefícios, juntamente com a Renda Mensal Vitalícia, foram transferidos para o âmbito da assistência social, sendo que a Renda Mensal Vitalícia, com a denominação de Benefício de Prestação Continuada ficou a cargo da União, enquanto os benefícios eventuais ficaram a cargo dos Estados, do Distrito Federal e os Municípios.

Com efeito, a Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social) define benefícios eventuais no art. 22 (**Entendem-se por benefícios eventuais as provisões suplementares e provisórias que integram organicamente as garantias do SUAS e são prestadas aos cidadãos e as famílias em virtude de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade temporária e de calamidade pública**) e, em seguida, no § 1º do mesmo artigo, transfere a sua concessão para os Estados, Distrito Federal e Municípios: **“A concessão e o valor dos benefícios de que trata este artigo serão definidos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios e previstos nas respectivas leis orçamentárias anuais, com base em critérios e prazos definidos pelos respectivos Conselhos de Assistência Social.”**

O art. 22 da Lei nº 8.742/93 foi regulamentado pelo Decreto nº 6.307/2007, o que permitiu que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios regulamentassem a concessão do auxílio-natalidade, auxílio-funeral e de outros benefícios destinados a atender às necessidades decorrentes de vulnerabilidade temporária ou de calamidade pública.

II – Prestações não pecuniárias

BOSCHETTI (2001) assim define essas prestações não pecuniárias: são um contraponto às prestações em espécie e abrem a possibilidade de ampliação das ações assistenciais, uma vez que podem

assumir a perspectiva de bens coletivos e colocar à disposição de um número maior de pessoas oportunidades comuns de acesso a bens e serviços públicos, assumindo um caráter de política preventiva (p. 53).

Dividem-se em serviços, programas e projetos, que não serão tratados no presente trabalho, por seu caráter administrativo, não sendo objeto do Direito Constitucional.

3.4.6 - Financiamento da Assistência Social

Tradicionalmente, a assistência social foi encarada como filantropia ou como ação residual do governo ou da iniciativa privada de ajuda aos pobres. Desse fato decorreram as seguintes consequências concretas:

- a) inexistência de definições precisas sobre a assistência social e sobre os seus programas;
- b) não inclusão das ações e programas de assistência social nos orçamentos anuais, o que lhe atribuía somente as sobras dos recursos de outras áreas;
- c) Indefinição das fontes de financiamento, gerando desconhecimento dos montantes aplicados;
- d) ausência de critérios objetivos de aplicação dos recursos nos diversos programas existentes;
- e) inexistência de um fundo específico para a assistência social (BOSCHETTI, 2001, p. 74).

A Constituição de 1988 procurou resolver essa situação definindo:

- (I) a assistência como um direito componente da seguridade social e
- (II) as suas fontes de financiamento.

Com efeito, dispõe o art. 204, **caput**: **as ações governamentais na área de assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, [...].**

Parágrafo único, incluído pela Emenda Constitucional nº 42/2003 – **É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, [...].**

Regulamentando o assunto, a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93) dispõe:

Art. 27 – Fica o Fundo Nacional de Ação Comunitária – FUNAC, instituído pelo Decreto nº 91.970, de 22 de novembro de 1985, ratificado pelo Decreto Legislativo nº 66, de 18 de dezembro de 1990, transformado no Fundo Nacional de Assistência Social -FNS.

Art. 28 – O financiamento dos benefícios, serviços, programas e projetos estabelecidos nesta Lei far-se-á com os recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, das demais contribuições sociais previstas no art. 195 da Constituição Federal, além daquelas que compõem o Fundo Nacional de Assistência Social – FNAS.

2.1 Generalidades

A educação é outro componente da rede de proteção social erguida pelo Estado Social Brasileiro em benefício do indivíduo, destinada a lhe oferecer o mínimo essencial de condições para que ele possa realizar-se como pessoa humana e competir no mercado de trabalho. Também aqui parte-se do pressuposto de que o indivíduo com certo nível de educação tem melhores condições de competir (BARCELOS, 2002, p. 259).

Consta da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948. Dispõe seu art. XXVI:

“1. Todo homem tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será generalizada; o acesso aos estudos superiores será igual para todos em função dos méritos respectivos.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos nacionais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz

3. Os pais têm prioridade de direito de escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Regulamentando este dispositivo, dispõe o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, em seu art. 13:

“1. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam, ainda, em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

2. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

a) a educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos;

b) a educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;

c) a educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;

d) dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária;

e) será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.

3. Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais – e, quando for o caso, dos tutores legais – de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

4. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no & 1º do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado.

O direito à educação consta da declaração dos direitos sociais do art. 6º: São direitos sociais a educação, [...].

A Constituição de 1824 já previa um direito à instrução primária gratuita a todos os cidadãos (art. 179, XXXII), bem como colégios e universidades, mas não gratuitos (art. 179, XXXIII).

De acordo com a orientação político-administrativa da Constituição, de carácter sumamente centralizador, cabia ao Império cuidar de todo tipo de educação.

Com o Ato de Adicional de 1834, de carácter descentralizador, instalou-se um dualismo de competências no setor da educação, cabendo ao Governo Central tratar da educação superior e secundário, enquanto as Províncias cuidavam da educação primária e técnico-profissional (PINHEIRO ET ALII, 2006, p. 289).

Essa dualidade de competências no setor da educação perdurou durante a Primeira República, na vigência da Constituição de 1891 e teve graves consequências. A União julgava-se impedida de intervir na educação primária e profissional em vista da disposição constitucional. Por outro lado, os Estados não tinham condições de arcar com as despesas da educação primária e profissional ((PINHEIRO ET ALII, 2006, p. 259; CURY, 2001).

Na realidade, de acordo com PINHEIRO (2006), essa situação escondia um desinteresse há muito enraizado pelo alargamento das oportunidades educacionais (p. 289).

A Constituição de 1934 deu um tratamento inovador ao problema da educação:

- (I) dedicou, pela primeira vez, um capítulo à educação e à cultura (Tit. V, Cap. II);
- (II) pela primeira vez também, a educação foi elevada à condição de direito (art. 149 – A educação é direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos, [...]);
- (III) deu início à criação de um sistema nacional de educação, reunindo as ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- (IV) criou fontes de financiamento para esse sistema.

Esse tratamento inovador pode ser comprovado nos seguintes artigos:

Art. 149 – A educação direitos de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos, [...].

Art. 150 – Compete à União;

- a) fixar o plano nacional de educação, compreensivo do ensino de todos os graus e ramos, comuns e especializados; e coordenar e fiscalizar a sua execução em todo o território do país; [...].

Parágrafo único – O plano nacional de educação, [...], obedecerá às seguintes normas:

- a) ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória, extensivo aos adultos;
- b) tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário, a fim de o tornar mais acessível; [...].

Art. 151 – Compete aos Estados e ao Distrito Federal organizar e manter sistemas educativos nos territórios respectivos, respeitadas as diretrizes estabelecidas pela União.

Art. 156 – A União e os Municípios aplicarão nunca menos de dez por cento, e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de vinte por cento, da renda resultante dos impostos, na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos.

No entanto, em que pesem as sugestões de PONTE DE MIRANDA e da Federação do Trabalho do Distrito Federal, a Constituição não incorporou expressamente o direito à educação e à instrução como direito público subjetivo, nem a responsabilização criminal das autoridades que impedissem a aplicação do princípio do direito à educação e instrução primária (HORTA, 2007, p. 68; SIFUENTES, 2009, p. 112).

A Constituição de 1937, ao tratar da educação, traz as seguintes inovações:

- a) a educação é função reservada à iniciativa privada, cabendo ao Estado apenas o dever de provê-la aos pobres, **ex-vi** do disposto no art. 129:

“À infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais.”

- b) A Constituição dá grande ênfase ao ensino profissional destinado aos pobres. Esta é incumbência do Estado, dentro da política de assistência social disciplinadora do Estado Novo, como se viu anteriormente. É o que dispõe a continuação do art. 129:

“O ensino prevocacional e profissional destinado às classes menos favorecidas é, em matéria de educação, o primeiro dever do Estado. Cumpre-lhe dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, dos Municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais.”

Dever que é estendido aos empresários, consoante o disposto ainda na continuação do art. 129:

“É dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera de suas especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados. [...]”

- c) A gratuidade do ensino primário tem ressalvas, **ex-vi** do disposto no art. 130:

“O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar.

A Constituição de 1946 é um divisor de águas na institucionalização do sistema educacional brasileiro. Acabou com a dualidade do sistema educacional vigente e ainda prevista na Constituição de 1937, que dividia a educação em **educação humanista**, destinada à elite e constituída de educação secundária e superior, e **educação para a ação**, destinada às classes pobres e constituída da escola primária, escola de artes e ofícios e escola normal (TEIXEIRA, 2009, p. 62).

E fez isso ao praticamente repetir as disposições da Constituição de 1934.

As Constituições posteriores de 1967/69 não trouxeram grandes novidades em relação às anteriores, significando, apenas, que se dá

continuidade ao movimento destinado a criar um sistema nacional de educação.

A Constituição de 1988 é o ápice desse movimento. Afirma SIFUENTES (2009):

“ Até o advento da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, embora se reconhecesse a importância da educação como fator de mudança social, não havia ainda, excetuada a obrigatoriedade da matrícula, nenhum instrumento de sua exigibilidade, delegando as normas constitucionais a sua regulamentação às leis ordinárias. Como um serviço público a ser prestado, na mesma categoria dos demais, a oferta de ensino básico ou mesmo a qualidade dessa oferta ficavam no campo comum da atividade da Administração Pública: dependia da discricionariedade do Poder Público, em consonância com os critérios de conveniência e oportunidade.

Apesar dos percalços, é forçoso concluir que nenhum outro direito social, de todos os previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, recebeu tratamento tão cuidadoso como o referente à educação, podendo ser considerado o primeiro e o mais importante dos direitos sociais (p.126/7) [...]

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 declarou, ainda, que o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, é direito público subjetivo. Tal assertiva importa no reconhecimento de ser um direito plenamente eficaz e de aplicação imediata, ou seja, direito exigível judicialmente, se não for prestado pela Administração Pública (128) [...] Em reforço a essa classificação, estabelece a Constituição [...], ademais, a responsabilização pessoal das autoridades competentes quando do não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público (artigo 208, & 2º), acrescida da aplicação compulsória de percentuais mínimos da receita resultante impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino (arts. 208 e 212) (p.126/7).

O texto constitucional de 1988 tem sofrido modificações e aperfeiçoamentos:

- I – Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996, que, no caso específico do direito à educação:
 - (a) altera a redação dos incisos I e II do art. 208, dos §§ 1º e 2º do art. 211, do § 5º do art. 212 e do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;
 - (b) cria o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEB).
- II – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996).

2.2 Configuração institucional do direito à educação

Todas as disposições do Cap. III, Tít. VIII da Ordem Social, da Constituição de 1988, são garantias institucionais do direito à educação.

O legislador constituinte, não apenas declarou a educação como um direito fundamental do homem no art. 6º mas, visando a dar consequência prática e concreta a essa declaração de direito, criou mecanismos de sua realização, instituindo o Sistema Nacional de Educação, constituído de princípios, objetivos, estrutura organizacional e fontes de financiamento.

Os doutrinadores dão uma explicação para esse fato: os direitos de liberdade exigem do Estado apenas uma omissão, um não-fazer, enquanto os direitos sociais exigem do Estado uma ação, uma série de providências – leis, regulamentos, criação de órgãos e de fontes de financiamento – para a sua concretização.

Todas as normas constantes do capítulo em questão poderiam perfeitamente ser objeto de legislação ordinária. No entanto, o legislador constituinte resolveu incorporá-las à Constituição, visando a evitar a ação erosiva do legislador ordinário e as mudanças de orientação

política das majorias ocasionais. Não há dúvida quanto à existência de garantias institucionais na regulamentação constitucional do direito à educação, como o atesta, por exemplo, SARLETa (2003) pelo menos no que se refere à autonomia das universidades (p.319).

2.2.1 A educação como direito de todos

De acordo com o disposto no art. 205 da Constituição: **A educação, direito de todos e dever do Estado e da família [...]**. Como ocorreu com o direito à saúde, a Constituição afirma o caráter universal do direito à educação, no sentido de universalidade de atendimento, isto é, todo brasileiro tem direito à educação em todos os níveis, desde que satisfeitos os requisitos legais, independentemente de cor, de sexo, de condição social, de religião, de orientação política ou sexual, de idade, etc.

O caráter universal do direito à educação também pode ser entendido em um sentido complementar ao do acima mencionado: o direito à educação independe do pagamento de qualquer contribuição anterior.

Cumprе salientar que, na maioria dos casos, este é um direito derivado, isto é, um direito dependente de regulamentação do legislador ordinário, o que quer dizer: direito dependente da reserva do possível.

A própria Constituição reconhece isso ao prever a progressiva universalização do ensino médio gratuito (Art. 208, II).

Entretanto, no caso do educação básica (art. 208, I), este é um direito público subjetivo originário, por força do disposto no & 1º do art. 208 (**o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo**), não estando sujeito à reserva do possível.

Aliás, o legislador constituinte querendo reforçar esse caráter de direito público subjetivo do direito à educação básica, dispôs no & 2º: **o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.**

Finalmente, cabe salientar que o caráter universal vem sendo atribuído ao direito à educação desde a Constituição de 1934

2.2.2 A educação como dever do Estado

A Constituição enumera os deveres do Estado no art. 208: O dever do Estado com a educação será efetivada mediante a garantia de:

- I – **educação básica obrigatória e gratuita** dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

O texto original do inciso I do art. 208 declarava **obrigatório e gratuito** apenas o **ensino fundamental**, sendo essa obrigatoriedade e gratuidade extensivas também aos que a ele não tiveram acesso na idade própria.

A Emenda Constitucional nº 14/96 restringiu a extensão do inciso I do art. 208, garantindo apenas a oferta gratuita do ensino fundamental para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria.

Entretanto, tanto o texto original do inciso I do art. 208 quanto a nova redação dada pela EC 14/96 declaravam **obrigatório e/ou gratuito** apenas o **ensino fundamental**. **Ensino fundamental** não é sinônimo de **educação básica**, como observa SIFUENTES (2009):

“Educação básica e educação fundamental, portanto, não se confundem. Na estrutura educacional brasileira considera-se como ensino fundamental apenas uma parte da educação básica, que é aquela que se desenvolve dos 6 aos 14 anos. A educação básica é o gênero, e compreende, além do fundamental, a educação infantil (de zero a cinco anos) e o ensino médio. Ao todo, o legislador entendeu como básica a educação que se desenvolve por 18 anos na escola (p. 41).

Esses ensinamentos da autora, aliás, estão em conformidade com o disposto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), **ex-vi** do disposto no art. 21: A educação escolar compõe-se de:

- I – educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio;
- II – educação superior.

Foi a Emenda Constitucional nº 59/2009 quem estendeu a obrigatoriedade e a gratuidade a toda a educação básica, aí compreendida a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, dando a redação atual do inciso I do art. 208.

- II – progressiva universalização do ensino médio gratuito;

De certa forma, o disposto no inciso II tempera a disposição contida no inciso I, no que se refere ao ensino médio.

A educação infantil e o ensino fundamentais são obrigatórios e gratuitos aqui e agora. É uma regra que tem de ser cumprida por todas as esferas de poder do Estado Brasileiro, não estando submetida ao princípio da reserva do possível. Este é o entendimento uniforme tanto da doutrina quanto da jurisprudência;

A universalização da gratuidade e da obrigatoriedade (inciso I) vai sendo implantada progressivamente até 2016, **ex- VI** do disposto no art. 6º da EC 59: **o disposto no inciso I do art. 208 da Constituição Federal deverá ser implementado progressivamente, até 2016, nos termos do Plano Nacional de Educação, com apoio técnico e financeiro da União.**

- III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
- IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

- V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- VII – atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático- escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

2.2.3 A educação como dever da família

A educação é dever do Estado, mas também da família, de acordo com os termos do art. 205: a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, [...].

Nesta matéria, a Constituição chega a ser repetitiva, ao dispor:

“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, [...].

Art. 229 – Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, [...].

A mesma preocupação com o papel da família na educação da criança e do adolescente é reiterada no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90):

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, [...].

Art. 55 – Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

De acordo com o art. 6º da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, com a redação dada pela Lei nº 12.796/2013): é dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade.

2.2.4 Princípios

O art. 206 da Constituição e o art. 1º da Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e bases da educação nacional) enumeram os seguintes princípios que deverão reger as atividades do sistema nacional de educação:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Segundo MALISKA (2001), em termos gerais, o princípio da igualdade de condições de acesso e permanência na escola vincula as entidades públicas e privadas. Tal pode ser objeto de consideração, por exemplo, no caso de não aceitação de matrículas de alunos negros, de determinada crença religiosa, de determinada posição política, enfim, na hipótese de qualquer atitude discriminatória. A igualdade de acesso e permanência implica no estabelecimento de critérios gerais e não discriminatórios (p. 173).

II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber.

A Lei Fundamental da Alemanha faz a distinção entre liberdade de expressão (5.1 – Todos têm o direito de expressar e de difundir livremente sua opinião pela palavra, por escrito e pela imagem, e de

se informar livremente nas fontes geralmente acessíveis) da liberdade artística, científica, de pesquisa e de ensino (5.3 – a arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres). A Constituição de 1988 faz a mesma distinção: trata da primeira no art. 5º, IX, e da segunda no art. 206, II (liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber).

A respeito desta última, HESSE (1998) tece os seguintes comentários:

“Liberdade de arte e ciência

Ambas são reconhecidas como âmbitos de vida de legalidade própria e autonomia especial. A Lei Fundamental proíbe qualquer tutela, guia ou prejuízo estatal da atividade artística e científica.

A ordem liberal, que ela constitui, protege arte e ciência por sua própria causa; ela garante sua liberdade simultaneamente como pressuposto da função da arte e ciência em uma coletividade liberal.

Liberdade de ciência é liberdade de investigação e ensino; investigação científica não deve, em seu método e em seus resultados, ser vinculada por objetivos transcendente-científicos ou a priori ideológicos.

O mesmo vale para o ensino científico; também a este não devem ser prescritos conteúdos, cuja indagação científica está excluída. A unidade reconhecida no art. 5º, alínea 3, frase 1, da Lei Fundamental, de ambos, assenta sobre a ideia que no “ensino” não só se trata da transmissão de conhecimento técnico, senão da instrução para o pensar científico e juízo científico, da formação para clareza crítica e autonomia espiritual, que somente na familiaridade com a peculiaridade e método de colocação e resolução científicas do problema podem ser ganhas, não por mera apropriação de resultados prontos, e, por isso, somente

pelo professor investigador autônomo podem ser proporcionadas. [...]

Limitações por lei estão excluídas; a reserva do art. 5º, alínea 2, da Lei Fundamental, não pode ser aplicada à liberdade da arte e da ciência, porque não só a expressão artística, mas também o conhecimento científico e sua comunicação em sua orientação na investigação da verdade e no sentido espiritual das escolas superiores, não podem ser equiparados com a formação, muitas vezes, acrítica, e a manifestação de uma opinião. As liberdades do artigo 5º, alínea 3, da Lei Fundamental, são somente pela Constituição mesma limitadas (p. 310/312)”.

Tratando do mesmo assunto, MIRANDA (1998) afirma:

“Sob esta perspectiva de liberdade em função da escola, a liberdade de educação ou liberdade de ensino decompõe-se em três aspectos fundamentais:

- (1) em direito de escolha da escola;
- (2) em direito de criação de escolas distintas das do Estado, sem prejuízo do direito à existência de escola pública;
- (3) em liberdade de professores e alunos na escola (p382). [...]. A liberdade na escola, ou liberdade acadêmica na acepção clássica significa:
 - a) A liberdade dos professores de ensino de acordo com a sua procura da verdade, o seu saber, a sua orientação científica e pedagógica
 - b) O direito do aluno à compreensão crítica dos conteúdos do ensino.

Esta liberdade tem como garantia a não programação do ensino nas escolas públicas, segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas (...) e compagina-se com o direito de criação de escolas particulares e cooperativas (p. 384)”.

III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.

O pluralismo político é um dos fundamentos do Estado brasileiro, nos termos do art. 1º, V, da Constituição. E a própria Constituição encarregou-se de criar mecanismos destinados a propiciar esse pluralismo. De acordo com o art. 210, **serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.**

Regulamentando este artigo, dispõe a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96) em seu art. 26, com a redação dada pela Lei nº 12.796/2013: **Os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos.**

Além disso, o próprio art. 210 prevê outros mecanismos propiciadores do pluralismo:

- (I) o ensino religioso facultativo (& 1º);
- (II) a utilização da línguas maternas e processos próprios de aprendizagem nas comunidades indígenas (& 2º), podendo-se acrescentar ainda a educação ministrada por empresas privadas (art. 209), bem como por escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas (art. 213).

IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.

A gratuidade do ensino público se constitui em das formas de concretização da igualdade de oportunidades. Importante frisar que esse

tipo de igualdade não se concretiza apenas com a igualdade de acesso à escola, mas também - e como consequência - com a igualdade de qualidade do ensino ministrado nas escolas públicas.

No momento, o que se vê é que já se realizou, quase que totalmente, a igualdade de acesso ao ensino público fundamental, mas, no geral, a qualidade do ensino público ainda está distante da qualidade de ensino da escola particular.

SIFUENTES (2009) chama a atenção para o fato de que essa igualdade de acesso deve ser complementada com vários instrumentos que permitam uma quase igualdade de possibilidade de aprendizagem, como o fornecimento de material escolar, transporte, alimentação e tudo o que for necessário para o estudo, como prevê, aliás, a própria Constituição no art. 208, VII (p. 177).

Convém atentar para o fato de que a própria Constituição estabelece uma exceção ao princípio da gratuidade do ensino público, nas Disposições Constitucionais Gerais, ao dispor no art. 242: **o princípio do art. 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos.**

V – valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas.

Regulamentando este princípio, dispõe o art. 67 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/76): Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público:

- (I) ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;
- (II) aperfeiçoamento profissional continuado, inclusive com licenciamento periódico remunerado para esse fim;
- (III) piso salarial profissional;
- (IV) progressão funcional baseada na titulação ou habilitação e na avaliação de desempenho;
- (V) período reservado a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho;
- (VI) condições adequadas de trabalho.
- (VI) gestão democrática do ensino público, na forma da lei

A democracia é um dos princípios estruturadores do Estado brasileiro, como se depreende da dicção do art. 1º, **caput**. E a Constituição procurou criar uma série de mecanismos de concretização desse princípio em várias de suas partes, como na gestão da seguridade princípios social, por exemplo.

Tratando da democratização da gestão no âmbito da educação, dispõe a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96):

“Art. 14 – Os sistemas de ensino definirão as normas da gestão democrática do ensino público na educação básica, de acordo com as suas peculiaridades e conforme os seguintes princípios:

- I – participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola;
- II – participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes.

Art. 56 – As instituições públicas de educação superior obedecerão ao princípio da gestão democrática, assegurando a existência de órgãos colegiados deliberativos, de que participarão os segmentos da comunidade institucional, local e regional.

(VII) garantia de padrão de qualidade.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96) prevê vários mecanismos através dos quais o Estado pode induzir ou obrigar as escolas a propiciarem um ensino de qualidade.

“Art. 9º – A União incumbir-se-á de:

- V – coletar, analisar e disseminar informações sobre a educação;
- VI – assegurar processo nacional de avaliação do rendimento escolar no ensino fundamental, médio e superior, em colaboração com os sistemas de ensino, objetivando a definição de prioridades e a melhoria da qualidade do ensino.
- VII – baixar normas gerais sobre cursos de graduação e pós-graduação;
- IX – autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino;

Art. 10 – Os Estados incumbir-se-ão de:

- IV – autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos de seu sistema de ensino.

Art. 11 – Os Municípios incumbir-se-ão de:

- IV – autorizar, credenciar e supervisionar os estabelecimentos do sistema de ensino.

Questão relevante é saber se à obrigação de qualidade do ensino das escolas corresponde um direito de os alunos ou seus pais/representantes legais a exigirem. Para MALISKA (2001) deve-se fazer a distinção entre instituição pública e instituição privada de ensino. No caso das instituições privadas, existe esse direito e, em caso de descumprimento,

os interessados devem reclamar junto aos órgãos de fiscalização. Com relação às escolas públicas, as reclamações devem ser encaminhadas aos órgãos colegiados de gestão democrática (p. 186/7).

VIII piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Parágrafo único – A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Este princípio foi incorporado ao art. 206 da Constituição pela Emenda Constitucional nº 54/2006.

2.2.5 O Sistema nacional de educação

2.2.5.1 A estrutura do sistema nacional de educação

A educação nacional é organizada em forma de sistema pela Constituição, como se depreende do disposto no art. 211: **A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.**

Esse sistema nacional será constituído:

- 1 – pelo sistema federal de educação – Art. 211, & 1º – **A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.**

II – pelos sistemas estaduais e distrital de educação - Art. 211, & 3º
 – **Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.**

III – pelos sistemas municipais de educação – Art. 211, & 2º – **Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.**

O sistema nacional de educação tem por missão executar o Plano Nacional de Educação, **ex-vi** do disposto no art. 214:

“A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que condizam a:

- I – erradicação do analfabetismo;
- II – universalização do atendimento escolar;
- III – melhoria da qualidade do ensino; IV – formação para o trabalho;
- V – promoção humanística, científica e tecnológica do País;
- VI – estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

2.2.5.2 Financiamento do sistema nacional de educação

Dispõe o art. 212 da Constituição: **A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.**

& 3º – A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere à universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação.

& 4º – Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

& 5º – A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei.

2.2.5.3 FUNDEB

Com o objetivo de assegurar a universalização do ensino fundamental, dispõe o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), com a redação dada pela Emenda Constitucional no 53/2006:

“Art. 60 – Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o **caput** do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições:

- I – A distribuição dos recursos e de responsabilidades entre o Distrito Federal, os Estados e seus Municípios é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, de natureza contábil.

- II – O Fundos referidos no inciso I do **caput** deste artigo serão constituídos por 20% (vinte por cento) dos recursos a que se referem os incisos I, II e III do art. 155; o inciso II do **caput** do art. 157; os incisos II, III e IV do **caput** do art. 158; e as alíneas a e b do inciso I e o inciso II do **caput** do art. 159, todos da Constituição Federal, e distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial, matriculados nas respectivas redes, nos respectivos âmbitos de atuação prioritária estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal
- V – A União complementarará os recursos dos Fundos a que se refere o inciso II do **caput** deste artigo, sempre que, no Distrito Federal e em cada Estado, o valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente, fixado em observância ao disposto no inciso VII do **caput** deste artigo, vedada a utilização dos recursos a que se refere o § 5º do art. 212 da Constituição Federal.

2.2.6 A instituição universidade

Nos manuais de Direito Constitucional, a universidade é sempre citada como exemplo de instituição, ao lado dos municípios.

De comum têm o fato de serem multisseculares, precedendo o próprio Estado Moderno, algumas datando do séc. XIII. Foi ainda no séc. XIII que as universidades conquistaram sua independência em relação à Igreja e ao Estado, independência que se concretizou através de sua autonomia administrativa, financeira e principalmente de ensino e transmissão de conhecimento.

Foi a Igreja quem primeiro reconheceu essa autonomia das universidades, tendo o papa lhes concedido a **licencia ubique docendi** – licença para ensinar em toda a cristandade, além de ajuda, prerrogativas

e privilégios. Mas, já no final do sec. XIII, foi exigindo que elas se tornassem agentes pontificais. O Estado seguiu a mesma linha de ação da Igreja, reconhecendo a autonomia das universidades e concedendo-lhes também ajuda, prerrogativas e privilégios, mas, a partir do final do sec. XIV, passou a exigir-lhes, da mesma maneira, que se integrassem à sua burocracia.

O resultado desse processo foi a perda progressiva da autonomia por parte das universidades, autonomia que só foi reconquistadas no sec. XIX por influência do liberalismo (RANIERIa, 1994, p 35 e ss).

No direito brasileiro, a autonomia da universidade é reconhecida legalmente desde o Decreto nº 19.851/1931, que dispunha em seu art. 9º: **as universidades gozarão de personalidade jurídica e de autonomia administrativa, didática e disciplinar, nos limites estabelecidos no presente decreto, sem prejuízo da personalidade jurídica que tenha ou possa ser atribuída pelos estatutos universitários a cada um dos institutos componentes da universidade.**

Essa autonomia foi reconhecida, posteriormente, pela Lei nº 4.024/61 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) e pela Lei 5.540/68 (igualmente Lei de Diretrizes e Bases da Educação).

Foi incorporada pela Constituição de 1988: art. 207: **As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.**

Analisando o assunto, a Consultoria Geral da República, no Parecer SR-78, de 15/12/1988, assim definiu as autonomias didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial:

- **autonomia didático-científica** – confere à universidade, sob a égide do pluralismo de ideias, o direito à liberdade de ensino e de comunicação do pensamento.
- **autonomia administrativa** – assegura à universidade capacidade decisória para, de um lado, administrar os seus serviços

e, de outro, disciplinar as suas relações com os corpos docente, discente e administrativo.

- **autonomia financeira** – outorga à universidade o direito de gerir e aplicar os seus próprios bens e recursos.

Bem de ver que essa autonomia das universidades não significa sua soberania, sua total independência do Estado. A doutrina é unânime em afirmar que à autonomia da universidade corresponde o poder de tutela que sobre ela exerce o Estado, tutela esta que se exerce sob a forma de controle e fiscalização (REIS, 1990; BOAVENTURA, 1990; RANIERI, 1994).

2.2.7 A educação ministrada por entidades privadas

Além do ensino público, a Constituição prevê que esta poderá ser ministrada por entidades privadas por força do disposto no art. 209: O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I – cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Regulamentando este artigo, dispõe a Lei de Diretrizes e Bases da Educação;

“Art. 19 – As instituições de ensino dos diferentes níveis classificam-se nas seguintes categorias administrativas:

- I – públicas, assim entendidas as criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público;
- II – privadas, assim entendidas as mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Art. 20 – As instituições privadas de ensino se enquadrarão nas seguintes categorias:

- I – particulares em sentido estrito, assim entendidas as que são instituídas e mantidas por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que não apresentam as características dos incisos abaixo;
- II – comunitárias, assim entendidas as que são instituídas e mantidas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas educacionais, sem fins lucrativos, que incluam na sua entidade mantenedora representantes da comunidade;
- III – confessionais, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendem à orientação confessional e ideologia específicas e ao disposto no inciso anterior;
- IV – filantrópicas, na forma da lei

O **caput** do art. 213 determina que recursos públicos não podem ser repassados às escolas particulares em sentido estrito, permitindo-se o repasse apenas para as escolas comunitárias, confessionais e filantrópicas que:

- I – comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;
- II – assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

Ainda segundo a Constituição, estas entidades estão isentas do pagamento de impostos, **ex-vi** do disposto no art. 150, VI, c.

Tal como ocorre com a saúde, também a educação, quando ministrada por entidades privadas, levanta a questão: trata-se de serviço

público concedido ou de atividade econômica, exercida por direito próprio, regida pelas normas de direito privado,?

Podem-se identificar, nesta matéria, três correntes:

Há os que entendem que a educação, mesmo quando ministrada por entidades privadas, é um serviço público concedido visto que submetido a vários controles estatais (cumprimento das normas gerais da educação nacional e autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público – art. 210, I e II.). Essa a posição de RANIERI (2003).

Para outros, no entanto, só seriam concessões os estabelecimentos privados de ensino sem fins lucrativos. Seriam estes as escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, que podem receber recursos públicos (art. 213, I e II). Outros estabelecimentos de ensino privado que não se enquadram nessa classificação seriam empresas privadas, explorando atividade econômicas, de **jure proprio**, regidas por normas de direito privado, muito embora submetidas ao controle e fiscalização do poder público, como quase todas empresas privadas. É o caso, por exemplo, de CURY (1992).

Finalmente, há os que sustentam que os estabelecimentos de ensino privado, com ou sem finalidade lucrativa, são essencialmente privados, mas com interesse sócio – econômico coletivo (TROPARDI FILHO, 2009, p. 227). É de se anotar a lição de MELLO (2006).

De acordo com o autor, cumpre distinguir os **serviços públicos privativos do Estado** (art. 21, X, XI e XII, por exemplo) dos **serviços públicos não privativos do Estado**.

Nesta categoria, estão os serviços públicos que o Estado deve desempenhar, imprimindo-lhe o regime de Direito Público, sem, entretanto, proscrever a livre iniciativa. É o caso, segundo o autor, da saúde, educação, da previdência social e da assistência social.

Nesses serviços públicos o Estado não detém a titularidade exclusiva, podendo ser desempenhados também pela iniciativa privada, de acordo com as normas de Direito Privado, de jure próprio, portanto, independentemente de concessão ou permissão (MELLO, 2006, p 658).

É no mesmo sentido o ensinamento de GRAU (1998). O autor distingue, como MELLO, os serviços públicos **privativos** dos serviços públicos **não privativos** – **aqueles que têm por substrato atividade econômica que tanto pode ser desenvolvida pelo Estado, enquanto serviço público, quanto pelo setor privado, caracterizando-se tal desenvolvimento, então, como modalidade de atividade econômica em sentido estrito.** E cita como exemplos de serviços públicos **não privativos** a educação e a saúde (p. 144).

2.2.8 O ensino religioso nas escolas

No Brasil Colônia e no Império, a educação fundamental e secundária era ministrada principalmente por instituições religiosas, principalmente católicas. Isto porque foi colonizado por um reino católico e porque se declarou um Estado católico na Constituição Imperial e pelo quase abandono da educação primária e secundária à iniciativa privada das instituições religiosas. E essa educação tinha um cunho eminentemente religioso, mesmo em escolas seculares privadas ou públicas, visto que os professores tinham de fazer um juramento de fé católica, podendo ser punidos por perjúrio (CURY, 2001, p. 91).

Na Constituição da Primeira República (1891) ficou estabelecido que o ensino seria leigo (art. 72, & 6º). No entanto, é evidente que esta disposição se aplicava apenas ao ensino ministrado nos estabelecimentos oficiais, vez que, sendo livres a religião e seu respectivo culto, podia-se ministrar educação religiosa nos estabelecimentos particulares de ensino.

A Constituição de 1934 não acompanhou a de 1891 na sua postura anticlerical, melhor dizendo, anticatólica. A separação absoluta entre o Estado brasileiro e a Igreja foi substituída por uma separação com colaboração (art. 17, III), o que repercutiu no capítulo da educação.

Com efeito, no art. 153, a Constituição prevê o ensino religioso obrigatório nas escolas públicas, mas de frequência facultativa.

Na Constituição de 1937, o ensino religioso passa a ser facultativo, tanto na sua oferta pelo estabelecimento de ensino quanto na sua frequência pelo aluno, **ex-vi** do disposto no art. 133: **o ensino religioso poderá ser contemplado como matéria do curso ordinário das escolas primárias, normais e secundárias. Não poderá, porém, constituir objeto de obrigação dos mestres ou professores, nem de frequência compulsória por parte dos alunos.**

A Constituição de 1946, em seu art. 168, V, retorna a orientação de 1934: o ensino religioso como disciplina obrigatória nas escolas oficiais, mas de frequência facultativa. Regulamentando esse dispositivo, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 4.024/1961), em seu art. 97, repete a orientação constitucional (oferta obrigatória e frequência facultativa), mas determinou que o ensino religioso seria ministrado **sem ônus para os poderes públicos.**

Na revisão da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, promovida pela Lei nº 5.692/71, essa determinação de que o ensino religioso seria ministrado **sem ônus para os cofres públicos** fora eliminada.

A Constituição de 1967 repete a orientação de 1946 no que concerne ao ensino religioso, assim como a Constituição de 1988, como se depreende do disposto no art. 210, & 1º: **o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.**

Além disso, o Estado brasileiro, apesar de laico, de separado de qualquer tipo de Igreja ou confissão religiosa, as respeita porque expressões da liberdade de seus nacionais e, por isso, as auxilia na formação de seus líderes e de seus adeptos, como se depreende do disposto no art. 213: **os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, [...].**

No entanto, o embate entre posições laicas e posições confessionais não se encerrou. A nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 1996 (Lei nº 9.394) retomou a orientação de 1961, ao determinar que o ensino religioso em escolas públicas seria ministrado **sem ônus para os cofres públicos**.

“Art. 33 – O ensino religioso, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, sendo oferecida, sem ônus para os cofres públicos, de acordo com as preferências manifestadas pelos alunos ou por seus responsáveis, [...]”.

De acordo com os defensores de posições laicas, esse dispositivo estava de acordo com o disposto no 19, I (É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, que veda subvenções a cultos religiosos e igrejas. Ao Estado, para não embaraçar os cultos e as atividades das igrejas, cabe abrir os espaços das escolas públicas, para que nelas seja ministrado o ensino religioso. Entretanto, em cumprimento ao disposto no art. 19, I, não lhe cabe financiar esse ensino, mas às igrejas ou confissões religiosas.

No entanto, por pressão dos defensores das posições religiosas, esse dispositivo foi alterado pela Lei nº 9.475/97:

“ Art.33 – O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

Na nova redação foi suprimida a expressão: **sem ônus para os cofres públicos**.

Essa alteração, promovida pela Lei nº 9.475/97, não é uma questão de palavras. De acordo com a primeira redação do art. 33, o ensino religioso estava vinculado à liberdade religiosa, tendo o indivíduo, frente ao Estado, o direito de exigir que este não lhe embarace o exercício, inclusive sob a forma de ensino. Com a redação atual, o indivíduo tem, frente ao Estado, o direito de exigir uma prestação positiva – a oferta de ensino religioso nas escolas públicas (XIMENES, 2009).

TÍTULO V

DIREITOS DE NACIONALIDADE

CONCEITO DE NACIONALIDADE

I

Capítulo

Antes das Revoluções Americana e Francesa, prevaleceu na Europa o princípio da legitimidade monárquica e, com ele a vinculação e lealdade ao soberano. Após essas revoluções, o princípio de legitimidade monárquica foi substituído pelo princípio da legitimidade popular, em que a vinculação e a lealdade eram devidas à Nação (LAFER, 1988, p. 134).

Nação, de acordo com os ensinamentos de LAFER (1988), deriva de *nationem* que, por sua vez, deriva de *natus*, participio passado do verbo *nasci* – nascer e tinha um sentido étnico. Designava a ação de nascer e, posteriormente, indicava os indígenas – os nascidos no território de um país, em oposição aos estrangeiros (*alienígenas*) – não nascidos no território de um país.

Após as Revoluções Americana e Francesa, o termo *nação* passou a designar a organização política do **populus**, identificando-se com o Estado, passando a designar o vínculo jurídico-político que une uma população a um Estado.

O problema da nacionalidade, como direito humano, surgiu após a I Guerra Mundial. Até então, as pessoas circulavam pelos países livremente sem necessidade de vistos ou de passaportes.

Após a I Guerra Mundial, com a dissolução do Império Austro-Hungaro e com a adoção do princípio da nacionalidade para a formação

dos novos Estados, apareceu o problema das minorias, étnicas, religiosas, etc., que não eram consideradas integrantes do novo Estado e que, portanto, foram obrigadas a deixar o lugar onde viviam. Eram as chamadas **displaced persons** – pessoas deslocadas.

O problema das **displaced persons** aumentou com a política do regime soviético de retirar a nacionalidade soviética das pessoas que haviam deixado o país com a implantação do novo regime ou se encontravam no estrangeiro sem autorização dos novos governantes, bem como com as desnacionalização promovidas pelo nazismo e pelo fascismo contra pessoas indesejadas por esses regimes – judeus, ciganos, etc.

Isso criou uma multidão de apátridas – pessoas que deixaram suas pátrias, onde não eram mais aceitas, e que não eram aceitas como seus nacionais por outros países, passando estes refugiados a dever suas vidas não ao Direito, mas à caridade (LAFER, 1988, p. 139/43).

Com efeito, segundo LAFER (1988), essas pessoas perdiam seu vínculo com o Estado de onde vinham, não merecendo a sua proteção diplomática, ao mesmo tempo em que não eram reconhecidas como seus nacionais pelos Estados onde se encontravam, não sendo reconhecidas por estes como sujeitos de direitos, não tendo, portanto, nem direitos nem deveres. O fato de serem apátridas lhes retirava aquilo que HANNA ARENDT chamava do direito a ter direitos, o mais fundamental dos direitos humanos (apud LAFER, 1988).

Foi em vista dessa situação que a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, pôs tanta ênfase na declaração da nacionalidade como um direito humano. Dispõe o seu art. 15: Todo ser humano tem direito a uma nacionalidade. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Além desse princípio geral, foram tomadas medidas concretas para minimizar os problemas dos apátridas, como o Estatuto dos

Apátridas, de 1954, que busca garantir aos destituídos de nacionalidade, nos Estados onde se encontram, os benefícios da legalidade, conferindo-lhes tratamento nacional em certas matérias – liberdade de religião, propriedade intelectual e industrial, direito de acesso aos tribunais, educação pública – e tratamento igual aos estrangeiros em geral em outras matérias – propriedade mobiliária e imobiliária, profissões assalariadas e liberais, alojamento e liberdade de circulação.

A Constituição faz a distinção entre nacionalidade e cidadania. Trata da nacionalidade no Capítulo III do Título II, arts. 12 e 13, e da cidadania no mesmo Título II, Capítulo IV, arts. 14, 15 e 16.

Nacionalidade é um vínculo de direito público interno que vincula um determinado indivíduo a um determinado Estado. Através desse vínculo, o indivíduo torna-se súdito de um Estado, sujeito, portanto, a sua ordem jurídica, tendo certos direitos e deveres para com o Estado seu soberano. É condição da cidadania, já que somente o nacional pode ser cidadão – ser brasileiro, nato ou naturalizado, é uma das condições para a obtenção do título de eleitor (Constituição, art. 14, § 2o).

Atualmente, cidadania tem um conceito amplo e um conceito restrito. Para alguns autores, principalmente historiadores e sociólogos, sob a influência de MARSHAL (1967), a cidadania significa ter direitos civis, políticos e sociais. É assim que a define PINSKY (2005): Ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei: é, em resumo, ter direitos civis. É também participar no destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos. Os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranquila. Exercer a cidadania é ter direitos civis, políticos e sociais (p. 9).

Entretanto, há quem, principalmente os juristas, prefira um conceito restrito de cidadania: cidadania consiste em ter direitos políticos, isto é, é ter o direito de participar da vida política da sociedade: votar, ser votado, etc.

O moderno conceito de cidadania, como conjunto de membros da sociedade que têm direitos e decidem o destino do Estado, deriva da

Revolução Francesa, de 1789, que, por sua vez, se liga de várias maneiras ao direito romano. Com efeito, é do *civis* (cidadão) que deriva a **civitas** (cidade, cidadania). (FUNARI, 2005, p. 49).

Cidadania significava tanto pertencimento à comunidade romana, podendo ter direitos e deveres, quanto possibilidade de participar da vida política romana, podendo votar e ser votado, prestar serviço militar, ocupar cargos públicos e magistraturas.

O direito de nacionalidade é hoje um dos direitos fundamentais de todo ser humano, reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

XV. 1. Todo homem tem direito a uma nacionalidade.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Como já se viu anteriormente, a Constituição enumera o direito de nacionalidade entre os direitos fundamentais do brasileiro (Título II), regulamentando-o em capítulo específico desse título (Capítulo III), dedicando-lhe dois artigos 12 e 13.

3.1 Critérios de atribuição da nacionalidade

Muito embora seja um direito fundamental de todo ser humano, cabe a cada Estado, através de sua Constituição ou de leis ordinárias, estabelecer os critérios mediante os quais um indivíduo é reconhecido como seu nacional.

Há basicamente dois critérios:

- o critério do **jus sanguinis** (o direito do sangue), pelo qual o Estado atribui sua nacionalidade, considera seu súdito todo indivíduo nascido de pais, ou de pai ou de mãe que seja seu nacional, seu súdito, independentemente do local de seu nascimento. É o direito de nacionalidade baseado na descendência.
- o critério do **jus solis** (direito da terra), pelo qual o Estado atribui sua nacionalidade, considera seu súdito todo

indivíduo nascido em seu território, independentemente de sua ascendência.

O Estado brasileiro, como todo Estado de imigração, adota majoritariamente o critério do **jus solis** ou o critério da origem territorial – são considerados brasileiros todos os indivíduos nascidos em seu território, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam aqui a serviço de seu país (Constituição, art. 12, I, a).

No entanto, essa regra geral é temperada pelo critério do **jus sanguinis** – são considerados brasileiros:

- todos os que tenham nascido no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil (Constituição, art. 12, I, b);
- todos os que tenham nascido no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira (Constituição, art. 12, I, c);
- os naturalizados:
 - (I) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;
 - (II) os estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira (Constituição, art. 12, II, a e b).

3.2- Brasileiros, natos e naturalizados, e estrangeiros

Os brasileiros natos e os brasileiros naturalizados, em princípio, têm direitos e deveres iguais. As exceções a esta regra estão contidas expressamente na Constituição:

Art. 12. [...] § 3º - São privativos de brasileiros natos os cargos:

- (I) de Presidente e Vice-Presidente da República;
- (II) de Presidente da Câmara dos Deputados;
- (III) de Presidente do Senado Federal;
- (IV) de Ministro do Supremo Tribunal Federal;
- (V) da carreira diplomática;
- (VI) de oficial das Forças Armadas;
- (VII) de Ministro de Estado da Defesa.

Fora desses casos, a Constituição não cria nenhuma outra distinção entre brasileiro nato e brasileiro naturalizado, nem permite que a lei ordinária o faça (Art. 12, § 2º).

Já os estrangeiros residentes no País têm os mesmos direitos civis dos brasileiros: direitos à vida, à privacidade, à igualdade, à liberdade, à segurança e à liberdade (Constituição, art. 5º, caput). Mas não gozam dos direitos políticos, que são exclusivos do brasileiro, nato ou naturalizado.

Os portugueses, com residência permanente no Brasil, se houver reciprocidade em favor dos brasileiros residentes em Portugal, terão os mesmos direitos inerentes aos brasileiros, salvo os casos previstos no § 3º do art. 12 (Constituição, art. 12, § 1º).

Entre os direitos e deveres do nacional (no caso específico, do brasileiro, nato ou naturalizado), pode-se enumerar:

- dever de prestar serviço militar;
- dever de fidelidade ao país;
- direitos políticos;
- direito de não ser extraditado (De acordo com o art. 5º, LI, da Constituição, nenhum brasileiro será extraditado, salvo naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei).
- direito à proteção diplomática.

3.3 Perda da nacionalidade brasileira

Os Estados decretam a perda da nacionalidade de seus nacionais, geralmente, **pelos seguintes motivos:**

- I – **Fatos desaprovados pelo Estado** expatriador, como a aceitação de empregos, pensões, títulos, condecorações e outros favores oferecidos por governos estrangeiros ou a prestação de serviço militar ou juramento de fidelidade a outro país;
- II – **Prática de certos delitos**, como atentados contra a independência e segurança do país, atividades políticas nocivas ao interesse nacional, abandono do país em época de calamidade ou perigo público, deserção do serviço militar ou evasão do alistamento em tempo de guerra, sentença definitiva a penas perpétuas e infamantes e quebra fraudulenta;
- III – **Domicílio habitual e prolongado fora do país** ou residência continuada no estrangeiro sem intenção de regresso;
- IV – **Unidade da nacionalidade na família:** o casamento da mulher nacional com um estrangeiro ou a troca de nacionalidade do marido e do pai na vigência do matrimônio;
- V – **Anexação e cessão de territórios** (ALEXANDRE, 1956, p 109).

Nas duas primeiras constituições brasileiras (Const. 1824, art. 7o, I e II; Const. 1891, art. 71, & 2o), havia apenas duas hipóteses de perda de nacionalidade decretada: naturalização em país estrangeiro e aceitação de emprego ou pensão de governo estrangeiro, sem licença do Poder Executivo Federal.

Nas Constituições de 1934 (art. 107), 1937 (art. 116), 1946 (art. 130) e 1967 (art. 141) foram previstas três hipóteses de perda de nacionalidade decretada:

- I – aquisição de outra nacionalidade por naturalização voluntária;
- II – aceitação de comissão, emprego ou pensão de governo estrangeiro sem licença do Presidente da República; e

III – cancelamento da naturalização, por sentença judicial, por exercício de atividade contrária ao interesse nacional.

Na Constituição de 1988 estão previstas as seguintes hipóteses de perda da nacionalidade do brasileiro naturalizado (art. 12, & 4o):

I – cancelamento de sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

II – aquisição de outra nacionalidade, salvo nos casos de:

(a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;

(b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis

TÍTULO VI DIREITOS POLÍTICOS

CONCEITO DE CIDADANIA

I

Capítulo

Atualmente, cidadania tem um conceito amplo e um conceito restrito. Como já se viu anteriormente, para alguns autores, principalmente historiadores e sociólogos, sob a influência de MARSHAL (1967), a cidadania significa ter direitos civis, políticos e sociais. É assim que MARSHAL (1967) a define: **a cidadania é um status concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade** (p. 76). E essa cidadania, ainda na concepção do mesmo autor, seria constituída dos direitos civis, políticos e sociais.

Na mesma linha é a definição de PINSKY (2005): **Ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei: é, em resumo, ter direitos civis. É também participar no destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos. Os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranquila. Exercer a cidadania é ter direitos civis, políticos e sociais** (p. 9).

Entretanto, os juristas geralmente não aceitam essa concepção ampla de cidadania. FERRAJOLIa (2010) afirma que essa noção de cidadania é **confusa**, no plano teórico, e **regressiva**, no plano político (p. 99). Essa noção tão ampla se superpõe e anula uma outra figura de **status – a pessoa** – a que se encontram vinculados muitos direitos (p.

99). Na tradição jurídica, sempre se manteve a distinção entre o **status civitatis (cidadania)** e o **status personae (personalidade)**. Distinção esta mantida pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789.

Já o conceito de cidadania, em sentido estrito, como conjunto de membros da sociedade que têm direitos e decidem o destino do Estado (FUNARI, 2005, p. 49), deriva da Revolução Francesa, de 1789, que, por sua vez, se liga de várias maneiras ao direito romano. Com efeito, é do *civis* (cidadão) que deriva a *civitas* (cidade, cidadania).

Cidadania significava tanto pertencimento à comunidade romana podendo ter direitos e deveres, quanto possibilidade de participar da vida política romana, podendo votar e ser votado, prestar serviço militar, ocupar cargos públicos e magistraturas.

A cidadania, nesta acepção, é um dos princípios fundadores do Estado Brasileiro (art. 1º, II) e está vinculada intimamente à soberania popular e à democracia, como se depreende do disposto no parágrafo único do art. 1º: **todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição.**

Os direitos políticos estão previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo XXI: 1. Todo homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Todo homem tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.

A Constituição coloca os direitos políticos entre os direitos fundamentais do cidadão brasileiro, dedicando-lhes o Capítulo IV do Título II, art. 14, 15 e 16.

O art. 14 estabelece as formas de exercício da cidadania e da soberania popular, nos seguintes termos:

Art. 14 – A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

- I – plebiscito;
- II – referendo;
- III – iniciativa popular. [...]

2.1 Democracia indireta e representação

Conforme se depreende do dispositivo acima transcrito, o constituinte de 1988 optou pela democracia indireta e, conseqüentemente, pela representação, como formas usuais de exercício da cidadania e da soberania popular. E isto se explica pela tradição histórica do constitucionalismo brasileiro (no Brasil, há poucos casos concretos de aplicação de mecanismos de democracia direta ou semidireta) e até por preconceito, nesta última hipótese por influência do constitucionalismo francês.

Na democracia indireta, os cidadãos escolhem, através do **sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (art. 14, caput)**, seus representantes aos quais é delegado, por esses cidadãos, o poder de expressar, em seu nome, a vontade do Estado. É o chamado **regime representativo** que, segundo a definição clássica de MALBERG (1962) é um **sistema constitucional no qual o povo se governa por seus eleitos, em oposição seja ao regime do despotismo,**

em que o povo não tem nenhuma ação sobre seus governantes, seja ao regime do governo direto, no qual os cidadãos governam por eles mesmos (t. II, p. 202).

Para a doutrina há dois tipos de mandato: mandato imperativo e mandato representativo.

2.1.1 Mandato imperativo

É uma teoria, muito difundida, que sustenta que existe entre o eleito e o eleitor um vínculo semelhante ao existente entre o mandante e o mandatário do contrato de mandato do Direito Civil.

Nessa concepção, a eleição é analisada como uma transmissão/delegação de poderes dos eleitores aos eleitos. O próprio termo **mandato** implica **que o representante exerce suas funções com fundamento no poder do representado, em virtude de uma comissão ou delegação**. Ele é um **procurador** dos eleitores.

Essa ideia procede diretamente de ROUSSEAU, para quem a soberania é do povo. Por intermédio da eleição, cada eleitor transfere para o eleito sua fração individual de soberania (MALBERG, 1962, p.210/11).

E está muito difundida, inclusive em textos de lei. Por exemplo, a Constituição de 1988 diz que cada Estado e o Distrito Federal elegerão três senadores, **com mandato de oito anos** (art. 46, & 1º). No art. 55 está disposto: Perderá o mandato o Deputado ou Senador [...].

ORLANDO, citado por MALBERG (1962) levanta quatro objeções à teoria do mandato legislativo:

- (I) como no Direito Civil o mandato só vincula as partes contratantes (mandante e mandatário), no mandato representativo o deputado deveria representar apenas o colégio eleitoral que o elegeu. Ora, no direito público moderno, o deputado representa toda a nação;

- (II) é da própria natureza do mandato ser revogável livremente pelo mandante, mesmo quando tenha prazo de vigência. Tal não ocorre com o mandato legislativo, salvo em alguns estados norte-americanos, onde há o recall, e em alguns cantões suíços;
- (III) No Direito Civil, o mandatário é responsável perante o mandante, devendo prestar contas de sua gestão. No mandato legislativo, o deputado não é obrigado a prestar contas de sua atuação ao seu eleitorado;
- (IV) Também no mandato civil, o mandatário só tem os poderes concedidos pelo mandante. Diz-se que o mandato é imperativo, sendo nulos todos os atos que forem além dos poderes concedidos pelo mandante. No direito público, inexistente a figura do mandato imperativo, as instruções dos eleitores, bem como os compromissos assumidos na campanha não vinculam juridicamente o deputado, tendo este plena liberdade de opinião, de palavra e de voto (MALBERG, 1962, p. 213/6).

2.1.2 Mandato representativo

De acordo com ROUSSEAU, o mandato imperativo era uma instituição do direito feudal, onde a nobreza, o clero e os burgueses designavam, respectivamente, seus representantes que deveriam ir à corte francesa para apresentar seus pleitos ao rei. Esses representantes recebiam um caderno (**cahier**) contendo os pleitos, que deveriam ser apresentados, e instruções sobre como o representante deveria exercer seu mandato

Com a Revolução Francesa de 1789, alterou-se profundamente a natureza jurídica da assembleia e dos componentes. A assembleia deixou de ser uma reunião de procuradores que defendiam os interesses

de um determinado estamento – nobreza, clero e burguesia - ou de um determinado colégio eleitoral – e se reuniam para apresentar pleitos ao monarca absoluto. Assembleia Geral ou Nacional passou a ser um órgão da soberania nacional, que tem por função expressar a vontade da nação/povo.

A eleição não é mais analisada como uma transmissão/delegação de poderes do eleitor para o eleito. É uma simples forma de nomeação/designação dos deputados.

Através da eleição, o deputado não recebe instruções dos eleitores, nem está subordinado a elas, caso sejam apresentadas. Ele recebe o chamado **mandato representativo**. Com o mandato representativo, o eleito, a despeito do nome, não representa a nação, mas integra um órgão que tem por função expressar a vontade do Estado.

Segundo BONAVIDES (1967) são características do mandato representativo:

- (I) Generalidade – no sentido de que deputado não representa apenas o colégio eleitoral que o elegeu, mas toda a nação;
- (II) Liberdade – no sentido de que o deputado, no exercício de seu mandato, não está vinculado às instruções de seus eleitores, mas tem ampla liberdade de opinião, de palavra e de voto;
- (III) Irrevogabilidade – salvo em alguns estados americanos e em alguns cantões suíços, os eleitores não podem revogar o mandato dos deputados por eles eleitos, se não concordarem com sua atuação;
- (IV) Independência – no sentido de que os atos dos deputados não dependem, para sua validade, da ratificação de seus eleitores (p. 175/8).

Essa concepção – a do mandato representativo – foi a que prevaleceu no constitucionalismo moderno, a partir da Revolução Francesa.

Entretanto, consoante BONAVIDES (1967), o mandato imperativo está ressuscitando sob a forma de vários mecanismos de democracia semidireta (p.178).

2.2 Democracia direta e democracia semidireta

Democracia direta é o sistema político em que o povo soberano exerce o poder diretamente, sem a intermediação de representantes, tomando decisões políticas, principalmente editando leis.

Um dos exemplos clássicos de democracia direta vigorou em Atenas nos séculos IV e V a.C, sendo de citar ainda as formas de democracia direta surgidas em cantões suíços no sec. XIII.

A partir das revoluções francesa e americana, donde surgiu o Estado liberal, esse sistema foi abandonado, sendo substituído pela democracia indireta, representativa, exceção feita dos citados cantões suíços.

Mais recentemente, algumas constituições têm adotado, não a democracia direta, mas **mecanismos de democracia direta** ou **mecanismos de democracia semidireta**, como forma de corrigir distorções da democracia representativa (BONAVIDES, 1967; BENEVIDES, 2002).

BONAVIDES (1967) enumera os seguintes mecanismos de democracia semidireta: referendo, plebiscito, iniciativa e direito de revogação, informando que alguns acrescentam a estes o veto (p. 219).

Referendo (referendum) – é instituto ligado ao mandato imperativo. Significa **ratificação** pelos eleitores de projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo. Este continua com a sua prerrogativa de preparar a lei (iniciativa, apreciação, aprovação), todavia esta só está juridicamente perfeita quando submetida à apreciação do povo, que pode aprová-la ou rejeitá-la.

Plebiscito - A doutrina não faz uma distinção precisa entre referendo e plebiscito; ambos os termos são usados indiscriminadamente.

Todavia, no uso comum, o plebiscito apresenta dois requisitos:

- (I) normalmente, o Chefe de Estado solicita do povo sua aprovação para um projeto de lei, a ser aprovado pelo Legislativo, ou para uma medida política a ser adotada por ele;
- (II) normalmente, é adotado em caso de ato extraordinário ou excepcional, principalmente relacionado a questões de território e/ou de soberania.

Iniciativa popular – É instrumento vinculado à democracia direta. O povo apresenta ao Poder Legislativo projeto de lei, solicitando a sua apreciação. O legislativo tem a obrigação de apreciá-lo, mas não de aprová-lo, podendo rejeitá-lo.

Direito de revogação (recall) – É também instrumento vinculado à democracia direta. Através dele, o eleitorado destitui parlamentares ou juízes de seus cargos, se julgar que estes não estão exercendo suas funções a contento.

Veto – é a faculdade que permite ao povo manifestar-se contrariamente a uma lei já promulgada e publicada pelo Poder Legislativo.

Em um prazo determinado constitucionalmente, certo número de cidadãos pode exigir que esta lei seja submetida à aprovação/rejeição dos cidadãos. Alguns autores o chamam **referendum facultativo**.

A Constituição de 1988 prevê três mecanismos de democracia direta: referendo, plebiscito e iniciativa popular.

Regulamentando os incisos I, II, III do art. 14 da Constituição, a Lei nº 9.709, de 18/11/1998 dá as seguintes definições:

“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 posteridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.

Art. 3º – Nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do & 3º do art. 18 da Constituição Federal, o **plebiscito** e o **referendo** são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei.

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

Cabe acrescentar, finalmente, que a participação popular não ocorre apenas na atividade legislativa. A Constituição, visando a concretizar o princípio democrático e da cidadania da maneira mais abrangente possível, criou mecanismos de participação popular na Administração Pública e no Judiciário, como se verá a seguir.

CONTEÚDO DA CIDADANIA (DIREITOS POLÍTICOS)

III

Capítulo

Costuma-se definir a cidadania como o direito de votar e de ser votado, direito de eleger e de ser eleito.

Neste caso, a cidadania corresponderia ao direito de sufrágio ou ao direito eleitoral de uma pessoa.

Na realidade, é muito mais que isso, mesmo tomando-a no sentido estrito utilizado pelos juristas. No dizer de PIMENTA BUENO (1978):

Os direitos políticos são as prerrogativas, atributos, faculdades ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou só indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos. São o **jus civitatis**, os direitos cívicos, que se referem ao poder público, que autorizam o cidadão ativo a participar na formação ou exercício da autoridade nacional, a exercer o direito de votante ou eleitor, os direitos de deputado ou senador, a ocupar cargos políticos, e manifestar suas opiniões sobre o governo do Estado (p. 459).

LOPES (2006) faz um resumo da evolução histórica do conceito de cidadania, no mundo ocidental:

- (I) cidadania na Grécia antiga, como dever que tinha o cidadão grego de participar da vida política de sua cidade;
- (II) cidadania como direito individual que tinha o cidadão oriundo da Revolução Francesa de eleger e ser eleito, sem mais nenhum dever correspondente;
- (III) na década de 50, com o surgimento do Estado de Bem-Estar Social para fazer frente aos estragos provocados pela guerra, cidadania passou a ser considerada um **status**, isto é, posição

jurídica que permitia ao cidadão exigir do Estado o reconhecimento de certos direitos (MARSHALL);

- (IV) a partir dos anos 90, com o surgimento do neoliberalismo como reação ao Estado do Bem-Estar Social, houve uma negação dessa posição passiva do cidadão perante o Estado e a afirmação de uma cidadania como direito e como dever do cidadão de atuar ativamente na vida de sua comunidade. (p. 22 e ss).

Ainda de acordo com LOPES (2006), essa concepção moderna da cidadania foi incorporada pela Constituição de 1988, ainda que não pelos mesmos motivos que levaram à sua rediscussão na Europa e nos Estados Unidos. Com efeito, a Constituição de 1988 começa por definir o Estado Brasileiro como Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento, entre outros, a cidadania. Daí decorre que, no Estado Brasileiro, o poder nacional pode ser exercido pelo povo de forma indireta, através de representantes, ou diretamente nos casos previstos na Constituição (parágrafo único do art. 1º). Assim é que o cidadão poderá participar dos negócios do Estado Brasileiro não só através do clássico direito de sufrágio - direito de eleger e ser eleito (art. 14), mas também através de:

- direito de petição aos Poderes Públicos em defesa do direito contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, a);
- mandado de injunção no caso de falta de regulamentação de norma constitucional que torne inviável o exercício de direitos e liberdades, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI);
- ação popular contra ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII);

- participação dos trabalhadores e empregadores em colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10);
- plebiscito – consulta popular a respeito de um projeto de lei (art. 14, I);
- referendo – consulta popular a respeito de uma lei (art. 14, II);
- iniciativa popular – proposta de um projeto de lei (art. 14, III);
- cooperação das associações representativas no planejamento municipal (art. 29, XII);
- fiscalização do contribuinte das contas de seu município (art. 31, § 3º);
- participação do usuário na Administração Pública (art. 37, § 3º);
- denúncia ao Tribunal de Contas de qualquer irregularidade ou ilegalidade no uso, arrecadação, guarda, gerenciamento ou administração do patrimônio público (art. 74, § 2º);
- participação de seis cidadãos no Conselho da República (art. 89, VII);
- participação de dois cidadãos no Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, XIII);
- participação de dois cidadãos no Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, VI);
- responsabilidade da sociedade pela preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144);
- fiscalização das empresas públicas, das sociedades de economia mista e suas subsidiárias (art. 173, § 1º, I);
- participação dos trabalhadores, empregadores e aposentados nos órgãos colegiados de administração da seguridade social (art. 194, parágrafo único, VII);
- financiamento da seguridade social (art. 195);

- participação da comunidade na organização do Sistema Único de Saúde (198, III);
- participação na formulação de políticas e no controle das ações de assistência social em todos os níveis (art. 204, II);
- colaboração na promoção e incentivo à educação (art. 205);
- gestão do ensino público (art. 206, VI);
- colaboração na promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, § 1º);
- participação na promoção de programas de assistência integral de saúde da criança e do adolescente (art. 227, § 1º);
- participação no gerenciamento dos Fundos de Combate à Pobreza (art. 82 do ADCP) (LOPES, 2006).

AQUISIÇÃO E PERDA DOS DIREITOS POLÍTICOS

IV

Capítulo

Os brasileiros adquirem a cidadania, vale dizer, adquirem os direitos políticos mediante o alistamento eleitoral, que é obrigatório, para os maiores de 18 anos, e facultativo, para os analfabetos, os maiores de 70 anos e os maiores de 16 e menores de 18 anos (Constituição, art. 14, § 1º).

Com o alistamento eleitoral, o brasileiro adquire a qualidade, o **status** de cidadão brasileiro, podendo, daí para a frente, participar da vida política do Estado brasileiro.

Voltada para a recente história brasileira, a Constituição de 1988 estabelece como regra geral a vedação à cassação de direitos políticos, consoante o disposto no **caput** do art. 15.

Excepcionalmente, a Constituição permite a perda (privação definitiva) ou a suspensão (privação temporária) dos direitos políticos nas hipóteses taxativamente enumeradas por ela:

- cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
- incapacidade civil absoluta;
- condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;
- recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;
- improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

PARTIDOS POLÍTICOS

De acordo com MELLO FRANCO (1978), não existiam partidos políticos quando da outorga da Constituição de 1824. Antes eram considerados grupos ou facções, o que não é de admirar, vez que o reconhecimento dos partidos políticos data de fins do século XIX.

O primeiro partido político do Império - o Partido Liberal - surgiu em 1831, quando da abdicação de D. Pedro I; era mais representativo da classe média urbana. O segundo partido do Império - o Partido Conservador - começou a surgir nas regiões do Vale do Paraíba, no início do ciclo do café e era ligado à nova classe agrária que ali estava surgindo.

Os partidos políticos surgem como sucessores das facções, dos clãs, dos clubes e dos comitês. Todas essas instituições desempenham o mesmo papel: conquistar o poder político (DUVERGER, 1980, p. 19).

De acordo com DUVERGER (1980), o nascimento dos partidos tem a seguinte evolução: primeiro, surgem os grupos parlamentares; em seguida, os comitês eleitorais, ligados à extensão do sufrágio popular que torna necessário o enquadramento dos novos eleitores; a terceira fase é a ligação permanente entre os grupos parlamentares e os comitês eleitorais, o estabelecimento de uma coordenação permanente entre estes e criação de vínculos permanentes entre eles (p.20).

Muito embora facções, clãs, clubes, comitês sejam assemelhados aos partidos políticos, pelo fato de buscarem a conquista do poder, destes se distinguem porque aqueles são agrupamentos inorgânicos, enquanto os partidos são agrupamentos fortemente institucionalizados, dotados de grandes estruturas burocráticas.

MAX WEBER (2004) dá a seguinte definição de partido político:

Denominamos ‘partidos’ relações associativas baseadas em recrutamento (formalmente) livre com o fim de proporcionar poder a seus dirigentes dentro de uma associação e, por meio disso, a seus membros ativos, oportunidades (ideais ou materiais) de realizar fins objetivos ou de obter vantagens pessoais, ou ambas as coisas (v. 1 ,p. 188).

No segundo volume de sua obra, afirma o mestre alemão:

Partidos são, em sua essência mais íntima – [...] – organizações voluntariamente criadas e baseadas em livre recrutamento, necessariamente sempre renovado, em oposição a todas as corporações fixamente delimitadas pela lei ou por contato. Seu objetivo é, hoje, sempre a obtenção de votos nas eleições para cargos políticos ou em corporações com voto. Um núcleo permanente de interessados no partido, reunidos sob um líder ou sob um grupo de notáveis, com organização mais ou menos firme e hoje muitas vezes com uma burocracia desenvolvida, cuida do financiamento, com a ajuda de mecenas, interessados econômicos, interessados na patronagem de determinados cargos ou mediante contribuições dos associados: na maioria das vezes, na base de várias destas fontes. Esse núcleo determina o programa atual, a forma do procedimento do partido e os candidatos. Mesmo no caso de uma forma muito democrática de organização dos partidos de massas (...), a grande maioria dos eleitores, mas também dos simples associados, não participa (ou apenas formalmente) na determinação dos programas e dos candidatos. A participação dos eleitores só entra em consideração na medida em que eles são adaptados e escolhidos segundo as possibilidades de atrair seus votos (v. 2,p.544)

E mais adiante:

Partidos políticos em Estados modernos podem fundamentar-se, sobretudo, em dois princípios internos básicos. Primeiro podem ser – como nos Estados Unidos,

desde a superação dos grandes antagonismos acerca da interpretação da Constituição – essencialmente organizações de patronagem de cargos. Neste caso, seu objetivo consiste simplesmente em colocar, mediante as eleições, seu chefe na posição dirigente, para, em seguida, ocupar os cargos estatais com seu séquito: o aparato de funcionários e de propaganda de seu partido. Carentes de concepção política, escrevem seu programa, competindo entre si, aqueles postulados que consideram mais atraentes para os eleitores. [...] Ou então são os partidos, sobretudo, representantes de ideologias, pretendendo, portanto, a realização de ideais de conteúdo político. [...] Em regra, porém, os partidos são ambas as coisas, têm fins políticos objetivos, transmitidos pela tradição e, devido a essa última, apenas lentamente modificáveis, mas aspiram também à patronagem de cargos ... (p;545/6)

OPPO (1986) ensina que as associações, propriamente denominadas partidos:

surgem quando o sistema político alcançou um certo grau de autonomia estrutural, de complexidade interna e de divisão do trabalho que permitam, por um lado, um processo de tomada de decisões políticas em que participem diversas partes do sistema e, por outro, que, entre essas partes, se incluam, por princípio ou de fato, os representantes daqueles a quem as decisões se referem (p. 899)

E, continuando, afirma a autora:

Nesta acepção, os partidos políticos aparecem, pela primeira vez, naqueles países que primeiramente adotaram formas de Governo representativo; não que os partidos nasçam automaticamente com o Governo representativo; é mais porque os processos civis e sociais que levaram a esta forma de Governo, que previa uma gestão do poder por parte dos representantes do povo, teriam depois conduzido a uma progressiva democratização da vida política

e à integração de setores mais amplos da sociedade civil no sistema político (p.899).

Ainda segundo a mesma autora os partidos políticos têm duas funções principais:

- (I) transmissão dos questionamentos políticos da sociedade, no sentido de que os partidos políticos têm como escopo fazer com que, ao nível das decisões, sejam tomadas em consideração certas necessidades;
- (II) participação no processo político, através de atos como a organização de eleições, nomeação de pessoal político e a competição nas eleitorais (p. 904)

No Brasil, muito embora os partidos políticos tenham existido e atuado desde o II Império (Partido Conservador e Partido Liberal), sua previsão constitucional somente constou da Constituição de 1946: art. 141, & 13: **é vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem.**

A Constituição de 1988 dedica o art. 17, dentro do capítulo que trata dos direitos políticos, aos partidos políticos: **é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e [...].**

A Lei nº 9.096, de 1 de setembro de 1995, que regulamentou os artigos 17 e 14, § 3º, V, da Constituição, e se constitui na lei orgânica dos partidos políticos, define estes como pessoas jurídicas de direito privado, destinados a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.

São os seguintes os princípios que os partidos políticos brasileiros devem seguir:

- liberdade partidária, consubstanciada na liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos
- políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana (art. 17, **caput**);
- caráter nacional, o que implica a impossibilidade de existência de partidos estaduais ou municipais (art. 17, I)
- autonomia partidária – sendo assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidárias (art. 17, § 1º).
- funcionamento parlamentar de acordo com a lei (art. 17, IV).

Regulamentando esse dispositivo, de acordo com a previsão constitucional, diz o art. 12 da Lei nº 9.096: **O partido político funciona, nas Casas Legislativas, por intermédio de uma bancada, que deve constituir suas lideranças de acordo com o estatuto do partido, as disposições regimentais das respectivas Casas e as normas desta Lei.**

Entretanto, a Constituição estabelece restrições a essa liberdade e autonomia partidárias: proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiro ou de subordinação a estes (art. 17, II); obrigação de prestação de contas à Justiça Eleitoral (art. 17, III); proibição de utilização pelos partidos de organização paramilitar (art. 17, § 4º).

TÍTULO VII

REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

No Estado de Direito, a Constituição reconhece e garante uma série de direitos fundamentais: direito à vida, à privacidade, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade. Entretanto, estabelece limites para o exercício desses direitos em benefício de todos os membros da sociedade, limites estes a serem estabelecidos por lei. Cabe ao Estado, como guardião dos interesses coletivos, fiscalizar e controlar o exercício dos direitos fundamentais por cada cidadão, limitando-o quando necessário ao bem comum, dentro dos limites e na forma estabelecidos por lei, através de seu poder de polícia. Caso, no exercício desse poder de polícia, restrinja o exercício de algum direito do cidadão sem estar autorizado por lei, ou fora dos limites e da forma estabelecidos por lei, está cometendo um ato inconstitucional ou ilegal. Nesse caso, a Constituição coloca à disposição do indivíduo os remédios constitucionais.

Remédios constitucionais são: “**meios postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando a sanar, corrigir, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais** (SILVA, 2004, p. 442).

A maioria desses remédios constitucionais são meios de provocar a atividade do Judiciário, tendo, portanto, natureza de ações (SILVA, 2004, p. 442).

São eles: **habeas corpus**, mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, **habeas data**, ação popular e direito de petição.

É uma ação penal, de rito especial, que visa a defender o indivíduo contra a violação ou ameaça de violação, por parte do Estado, de sua liberdade individual ou liberdade física, isto é, uma garantia constitucional contra as prisões ou detenções arbitrárias cometidas por agentes do Estado.

No Direito Romano, havia os interditos. De acordo com SIDOU (2002):

os interditos eram mandamentos ou proibições do pretor emitidos por postulação de alguém e em caráter abstrato, isto é, sem expectativa de apreciação do direito [...], portanto sem **litis contestatio**; noutras palavras, sem conhecimento prévio e completo de uma relação jurídica. Eram sobretudo mandamentos ou proibições condicionais, dependentes da evidência mostrada pelo postulante (p. 58)

Ainda segundo o autor:

Praticamente a cada espécie de posse e a cada modalidade de turbação caracterizada ou iminente, correspondia um interdito. Daí suas várias divisões ou groupações, a principal das quais, [...], entendia-os na condição de proibitórios, restitutórios e exhibitório (p. 58).

E continua:

O interdito de **homine libero exhibendo** surgiu como um consectário lógico da infraestrutura romana dividida em classes – dos patrícios, clientes, escravos e estrangeiros. Ele não se potenciava apenas para as relações privadas;

era amplo, indiscriminado, completo, mirando apenas o fato de serem livres (...) aqueles cujo **status** seria preciso retomar.

Assim, o decreto era expedido pelo pretor ante qualquer espécie de restrição física individual, a pedido do coato ou de alguém por ele, eis que, sendo a liberdade considerada um bem público, esse interdito, na finalidade, tinha a índole de uma **actio popularis**. O que o apoucava ante os casos de prisão imposta pela autoridade pública (magistratura) é que a ordem se inania, esbarrava em porta fechada, eis que o Estado romano não podia ser acionado em qualquer hipótese, e seus agentes, atuando em seu nome, só o poderim ser ao cabo de um ano de deixado o *múnus público*. Quanto ao constrangimento levado a efeito por particular, esse era compelido a exhibir o homem ante o pretor, e se fosse o caso de ter motivos de mantê-lo em cárcere (como a de determinados casos de devedor insolvente), o detentor teria a alternativa ou de libertá-lo ou de promover a ação competente [...] (p. 59).

De acordo com ULPIANO, era esta a fórmula do interdito **de homine libero exhibendo**: **Exibe o homem livre que reténs com dolo** (apud SIDOU, 2002, p.59).

Grande parte da doutrina considera, a despeito da antecedência do *interdictum de homine libero exhibendo* do Direito Romano, que o instituto do **habeas corpus** originou-se no Direito Inglês, exatamente no Art. XXXIX da Magna Carta de 1215: **Nenhum homem livre será detido, ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante o juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra**, o que é contestado por SIDOU (2002).

Para garantir essa liberdade, de que trata o dispositivo da Magna Carta, havia, na Inglaterra da Idade Média, vários **writs**, dos quais o mais importante, para o presente trabalho, é o **writ of habeas corpus ad subjiciendum**, que tinha a mesma finalidade do *interdictum de homine*

libero exhibendo do Direito Romano: exhibir a pessoa do paciente e restituir-lhe a liberdade física.

PONTES DE MIRANDA (I, 2003) o define como:

mandado de tribunal, endereçado a indivíduo ou indivíduos, que tenham em seu poder, ou sob sua guarda, alguma pessoa, a fim de que a apresente ao mesmo tribunal, que decidirá, depois de ouvir as informações produzidas pelas partes, qual o destino a ser dado ao paciente (p. 110/111).

Ou como o definia um autor inglês, citado por PONTES DE MIRANDA (I, 2003):

A precept in writing, couched in the form of a letter, naming in the name of the king, president or State, issuing from a court of justice and sealed with its seal, addressed to the sheriff or other officer of the law, or directly to the person (Uma ordem escrita, em forma de carta, assinada em nome do rei, do presidente ou do Estado, baixada por uma corte de justiça e com o seu selo, dirigida ao sheriff ou outro oficial da lei, ou diretamente à pessoa) (p. 111).

Após vários séculos de evolução, o **writ** tomou sua forma definitiva com o **Habeas Corpus Act**, de 1679, que dispunha:

I – Toda vez que alguma pessoa ou pessoas apresentarem um **habeas corpus** a algum xerife ou xerifes, carcereiro, ministro ou quaisquer outras pessoas, em favor de alguém mantido em sua custódia, e dito writ for notificado a tais funcionários, ou deixado na prisão com algum funcionário subordinado, estes funcionários devem, dentro de três dias do recebimento da notificação (exceto se se tratar de traição ou felonía, assim expressamente declarada no mandado respectivo), após pagamento ou oferta das custas correspondentes ao transporte de dito prisioneiro, [...] conduzir, ou fazer com que seja

conduzido o paciente em pessoa perante o Lorde Chanceler, ou, interinamente, perante o Lorde Guardião do grande sinete da Inglaterra, ou os juízes ou barões do tribunal que deve expedir dito mandado, ou perante a pessoa ou as pessoas às quais dito mandado deve ser devolvido, de acordo com o seu teor, devendo, igualmente, certificar as verdadeiras causas da detenção ou prisão; [...].

A primeira e principal modificação do **Habeas Corpus Act**, de 1679, ocorreu com o **Habeas Corpus Act** de 1816. Antes, o remédio do **habeas corpus** só era utilizado nos casos de prisões de pessoas acusadas de crimes, não se aplicando aos outros casos de detenções por outras acusações ou meros pretextos. Com o ato de 1816, o **habeas corpus** passou a ser utilizado em todos os casos de violações da liberdade física, arbitrariamente cometidas pelo Estado (SIDOU, 2002, p.74; PONTES DE MIRANDA, 2003, p. 107).

Da Inglaterra, o **writ** emigrou para os Estados Unidos e para outros países.

No Brasil, o **habeas corpus** foi introduzido através do Código Criminal de 1830 (arts. 183 a 188) e do Código de Processo Criminal de 1832 (arts. 340 a 355), que o regularam como remédio repressivo, privativo dos brasileiros, contra constrangimentos ilegais, apesar de SIDOU (2002) e PONTES DE MIRANDA (1961) entenderem que ele já se achava contido no art. 179, § 8º, da Constituição de 1824, como princípio. Só em 1871, com a Lei nº 2.033, de 20 de setembro, foi estendido aos casos de ameaça de constrangimento e aos estrangeiros, conferindo-lhe também caráter preventivo e universal.

A Constituição de 1891 elevou-o à categoria de remédio constitucional, dispondo em seu art. 73, § 22: **Dar-se-á o habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder.**

Em virtude da amplitude do dispositivo acima transcrito, a doutrina brasileira, tendo à frente RUI BARBOSA e PEDRO LESSA, entendeu que o **habeas corpus**, inscrito na Constituição brasileira, se afastava de suas origens, isto é, não se destinava apenas a proteger o indivíduo contra prisão ou detenção ilegal, mas a garantir todos os direitos fundamentais, civis e políticos, desde que tivessem como pressuposto a liberdade de locomoção. PEDRO LESSA apresentava os seguintes exemplos: se um jornal era proibido de circular, não se podia impetrar **habeas corpus**, porque aí não se violava a liberdade de locomoção. Mas, se se proibia um jornalista de ir à redação do jornal para nela redigir seu artigo, aí, sim, cabia o **habeas corpus**, porque se estava violando sua liberdade de ir e vir. O **habeas corpus**, na sua concepção, protegia a liberdade de locomoção em todas as circunstâncias. É a chamada teoria brasileira do **habeas corpus**.

A reforma constitucional de 1926 colocou o **habeas corpus** nos seus devidos termos, restringindo-o à proteção da liberdade de locomoção contra prisão ilegal, ao dispor: Dar-se-á o **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.

A Constituição de 1934 conservou o instituto tal como o configurou a reforma de 1926. Deu-lhe, no entanto, redação menos precisa, porque suprimiu a palavra locomoção na expressão na sua liberdade. Dispôs ainda que, nas transgressões disciplinares, não cabia o **habeas corpus**.

A Constituição de 1937 corrigiu essa pequena incorreção ao dispor no art. 123, 16: **Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.**

As Constituições de 1946 (art. 146, § 23), de 1967 (art., 150, § 20) e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, contêm quase a mesma redação com pequenas variações.

O **habeas corpus** está previsto no art. 5º, LXVIII: **Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.**

Como se disse acima, o **habeas corpus** é um procedimento especial, uma ação de rito sumário, destinado a fazer cessar a violência ou coação ilegal por parte de autoridade pública.

A sua parte processual está regulada Código de Processo Penal, arts. 647 a 667.

De acordo com o Código de Processo Penal, constitui coação ilegal, para fins de impetração do **habeas corpus**:

- I – quando não houver justa causa;
- II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;
- III – quando alguém que ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;
- IV – quando houver cessado o motivo que autorizou coação;
- V – quando não for a alguém admitido prestar fiança, nos casos em que a lei autoriza;
- VI – quando o processo for manifestamente nulo (art. 648).

O **habeas corpus** poderá ser impetrado por qualquer pessoa em seu favor ou de outrem, diretamente, sem necessitar da intermediação de advogado. Poderá ser impetrado também pelo Ministério Público (art. 654). Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de **habeas corpus**, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal (art. 654, § 2º).

Se o paciente estiver preso, nenhum motivo escusará a sua apresentação, salvo:

- I – grave enfermidade do paciente;
- II – não estar ele sob a guarda da pessoa a quem se atribui a detenção;
- III – se o comparecimento não tiver sido determinado pelo juiz ou pelo tribunal. O juiz poderá ir ao local em que o paciente se encontrar, se ele não puder ser apresentado por motivo de doença (Art. 657, **caput** e parágrafo único).

Efetuadas as diligências e interrogado o paciente, o juiz decidirá, fundamentadamente, dentro de vinte e quatro horas (art. 660). E, se a decisão for favorável ao paciente, será logo posto em liberdade, salvo se, por outro motivo, dever ser mantido na prisão (art. 660, § 1º).

Se a ordem do **habeas corpus** for concedida para evitar ameaça de violência ou coação (**habeas corpus** preventivo), dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz (art. 660, § 4º).

Não será concedido **habeas corpus** nos casos de:

- I – punição disciplinar (Constituição, art. 142, § 2º);
- II – prisão administrativa, atual ou iminente, dos responsáveis por dinheiro ou valor pertencente à Fazenda Pública, alcançados ou omissos, salvo se o pedido for acompanhado de prova de quitação ou de depósito do alcance verificado, ou se a prisão exceder o prazo legal (Código de Processo Penal, art. 650, § 2º).

A concessão do **habeas corpus** não obstará, nem porá termo ao processo, desde que este não esteja em conflito com os fundamentos daquela (Código de Processo Penal, art. 651).

2.1 Considerações gerais

Sempre houve no Brasil, antes da Constituição de 1934, uma preocupação com a falta de uma ação especial destinada a defender, contra os ataques do Poder Público, os direitos do indivíduo não protegidos pelo **habeas corpus**.

Assim é que foram feitas várias tentativas nesse sentido, como:

- (I) a ação anulatória dos atos administrativos, incluída na Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que reorganizou a Justiça Federal;
- (II) a utilização das ações possessórias para a proteção de direitos pessoais;
- (III) a ampliação do **habeas corpus** para a proteção de outros direitos individuais violados pela Administração, que não a liberdade de locomoção (BUZAID, 1989; BARBI, 2009, p. 32).

A primeira e mais conhecida proposta de criação de uma ação especial destinada a proteger especificamente os direitos individuais não tutelados pelo **habeas corpus** foi a de ALBERTO TORRES, ainda em 1914. Segundo ele:

“Como garantia judiciária à liberdade e à segurança individual [...] não se pode desejar mais do que o instrumento que a Constituição consagra. O **habeas corpus**, facultado “**sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder**”, [...] é uma proteção

judiciária à liberdade, como em nenhum outro país se encontra. Já o mesmo não se dá com a propriedade e os direitos patrimoniais em geral. A seção da Declaração de Direitos consagra-os e diz que os assegura, com a forma solene peculiar a todas essas reedições constitucionais da “Declaração dos Direitos do Homem”, mas a forma prática da garantia judiciária deixou de corresponder à veemente promessa (A Organização Nacional, p. 225).

Em vista disso, prevê em seu Projeto de Revisão da Constituição 1891: **É criado o “mandado de garantia”, destinado a fazer consagrar, respeitar, manter, ou restaurar, preventivamente, os direitos individuais ou coletivos, públicos ou privados, lesados por ato do poder público, ou de particulares, para os quais não haja outro recurso especial** (Idem, ibidem, p. 266)

A denominação “**mandado de segurança**” foi sugerida por JOÃO MANGABEIRA à Comissão encarregada do Anteprojeto da Constituição de 1934 (SIDOU, 2002, p. 133).

O mandado de segurança foi instituído pela Constituição de 1934, no art. 113, 33: **Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.**

Como se vê, o Constituinte de 1934 não estendeu a proteção do mandado de segurança para garantir direitos contra ameaças ou violações praticadas por particulares.

A Constituição de 1937 não o previu. Passou a instituto do Direito Processual Civil. Restringiu-lhe também o cabimento, com a exclusão dos atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores, Interventores.

A Constituição de 1946 restaurou o instituto em toda a sua grandeza originária. Mas alterou os dois pressupostos para a sua impetração:

- **direito líquido e certo** em vez de direito certo e incontestável;

- **ilegalidade ou abuso de poder em vez de ato manifestamente inconstitucional ou ilegal.**

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/69 previram o instituto, quase com a mesma redação.

Consta do art. 5º, LXIX, da Constituição de 1988: **Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.**

Foi regulamentado, sucessivamente, pelas Leis no 1.533, de 31 de dezembro de 1951, e 4.348, de 26 de junho de 1964; atualmente é disciplinado pela Lei nº12.016, de 7 de agosto de 2009.

De acordo com MEIRELLES^b (2003), **o mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça** (p. 21/2).

Ainda de acordo com MEIRELLES (2003), o mandado de segurança, [...], é uma ação civil de rito sumário especial, destinada a afastar ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade, ordem esta a ser cumprida especificamente pela autoridade coatora, em atendimento da notificação judicial. [...] Visa, precipuamente, à invalidação de atos de autoridade ou à supressão de efeitos de omissões administrativas capazes de lesar direito individual ou coletivo, líquido e certo (p.31).

Pode ser repressivo, se o objetivo é afastar a violação do direito líquido e certo, restaurando-o, ou preventivo, se o objetivo é prevenir a violação, evitar que ela ocorra.

2.2 Legitimação

I - Ativa

São sujeitos ativos, isto é, podem propor o mandado de segurança:

- pessoa física, nacional ou estrangeira;
- pessoa jurídica de direito privado, nacional ou estrangeira;
- massa falida;
- herança;
- sociedade sem personalidade jurídica;
- condomínio de edifício;
- massa de devedor civil insolvente
- entidades públicas despersonalizadas – Câmaras, Assembléias, etc. (BARBI, 2009, p. 132).

II - Passiva

É impetrado contra ato de autoridade manifestamente ilegal. MEIRELLES (2003) dá as seguintes definições:

- **ato de autoridade** – é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las;
- **autoridade** – pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal (p. 33)

Ainda de acordo com o autor, deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Autoridade é a pessoa física que detém, na ordem hierárquica, **poder de decisão** e é competente para praticar **atos administrativos decisórios**, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo. Já o agente público não pratica atos administrativos

decisórios, mas simples **atos administrativos executórios**, pelo que não responde a mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior.

Pensado originalmente como garantia contra lesão ou ameaça de lesão contra direito subjetivo líquido e certo, praticada por autoridade pública, a Constituição de 1988 estendeu a proteção do mandado de segurança contra lesão ou ameaça de lesão a direito subjetivo líquido e certo, quando praticada também por pessoa, física ou jurídica no desempenho de funções delegadas pelo Poder Público, **ex-vi** do disposto no art. 5º, LXIX e na Lei nº 12.016/2009, art. 1º, § 1º).

“Art. 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica, sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

& 1º - Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou a pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

Equiparam-se a atos de autoridade as omissões administrativas, de que possam resultar lesão para o direito líquido e certo.

Muito embora esteja muito claro que o mandado de segurança tem como objeto ato ilegal ou abuso de direito de autoridade pública ou equivalente, sempre houve muita dúvida sobre quem é o reu no processo. Há uma corrente que sustenta que o sujeito passivo no mandado de segurança é a autoridade coatora. É o caso de MEIRELLES (2003) que afirma: **O impetrado é a autoridade coatora, e não a pessoa jurídica ou o órgão a que pertence e ao qual seu ato é imputado em razão do ofício** (57). Uma outra corrente, aqui representada por

BARBI (2009) sustenta que **a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora** (p. 141). Na mesma linha é a posição de FIGUEIREDO (2004): **o sujeito passivo do mandado de segurança será, sempre, a pessoa jurídica que deverá suportar os encargos da decisão do mandado de segurança. Destarte, sujeitos passivos serão sempre União, Estados, Municípios ou delegados de serviço público, sejam dirigentes de estatais ou concessionárias de serviço** (p. 23).

Parece que a Lei nº 12.016/2009 esclareceu o assunto ao estabelecer:

“ Art. 6º - A petição inicial, [...] indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

& 3º - Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

Em face do dispositivo acima transcrito, afirma MEDINA (2009): **Como legitimado passivo, prima facie, apresenta-se a autoridade pública, denominada de autoridade coatora** (p. 90).

2.3 Objeto do mandado de segurança – ato ilegal ou abuso de poder

Impetra-se mandado de segurança contra ato ilegal ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Aqui cabe a lição MEDINA (2009):

“Seabra Fagundes lembra que a relação existente entre o ato ilegal e o ato abusivo é de gênero e espécie. A ilegalidade resta estampada pelo descompasso entre a causa e o efeito quando se trata de competência vinculada, na qual a predisposição dos atos praticados, com o fim vinculado pela norma jurídica, é obrigatória (atividade **secundum**

legem). [...]. No abuso de poder, configura-se um autêntico desvio da competência da autoridade, a qual, sob o manto da discricionariedade, executa atos abusivos em prejuízo do cidadão ou da coletividade (p. 37).

O mandado de segurança visa a corrigir ou prevenir lesão a direito líquido e certo, decorrente de ato ou omissão de autoridade pública.

Em princípio, tem por objeto o ato administrativo concreto, quando lesivo a direito individual líquido e certo, devendo-se entender por ato administrativo todo ato praticado não só pela Administração Pública, mas também por aqueles que atuam **em colaboração**, pois exercem função pública delegada, através de concessões, permissões ou autorizações. É o caso do diretor de hospital ou do diretor de estabelecimento de ensino quando exerça ato de autoridade com prerrogativa de função pública (MEDINA, 2009, p. 39).

Ainda neste tópico, cabe a distinção entre **atos administrativos de império e atos administrativos de gestão**. Na lição de MEDINA (2009):

“Os primeiros representariam as situações em que a atividade administrativa é erigida sobre a prerrogativa da autoridade. Aqui, a administração pública atua no interesse e defesa dos interesses primários. Como são atos emanados do **imperium**, sujeitam-se o controle de legalidade pela via do mandado. Por outro lado, os atos de gestão são oriundos da atividade administrativa vinculada aos interesses secundários, os quais não merecem sequer a proteção do regime peculiar do direito público. Na prática de atos de gestão, o ente público e o particular atuam em regime de coordenação, e não de sujeição.

Esta distinção entre atos de império e de gestão, apesar de criticada por parte da doutrina, revela-se útil, na jurisprudência, como meio de delimitar o cabimento do mandado de segurança. A nova lei do mandado de segurança tornou expressa a inviabilidade da utilização do mandado de segurança em relação aos atos de gestão, conforme a

dicção do & 2º do art. 1º. A jurisprudência realizava essa distinção, que se revela essencial principalmente para definir o cabimento do **writ** em face de atos praticados por empresas públicas e sociedades de economia mista” (p. 40).

De acordo com o art. 5º da Lei nº 12.016/2009, não cabe o mandado de segurança quando se tratar:

- (I) de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução;
- (II) de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;
- (III) de decisão judicial transitada em julgado.

A Lei nº 12.016/2009 não reproduziu norma contida na Lei nº 1.533/51 (art. 5º, III), segundo a qual não caberia mandado de segurança contra **ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial**.

Ainda na vigência da Lei nº 1.533/51, havia quem entendesse ser inconstitucional essa limitação, afirmando que se poderia impetrar mandado de segurança contra ato disciplinar manifestamente ilegal e abusivo (SIDOU, 2002, 170; MEIRELLES, 2003, p. 50). Atualmente, após a promulgação da Lei nº 12.016/2009, é pacífico que cabe mandado de segurança contra ato disciplinar, desde que presente o pressuposto da ilegalidade ou do abuso de poder.

Discutiu-se bastante no seio da doutrina se caberia mandado de segurança contra lei. A princípio, invocando-se o princípio da inadmissibilidade de ação judicial contra lei, optou-se pela negativa. Atualmente, no entanto, é também quase pacífico que se pode utilizar desse instrumento processual contra a lei desde que seja independente de regulamentação, seja autoaplicável, desde que restrinja ou amplie direitos ou obrigações por si própria, sem a mediação de ato regulamentar. (SIDOU, 2002, p. 172; MEIRELLES, 2003, p.39; BARBI, 2009).

2.4 Direito líquido e certo

Direito individual é direito do impetrante, não de outra pessoa (MEIRELLES, 2003, p. 36)

De acordo com PONTES DE MIRANDA (t. V, 1968), “qualquer direito, de origem constitucional, ou legal, patrimonial ou não – **que escape à tutela jurídica pelo remédio jurídico processual do habeas corpus** – pode ser, se certo e líquido, amparado pelo mandado de segurança” (p. 317). De acrescentar que, atualmente, não cabe mandado de segurança para defesa de direito tutelado pelo **habeas data**.

Direito líquido e certo “**é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração**”, na definição de MEIRELLES (2003, p. 36/7)

É o direito expresso em norma legal com todas as condições para o seu exercício. Independe de comprovação. Se sua existência for duvidosa, se sua extensão não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não é amparável por mandado de segurança (idem, ibidem, p. 37).

Ou, na concepção de BUZAID (1989):

“ O direito líquido e certo é mais do que o título líquido e certo. Para defini-lo, não basta dizer que se trata de direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, aplicável de plano, sem detido exame nem laboriosas cogitações. O que, [...], esclarece o conceito de líquido e certo é a ideia de sua incontestabilidade, isto é, uma afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pela autoridade pública, que pratica um ato ilegal ou de abuso de direito. Ele tem, na realidade, dois polos: um positivo, porque se funda na Constituição ou na lei; outro negativo, porque nasce da violação da Constituição ou da lei. Ora, a norma constitucional ou legal há de ser certa em atribuir à pessoa o direito subjetivo, tornando-o insuscetível de dúvida. Se surgir a seu

respeito qualquer controvérsia, quer de interpretação, quer de aplicação, já não pode constituir fundamento para a impetração de mandado de segurança (p.87/8).

O prazo para a impetração do mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias, contados a partir da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado (Lei nº 12.016/2009, art. 23).

Antes de tudo, convém não confundir o mandado de segurança coletivo, de que se trata agora, com o mandado de segurança impetrado por várias pessoas. Este é um remédio constitucional impetrado por várias pessoas na defesa de seus interesses/direitos, aquele é impetrado por entidades associativas em benefício dos interesses/direitos coletivos de seus associados.

3.1 Considerações gerais

De acordo com os princípios do direito processual tradicional, somente o titular do direito, ou alguém por ele autorizado, poderia entrar com uma ação na justiça para a defesa de seu direito (Código de Processo Civil – art. 6º: **Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei**).

Sendo assim, o processo civil tradicional não deixava espaço para a proteção dos direitos coletivos, vez que o processo era visto apenas como um assunto entre duas partes e se destinava à solução de uma controvérsia que só dizia respeito a essas mesmas partes.

O desenvolvimento econômico mundial, principalmente no mundo ocidental trouxe, como efeitos colaterais indesejados, a ameaça de esgotamento dos recursos naturais, as ameaças ao meio ambiente e os problemas decorrentes do consumo de massa. Disso surgiram vários litígios que não podiam ser caracterizados apenas como pessoais, embora atingissem pessoas, mas como litígios públicos, coletivos, vez que atingiam coletividades ou grupos de pessoas como tais. E daí também o movimento, também mundial, em busca de mecanismos processuais que permitissem a tutela desses interesse/direitos, chamados coletivos.

Apontam-se as chamadas **ações de classe (class actions)** do direito inglês como a origem dos modernos instrumentos processuais de defesa dos direitos coletivos. Com efeito, na Inglaterra, desde o séc. XVII, os tribunais de equidade admitiam o **bill of peace**, modelo de demanda que rompia com o princípio segundo o qual só os interessados deveriam participar do processo, vez que passou a permitir que **representantes de determinados grupos de indivíduos**, atuando em nome próprio, demandassem por interesses dos representados. Daí, segundo os historiadores, surgiu a moderna **class action**, que foi aperfeiçoada e difundida pelo sistema norte-americano.

No sistema norte-americano da **class action**, admite-se que um ou mais membros de uma classe ou grupo de pessoas promova ação em defesa dos interesses de todos, desde que;

- (I) seja inviável, na prática, os litisconsórcio ativo dos interessados;
- (II) estejam em debate questões de fato ou de direito comuns a toda a classe;
- (III) as pretensões e as defesas sejam tipicamente de classe e
- (IV) os demandantes estejam em condições de defender eficazmente os interesses comuns.

Nos países da **civil law** (Europa Ocidental com exceção do Reino Unido), a preocupação em modernizar os sistemas processuais tradicionais, dotando-os de mecanismos de defesa dos direitos coletivos surgiu na década de 70 do século passado, tendo como ponto de partida principal, mas não exclusivo, a preservação do meio ambiente e a defesa do consumidor.

Os pontos estruturadores mais significativos dos modernos mecanismos de defesa dos direitos coletivos são:

- (I) legitimação ativa despojada de seus vínculos estritamente individualistas, a fim de permitir que indivíduos ou grupos atuem em representação dos interesses coletivos; (II) coisa

julgada capaz de assumir contornos mais objetivos para vincular a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos ((CAPPELLETTI, 1988, ZAVASCKI, 2005).

De acordo com ZAVASCKI (2005), foram do legislador brasileiro os passos mais significativos no sentido de criar mecanismos processuais de tutela dos direitos coletivos. Aliás, o legislador brasileiro não criou apenas novos mecanismos processuais, mas inaugurou um verdadeiro sub-sistema de processo, voltado para a tutela de uma original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico, não de uma pessoa ou pessoas determinadas, mas de uma coletividade.

Foi movimento progressivo, cujos principais passos foram:

I – Lei nº 6.513/77.

Introduziu significativas modificações no art. 1º, & 1º, da Lei de Ação Popular, a fim de considerar significativas patrimônio público os bens e valores de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico.

II – Lei nº 7.347/80 – Lei da Ação Civil Pública

Veio preencher uma lacuna do processo civil brasileiro que, à exceção da ação popular, só dispunha de meios para tutelar direitos subjetivos individuais.

III – Constituição de 1988 que promoveu as seguintes inovações:

- (a) Consagrou expressamente a tutela material de diversos direitos transindividuais: ao meio ambiente sadio (art. 225); ao

patrimônio cultural (art. 215); à preservação da probidade administrativa (art. 37, & 4º); direitos do consumidor (art. 5º, XXXII).

- (b) Foi alargado o âmbito da ação popular (art. 5º, LXXIII), que passou a ter como objeto um significativo rol de direitos transindividuais – moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico e cultural.
- (c) Conferiu legitimação ao Ministério Público para promover inquérito civil e ação civil pública, destinados a tutelar qualquer espécie de direitos e interesses difusos e coletivos (art. 129, III).
- (d) Outorgou legitimação a certas entidades coletivas – associações (art. 5º, XXI), sindicatos (art. 8º, III), entidades de classe e partidos políticos para, em nome próprio, defender em juízo, os direitos de seus associados.
- (e) Criou o mandado de segurança coletivo, que será estudado mais adiante.

IV – Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

Entre outras novidades, disciplinou, no âmbito das relações de consumo, a ação civil coletiva (art. 91), para a defesa conjunta de direitos individuais homogêneos.

3.2 Direitos coletivos (transindividuais) e direitos individuais homogêneos

Alguns autores colocam sob a mesma rubrica os direitos transindividuais ou coletivos **lato sensu** (direitos difusos e direitos coletivos **stricto sensu**) e os direitos individuais homogêneos. Assim, seriam direitos coletivos **lato sensu** (transindividuais) os direitos difusos, direitos coletivos **stricto sensu** e os direitos individuais homogêneos.

Essa posição é condenada por ZAVASCKI (2005). Segundo o autor, direitos transindividuais ou coletivos **lato sensu** seriam apenas os direitos difusos e os direitos coletivos *stricto sensu*, porque somente estes seriam subjetivamente indeterminados ou indetermináveis (transindividuais) e objetivamente indivisíveis, no sentido de que, subjetivamente, é impossível ou muito difícil individualizar o titular de cada direito, e objetivamente é impossível individualizar o direito de cada dos titulares. A lesão ou o benefício atinge a todos os titulares do direito indistintamente. Veja-se o caso do direito ao meio ambiente e o direito do advogado, vinculado à OAB, de participar da composição dos tribunais.

A diferenciar os direitos difusos e direitos coletivos está a origem da relação: nos direitos difusos, a relação é puramente circunstancial – morar em determinada região no casos do direito ao meio ambiente – e, no caso dos direitos coletivos **stricto sensu**, a relação é jurídica – a vinculação estatutária do advogado à Ordem dos Advogados do Brasil.

Já os direitos individuais homogêneos são subjetivamente individualizáveis e objetivamente divisíveis, no sentido de que o titular e seu respectivo direito podem perfeitamente ser individualizados. É o caso, por exemplo, dos direitos dos consumidores.

Direitos coletivos **lato sensu** e direitos individuais homogêneos não só são materialmente diferentes, mas, normalmente, têm mecanismos de tutela processual diversos. Assim é que os primeiros são tutelados pela ação civil pública e pela ação popular, enquanto os últimos pela ação civil coletiva.

Entretanto, o sistema processual brasileiro admite que direitos difusos, direitos coletivos **stricto sensu** e direitos individuais homogêneos sejam tutelados pelo mesmo mecanismo processual. É o que ocorre no caso do mandado de segurança coletivo.

3.3 O mandado de segurança coletivo

É mais uma das novidades introduzidas pela Constituição de 1988.

Muito embora previsto em inciso diferente – art. 5º, LXX, a doutrina majoritariamente entende que o mandado de segurança coletivo é uma modalidade do mandado de segurança, de que trata o art. 5º, LXIX. SIDOU (2002) chega a afirmar que **o mandado de segurança coletivo é o mesmo mandado de segurança adornado com um adjetivo (p. 257)**.

Por isso, tem os mesmos pressupostos do mandado de segurança individual:

- (I) lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo
- (II) praticada por ato ilegal ou de abuso de poder por parte de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (iii) desde que esta lesão ou ameaça de lesão não seja remediada por **habeas corpus** ou **habeas data**.

ZAVASCKI (2005) ensina que o mandado de segurança coletivo tem dois traços distintivos, específicos de tutela dos direitos coletivos:

I – legitimação ativa

No mandado de segurança coletivo, como em todos os processos de defesa coletiva de direitos, entidades associativas são legitimadas para defender, em nome próprio, os direitos coletivos e, não, os respectivos titulares que, no caso, são indetermináveis ou dificilmente determináveis;

II – repercussão da coisa julgada

A decisão, no mandado de segurança coletivo, atinge a todos os titulares dos direitos coletivos, mesmo que não tenham sido ouvidos no processo.

A substituição processual, no caso, tem repercussões profundas em todo o processo, vez que tem um objetivo específico: permitir que o substituto processual busque, em uma única demanda, a tutela de direitos pertencentes a várias pessoas.

Neste sentido, conforme ZAVASCKI (2005), o mandado de segurança coletivo tem uma dupla natureza:

- é mandado de segurança – processo sumário formatado para atender a demandas de feição individualista, destinado a tutelar direito líquido e certo, com titular identificado, oriundo de fatos demonstráveis por prova documental pré-constituída;
- é ação coletiva que, sob pena de comprometer sua própria natureza, não se atém a exame particular e individualizado dos direitos subjetivos objeto da proteção.

Sem entrar no mérito da questão de se o mandado de segurança coletivo é uma modalidade do tradicional do mandado de segurança ou um novo tipo de remédio constitucional, ZAVASCKI (2005) afirma que o mandado de segurança tradicional já se prestava à defesa dos direitos coletivos, bastando, para tanto, que o legislador ordinário lhe conferisse legitimidade para tanto. Assim é que, mesmo antes da Constituição de 1988, leis ordinárias já previam que entidades representassem, em seu próprio nome, os direitos coletivos de seus membros. É o caso da Lei nº 4.215/63 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) em seu art. 1º, parágrafo único (**Cabe à Ordem representar, em juízo ou fora dele, os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais relacionados com o exercício da profissão**) e da CLT de 1943 (art. 513: São

prerrogativas dos Sindicatos: a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida.

Entretanto, mesmo após a vigência da Constituição de 1988, o legislador ordinário conferiu legitimidade a entidades associativas para defender, em seu próprio nome, interesses de outros titulares. É o caso do Código de Defesa do Consumidor, no art. 83, e do Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 210.

3.4 Legitimação

I – Ativa

A regra clássica em direito processual é que impetra a ação o titular do direito ou o seu representante. Dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 3º - Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Art. 6º -Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

O mandado de segurança coletivo, de certa maneira, vai de encontro a esta regra processual na medida em que entidades associativas podem impetrá-lo, em nome próprio, para defender interesses de seus associados.

Com efeito, de acordo com o inciso LXX do art. 5º e o **caput** do art. 21 da Lei nº 12.016/2009, o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária;

- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos um (1) ano, **em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.**

II – Passiva

O mandado de segurança coletivo, como o individual, é sempre impetrado contra lesão ou ameaça de lesão, causada por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Executivo.

3.5 Objeto

Ex-vi do disposto no parágrafo único do art. 21, são objeto do mandado de segurança coletivo os direitos:

I – coletivos, assim entendidos, para os efeitos da Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II – individuais homogêneos, assim entendidos, para os efeitos da Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) dá as seguintes definições dessas categorias de interesses/direitos, em seu art. 81:

I – **Interesses ou direitos difusos** – os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

II – **Interesses ou direitos coletivos** – os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo de pessoa, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica.

III – **Interesses ou direitos individuais homogêneos** – os decorrentes de origem comum.

De uma forma mais simples, pode-se dizer que:

I – Interesses ou direitos difusos são interesses ou direitos do indivíduo enquanto membro de uma coletividade. Subjetivamente, é impossível identificar um titular individual e, objetivamente, é impossível dizer qual a parte de cada um dos titulares. Outra característica sua é que nascem de uma situação de fato. O exemplo clássico é o direito ao meio ambiente.

II – Interesses ou direitos coletivos são interesses ou direitos do indivíduo enquanto membro de uma classe/categoria de pessoas. Vale dizer, enquanto membro de uma sociedade, de uma associação, categoria profissional ou sindicato. Na realidade, são determináveis, embora com dificuldade, mas indivisíveis. O que une os seus titulares é uma relação de pertencimento estabelecida por lei. É o caso dos direitos dos advogados, dos médicos, dos engenheiros enquanto membros da Ordem dos Advogados do Brasil, dos Conselhos Regionais de Medicina ou dos Conselhos Regionais de Engenharia, por exemplo.

Desses interesses/direitos transindividuais ou coletivos **lato sensu** apenas os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos podem ser garantidos pelo mandado de segurança coletivos. Apesar de protestos de parte da doutrina, os direitos difusos não são tutelados por ele. Ensina MEDINA (2009):

“O art. 21, parágrafo único, da nova Lei restringiu a aplicação do mandado de segurança coletivo aos interesses coletivos e individuais homogêneos. A vedação da utilização do mandado de segurança para a tutela de Interesses difusos parte do pressuposto de que é incabível assegurar um direito subjetivo líquido e certo para um grupo indeterminado de pessoas. Este posicionamento vingou na jurisprudência, a ponto de culminar com a Edição da Súmula 101 do STF: **o mandado de segurança não substitui a ação popular**. Na ação popular tutela-se autêntico interesse difuso, pois o cidadão exercerá pretensão constitutiva negativa para invalidar todo ato lesivo praticado em desfavor do patrimônio público. Esta diferença impede que aplique a fungibilidade entre a ação popular e o mandado de segurança coletivo (p.208/209).

3.6 Efeitos da coisa julgada

Outro ponto que caracteriza os mecanismos de tutela dos direitos coletivos, de que faz parte o mandado de segurança coletivo, está nos efeitos da coisa julgada, de acordo com ZAVASCKI (2005). Com efeito, contrariando o disposto no art. 472 do Código de Processo Civil (**A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros**. [...]), a sentença, no mandado de segurança coletivo atinge a todos os membros do grupo, mesmo aqueles que não tenham sido ouvidos no processo. É o que determina o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90): “ Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

- I – **erga omnes**, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, [...];
- II – **ultra partes**, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, [...].

MANDADO DE INJUNÇÃO

4.1 Considerações gerais

É um mecanismo de garantia de implementação dos direitos, liberdades e prerrogativas previstos na Constituição, inexistente nas Constituições anteriores. É um meio eficaz de pressionar os Poderes Legislativo e Executivo para que regulamentem dispositivos constitucionais atributivos de direitos e liberdades, a fim de que estes se tornem efetivos. Antigamente, normas constitucionais atributivas de direitos permaneciam letra morta durante anos por falta de regulamentação, como foi o caso da participação do trabalhador no lucro da empresa, prevista no art. 157, IV, da Constituição de 1946, dispositivo só efetivamente regulamentado a partir de 1994.

Para remediar essa situação, no anteprojeto elaborado pela Comissão de Sistematização havia o art. 32, composto de duas partes:

- (I) a primeira dispunha – **as normas definidoras de direitos, liberdades e prerrogativas têm eficácia imediata;**
- (II) a segunda tinha a seguinte redação: **na falta de leis, decretos ou atos complementares necessários à aplicação dessas normas, o juiz ou o Tribunal competente para o julgamento suprirá a lacuna à luz dos princípios fundamentais da Constituição e das Declarações Internacionais de que o país seja signatário, recorrendo, de ofício, sem efeito suspensivo, ao Supremo Tribunal Federal (SIDOU, 2002, p. 270).**

Era uma construção lógica, em que a norma definidora de uma diretriz é seguida imediatamente de outra prevendo um instrumento para a sua efetivação.;

No entanto, o constituinte de 1988 não entendeu assim. Adotou uma orientação ilógica: colocou a garantia (mandado de injunção – art. 5º, LXXI) antes da norma cuja concretização ele visava a garantir (art. 5º, & 1º), além de despojá-la de todo o seu potencial de efetividade.

4.2 Conceito de mandado de injunção

Foi criado pela Constituição de 1988 que o prevê no art. 5º, LXXI: **Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.**

Há quem entenda que teve origem ou inspiração no art. 283 da Constituição portuguesa:

1. **A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direito das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.**
2. **Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.**

Para outros doutrinadores, teve origem ou inspiração no **writ of injunction** do Direito anglo-americano. Normalmente, os doutrinadores, ao tratar do assunto, fazem a distinção entre dois **writs** (ordens escritas) do direito anglo-americano: o **writ of injunction** e o **writ of mandamus**. O primeiro seria ordem escrita destinada a impedir a execução de lei ou ato, a fim de evitar a violação de direito por ente público

ou privado, enquanto o segundo seria uma ordem escrita destinada a compelir alguém a executar certo dever imposto por lei, ainda não regulamentada.

GOODNOW, citado por SIDOU (2002), afirma: **o injunction, também denominado prohibition, é o writ utilizado para impedir que a administração tome alguma iniciativa prestes a ser tomada. [...]. O mandamus é ordem escrita emanada de uma Corte de instância mais elevada para Corte de inferior instância ou para uma corporação, uma municipalidade ou um funcionário, obrigando a fazer aquilo que se nega a fazer (p. 269).**

Por isso, SIDOU (2002) conclui que é o **mandamus**, não o **injunction**, que guarda similitude com o mandado de injunção (p. 269).

Mas afirma de forma esclarecedora: **Relevadas essas considerações, oferecidas em caráter meramente elucidativo, não se nega, [...], que a injunção peculiar ao novel interdito brasileiro envolve uma imposição, mas imposição que é comum a todas as ordens de natureza interdital, [...]. Nesse ponto, o habeas corpus, o mandado de segurança, os interditos civis para a defesa da posse são mandados de injunção, ou ordem proibitiva (p. 269).**

De forma sucinta, afirma MEIRELLES (2003) que o **mandado de injunção não é o mesmo writ dos ingleses e norte-americanos, assemelhando-se apenas na denominação (p. 249)**. No mesmo sentido é a posição de FERREIRA FILHO (2002, p. 314). OLIVEIRA (2004) entende que, **embora com raízes nos direitos inglês e americano, com influência do direito português, o novo instituto não encontra similar no direito estrangeiro, com exceção do nome (p. 28).**

SILVA (2004) dá a seguinte definição:

“Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis

por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal finalidade consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, neste quadrante, como um instrumento da realização prática da disposição do art. 5º, & 1º (p. 448).

4.3 Pressupostos do mandado de injunção

O mandado de injunção tem como pressuposto a omissão do Poder Legislativo ou do Poder Executivo em editar ato normativo regulamentador de norma consagrada dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A doutrina tem discutido a abrangência da expressão **direitos e liberdades constitucionais**, contida no inciso LXXI do art. 5º e tem chegado à conclusão de que não se trata apenas dos direitos e liberdades fundamentais previstos no Tit. II (direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos), mas de todos os direitos atribuídos aos indivíduos pela Constituição. Na Parte I deste trabalho, foi feita a distinção entre direitos fundamentais e direitos apenas constitucionais. Pois bem, a garantia do mandado de injunção abrange os direitos fundamentais e os direitos apenas constitucionais – isto é, aqueles direitos contidos em outras partes da Constituição que não no Título II (SIDOU, 2002, p. 272 e ss.; OLIVEIRA, 2004, p 27).

Outra questão enfatizada pela doutrina são as diferenças entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Embora tenham pressuposto fático comum – a falta de regulamentação de norma consadora de direitos, liberdades e prerrogativas, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção se diferenciam em dois pontos:

I – Titularidade da ação

O mandado é postulado por qualquer indivíduo que tenha interesse lesado pela omissão legislativa, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade só pode ser impetrada pelas entidades constitucionalmente legitimadas, de acordo com o art. 103 da Constituição (SIDOU, 2002, p. 274).

II – Objetivo

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por objetivo a feitura da lei ou, genericamente, de ato normativo regulamentador da norma consagradora de direitos, liberdades e prerrogativas fundamentais, já o mandado de injunção antecipa-se à elaboração da norma regulamentadora e tem como objetivo possibilitar ao postulante o gozo imediato dos direitos, liberdades e prerrogativas previstos na Constituição (SIDOU, 2002, p. 274; OLIVEIRA, 2004).

Também se diferencia do mandado de segurança pelos seguintes motivos:

- (I) o mandado de segurança só é impetrado contra autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de função pública, enquanto o mandado de injunção pode ser impetrado contra o particular, se este é o encarregado da prestação prevista na norma constitucional;
- (II) o mandado de segurança é impetrado contra qualquer ação ou omissão ilegal do Poder Público; o mandado de injunção ataca apenas um tipo de omissão - a omissão legislativa;
- (III) o mandado de segurança protege contra lesão a direito do indivíduo, fundamental ou simplesmente legal; o mandado de injunção só protege contra lesão aos direitos fundamentais previstos na Constituição. (SIDOU, 2002, p. 271; OLIVEIRA, 2004, p.106 e ss).

De acordo com o parágrafo único do art. 24 da Lei no 8.038, de 28 de maio de 1990, **“No mandado de injunção e no habeas data serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”**

4.4 Legitimação

a) Ativa

Pode impetrar mandado de injunção qualquer pessoa, física ou jurídica, de direito público ou de direito privado; podem impetrá-lo, ainda, universalidades com capacidade processual: espólio, herança jacente, massa falida, condomínio, etc., desde que titular do direito.

Pode ainda haver substituição processual por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída, por partido político e pela Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94). A Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, prevê a impetração do mandado de injunção pelo Ministério Público.

b) Passiva

Já o sujeito passivo pode ser qualquer autoridade encarregada da elaboração da norma regulamentadora – lei, decreto, portaria, etc (Mesa do Congresso Nacional, Presidente, da República, Ministro de Estado, Governador, Secretário de Estado, dirigente de órgão da administração indireta - autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação, federal ou estadual).

Fala-se ainda na possibilidade de ser impetrado o mandado de injunção contra particular. De acordo com SIDOU (2003): **Se o Poder Público, autorizado por lei, delega a uma pessoa jurídica de direito privado uma atribuição cujo exercício importa na fruição de direitos**

constitucionalmente previstos, e essa pessoa, por inércia, torna inviável tal fruição, faz-se alvo da garantia (SIDOU, 2002, p. 281).

4.5 A decisão do juiz

Muito se tem discutido, no seio da doutrina, qual deveria ser a decisão do juiz no mandado de injunção.

A doutrina tem apresentado as seguintes alternativas, acompanhando as variações de orientação do Judiciário:

- (I) o juiz baixa a norma regulamentadora, substituindo, no caso, a atuação do Poder Legislativo;
- (II) o juiz, em caso de deferimento do pedido, dá ciência da decisão à autoridade encarregada de regulamentar a norma constitucional;
- (III) o juiz defere o pedido e estabelece prazo para que a autoridade encarregada regule a norma. Caso não o faça no prazo fixado, reconhece ao impetrante o direito de entrar com ação de indenização por danos materiais;
- (IV) o juiz, em caso de deferimento, concede o direito requerido ao impetrante (SIDOU, 2003, p. 276; OLIVEIRA, 2002, PIOVESAN, 2003, p. 148).

Cabe acrescentar que SILVA (2005) não aceita a tese que sustenta que o juiz, em sentença decidindo o mandado de injunção, baixe a regulamentação da norma consagradora de direitos, liberdades e prerrogativas assegurados constitucionalmente (**Não é função do mandado de injunção pedir a expedição da norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão** (p. 450)).

HABEAS DATA

5.1 Considerações gerais

Também é criação da Constituição de 1988. Trata-se de uma garantia específica do direito à privacidade, mais precisamente da privacidade informática.

Com efeito, como se viu anteriormente, todo indivíduo tem o direito de dispor das informações acerca de sua pessoa e de sua vida, cabendo-lhe decidir a quem, quando e como transmitir essas informações. Consequência desse direito é que todo indivíduo tem o direito de conhecer as informações acerca de sua pessoa e de sua vida, constantes de arquivos ou bancos de dados, manuais ou informatizados, mantidos por órgãos públicos ou instituições privadas.

Enquanto o mandado de segurança e mandado de injunção são prioritamente impetrados contra a autoridade pública, podendo, excepcionalmente ser impetrados contra pessoas privadas, o **habeas data** é, desde o início, uma garantia constitucional de direito pensada para ser acionada contra órgãos públicos e instituições privadas.

5.2 Antecedentes

Segundo SIDOU (2002), o **habeas data** tem origem doutrinária e legislativa domésticas. Com efeito, ainda seguindo os ensinamentos do autor mencionado, a criação de mecanismo processual semelhante já constava da **Proposta de Constituição Democrática para o Brasil**, apresentada pelo Congresso Pontes de Miranda promovido em Porto Alegre, em 1981.

Da citada proposta consta, como item 34 do art. 2º, o seguinte dispositivo: **Toda pessoa tem direito de acesso aos informes a seu respeito registrados por entidades públicas ou particulares, e de correção dos erros que demonstrar existirem nesses dados. Responde pelos danos materiais e morais que causar, o órgão que transmitir informações errôneas.**

Em 1984, foi editada a Lei nº 842, no Estado do Rio de Janeiro, cuja redação reproduz os termos da proposta acima.

Art. 2º, item 10: **Toda pessoa tem direito de acesso aos informes a seu respeito registrados por entidades públicas ou particulares, e de correção dos erros que demonstrar existirem nesses dados. Responde pelos danos materiais e morais que causar, o órgão que transferir informações errôneas.**

O dispositivo contido no inciso LXXIII do art. 5º surgiu de uma proposta de JOSÉ AFONSO DA SILVA à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos) nos seguintes termos:

1. Toda pessoa tem direito de acesso aos informes a seu respeito registrados por entidades públicas ou particulares, podendo exigir retificação de dados, e a sua atualização.
2. É vedado o acesso de terceiros a esse registro.
3. Os informes não poderão ser utilizados para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se tratar de processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.
4. Lei federal definirá quem pode manter registros informáticos, os respectivos fins e conteúdo (Curso de Direito Constitucional Positivo, 2005, nota 70 ao pé da página 454).

O anteprojeto de Constituição, elaborado pela Comissão de Sistematização, continha o seguinte dispositivo: Art. 6º, § 40: **É assegurado o acesso às referências e informações que a cada um diz**

respeito e o conhecimento dos fins a que se destinem, sendo exigível a correção e atualização de dados, através de processo judicial ou administrativo.

Daí resultou o dispositivo contido no inciso LXXII do art. 5º:
Conceder-se-á habeas data:

- a) **para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;**
- b) **para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.**

5.3 O habeas data

I - Conceito

De acordo com a definição de ALVIM (2001): **o habeas data é o meio constitucional posto à disposição de pessoa física ou jurídica para lhe assegurar o conhecimento de registros concernentes ao postulante e constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, para retificação de seus dados pessoais (p. 7).**

SILVA (2005) dá a seguinte definição: **o habeas data (art. 5º, LXXII) é um remédio constitucional que tem por objeto proteger a esfera íntima dos indivíduos contra (a) usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos; (b) introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual etc.); (c) conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei (p. 453).**

Atualmente, repartições públicas, principalmente as ligadas aos serviços de segurança de todos os regimes políticos (CIA, FBI, SNI, KAGB, etc.), bem como instituições privadas, principalmente as ligadas

às atividades financeiras, mantêm registros ou bancos de dados informatizados, contendo dados confidenciais dos indivíduos: crenças religiosas, convicções políticas, opções sexuais, vida afetiva ou matrimonial, situação financeira, estado de saúde, física e mental, etc.

O Estado não pode proibir a existência e o funcionamento desses registros e bancos de dados informatizados. Fazem parte da vida moderna, dominada pela informação e pela informática.

Nos Estados Unidos, foi baixado o **Freedom of Information Reform Act**, de 1974, alterado pelo **Freedom of Information Act**, de 1978. Posteriormente foi editado o **Freedom of Information Reform Act**, de 1986, todos visando a disciplinar: (i) a revelação das informações a respeito do indivíduo;(ii) o direito de acesso, de retificação ou de complementação dos registros ou dos sistemas de registros; (iii) o procedimento judicial destinado a conferir efetividade a esses direitos, conferindo aos tribunais competência para fazer prevalecer, quando for o caso, a pretensão do interessado.

Na França, uma lei criou a Comissão Nacional de Informática, destinada a velar pelos direitos de acesso às informações pessoais, armazenadas através de processamento eletrônico de dados, estabelecendo restrições ao citado direito, especialmente quanto a dados de interesse da segurança do Estado, à defesa e à segurança públicas (ALVIM, 2001, p. 3/4; MEIRELLES, 2003, p. 268).

II – Legimitação

Em princípio, o **habeas data** é impetrado pelo titular dos dados. Impetra-se o **habeas data** contra quem mantém os dados do titular registrados em arquivos manuais ou bancos de dados informatizados, podendo ser tanto órgãos públicos ou entidades privadas, desde que mantenha bancos de dados de caráter público.

É a lição de SILVA (2005):

Entidades governamentais é uma expressão que abrange órgãos da administração direta ou indireta. Logo, a expressão “entidades de caráter público” não pode referir-se a organismos públicos, mas a instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas que prestam serviços para o público ou de interesse público, envolvendo-se aí não só concessionários, permissionários ou exercentes de atividades autorizadas, mas também agentes de controle e proteção de situações sociais ou coletivas, como as instituições de cadastramento de dados pessoais para controle ou proteção do crédito ou divulgadoras profissionais de dados pessoais, como as firmas de assessoria e fornecimento de malas-diretas (p. 455).

Esta posição está conforme ao disposto no parágrafo único do art. 1º (vetado) da Lei nº 9.507/97: **Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.**

III – Objeto

O próprio inciso LXXII do art. 5º explicita o objeto do **habeas data**:

- (a) O acesso e conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais e de instituições de caráter público;
- (b) A retificação desses dados, importando isso em atualização, correção e/ou supressão, quando incorretos (SILVA, 2005, p 455).

É o que dispõe o art. 7º da Lei nº 9.507/97: **Conceder-se-á habeas data:**

- I – **para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;**
- II – **para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;**
- III – **para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.**

A Lei n. 12.527/2011 dá a seguinte definição de informação:

Art. 4º - Para os efeitos desta Lei, considera-se:

- I – **informação – dados, processados ou não, que podem ser utilizados para a produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato.**

Muito embora essa definição esteja contida em um ato normativo que se destina a regulamentar a aplicação do inciso XXXIII do art. 5º, não resta dúvida de que ele se aplica, de forma subsidiária, no que se refere ao **habeas data**, vez que o objeto do **writ** é justamente obter/retificar/cancelar informação.

IV – Processo

De acordo com a Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, o titular interessado dirige-se primeiro à entidade detentora ou depositária, através de requerimento, solicitando o conhecimento de informações ou de dados a seu respeito contidos em seus registros ou bancos de dados. Essa instituição tem o prazo de 48 horas para decidir do requerimento e 24 horas para comunicar sua decisão ao requerente, marcando dia e hora

para que este tome conhecimento das informações (Lei nº 9.507/97, arts. 2º e 3º).

Constatada a inexatidão de algum dado a seu respeito, o interessado entrará com novo requerimento, acompanhado de documentos comprobatórios, junto à entidade depositária do registro ou banco de dados, e solicitará a sua retificação. Ainda que não se constate inexatidão desse dado, o interessado poderá apresentar explicação ou contestação sobre o mesmo, justificando possível pendência sobre o fato, objeto do dado, e tal explicação será anotada no registro ou banco de dados (Lei nº 9.507 (art. 4º, § 2º).

Caso a entidade depositária do registro ou do banco de dados se recuse a dar conhecimento das informações neles contidas ou caso se recuse a fazer as devidas retificações, é que o interessado entrará com o **habeas data**, pedindo uma dessas duas coisas ou ambas ou ainda uma terceira acrescentada pela Lei nº 9.507: para anotação, nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

5.3 O habeas data e o direito de obter informações das repartições públicas

Tem-se discutido muito, no seio da doutrina e na jurisprudência, a diferença existente entre o **habeas data** e o direito de obter informações de repartições públicas contido no inciso XXXIII do art. 5º (**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**).

Sem entrar no mérito dessas discussões, o certo é que a garantia constitucional em questão é instrumento de proteção da privacidade, isto é, tem como objetivo o conhecimento/retificação/cancelamento de informação relativa à pessoa ou à vida pessoal do impetrante, **ex-vi** do

disposto no art. 7º da Lei nº 9.507/97, que regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do **habeas data**.

Esta informação pessoal pode estar contida em banco de dados particular, de caráter público. É o caso do Serviço de Proteção ao Crédito (SPC), SERASA, por exemplo.

O interessado solicita, por via administrativa, que a entidade privada lhe dê acesso a seus dados pessoais, para conhecimento, retificação ou cancelamento. Em caso de recusa, impetrará o **habeas data**. Mas não pode solicitar informações sobre as atividades da entidade mantenedora do respectivo banco de dados.

Na hipótese de bancos de dados mantidos por órgãos públicos, o indivíduo solicita ao órgão mantenedor, não apenas informações de caráter pessoal, como também informações de interesse público, **ex-vi** do disposto na Lei nº 12.527/2011, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º.

Art. 7º - O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

- I – informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos;
- II – informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado;
- III – informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços;
- IV – informação relativa:
 - a) à implementação, acompanhamento e resultados de programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos;

- b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de conta realizadas pelos órgãos e entidades de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.

O órgão ou entidade pública está obrigada a fornecer as informações solicitadas, exceto se se tratar de informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (& 1º do art. 7º)

Em caso de recusa, o interessado pode:

- (I) impetrar o **habeas data**, se a informação solicitada for de caráter pessoal ou
- (II) impetrar mandado de segurança, se a informação solicitada for de interesse público (ALVIM, 2001, p.19).

AÇÃO POPULAR

Sem entrar em maiores detalhes, pode-se afirmar, com certeza, que a ação popular tem sua origem no direito romano. Ali, contrariando o aspecto individualista segundo o qual a **actio** visava apenas à afirmação do direito do indivíduo, havia a possibilidade de agir **nomine alieno** ou agir **pro populo**, definida como aquela ação que tutela o interesse do povo (SILVA, 1968; SIDOU, 2002, p. 300).

Na Idade Média, com o desmoronamento do Império Romano, a ação popular não desapareceu completamente, mas subsistiu bastante enfraquecida, com aplicação restrita a algumas repúblicas italianas.

Reapareceu, com toda a força, na França, após a Revolução Francesa através da lei comunal de 18 de julho de 1837. No Brasil-Colônia, o instituto da ação popular entrou através do direito português que manteve ação do mesmo nome originária do Direito Romano, que permaneceu como subsidiário em Portugal (SIDOU, 2002, p. 313 e ss).

Foi introduzida no direito constitucional brasileiro pela Constituição de 1934 (Art. 113, 38: **qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios**).

Com exceção da de 1937, constou de todas as constituições posteriores – 1946, 1967/1969 e 1988 (Art. 5º, LXXIII – **qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência**).

Foi regulamentado, pela primeira vez, pela Lei nº 4.717/, que permanece em vigor até a presente data, com as modificações introduzidas pela Lei nº 6.513/1977.

Com relação às Constituições anteriores, a redação da Constituição de 1988 traz duas novidades:

- (I) estendeu a ação popular para a fiscalização dos atos de todos os poderes, e não mais apenas dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo;
- (II) ampliou o âmbito da ação popular que agora se destina não apenas à proteção do patrimônio público, mas também da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.

6.1 Conceito

É um instrumento de fiscalização da gestão da coisa pública, posto à disposição do cidadão, não de qualquer indivíduo, como no caso da defesa dos direitos fundamentais. Daí que o impetrante é obrigado a fazer prova de cidadania, apresentando o título eleitoral logo na petição inicial (§ 3º, do art. 1º da Lei nº 4.717, que regula a ação popular).

MEIRELLES (2003) dá a seguinte definição de ação popular: **é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a anulação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.**

6.2 Legitimidade

a) Ativa

O sujeito ativo da ação popular é o cidadão brasileiro. Com efeito, ela não se destina a tutelar direitos e liberdades do indivíduo, elencados no Tit. II da Constituição. Não se trata de defesa dos direitos individuais.

Historicamente, sempre foi pensada como exercício de cidadania. Com efeito, ao dever do cidadão de custear, através dos tributos, as despesas da Administração Pública corresponde o direito de fiscalizar e controlar a aplicação dos recursos daí advindos.

Modernamente, com o reconhecimento da existência de direitos transindividuais, pelo ordenamento jurídico, a ação popular não é mais pensada, exclusivamente, como exercício de cidadania, mas também como defesa dos direitos difusos da coletividade.

Repetindo, quem pode impetrar a ação popular não é o brasileiro, nato ou naturalizado, mas apenas o cidadão brasileiro, **ex-vi** do disposto no inciso LXXIII do art. 5º (**qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular [...]**), regulamentada pela Lei n. 4.717/1965:

“ Art. 1º - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos [...].

& 3º - A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.

b) Passiva

A ação passiva deverá ser dirigida contra a entidade lesada, os autores e participantes do ato e os beneficiários do ato ou contrato lesivo, **ex-vi** do disposto do art. 6º da Lei nº 4.717/1965: **a ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no artigo 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.**

A Constituição de 1934 falava em **União, Estados e Municípios** (art. 113, 38). Já na Constituição de 1946 são enumeradas as seguintes entidades – **União, Estados, Municípios, entidades autárquicas e sociedades de economia mista (art. 141, 38)**. Na Lei nº 4.717/1965 é extensa a lista de **entidades públicas** contra quem se pode impetrar a

ação popular: **União, Distrito Federal, Estados, Municípios, entidades autárquicas, sociedades de economia mista, sociedades mútuas de seguro**, nas quais a União represente os segurados ausentes, **empresas públicas, serviços sociais autônomos, instituições ou fundações** para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, **empresas incorporadas ao patrimônio da União, Distrito Federal, Estados e Municípios e quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos confres públicos** (art 1º).

6.2 Objeto

Também tem variado, com o tempo, o objeto da ação popular.

De acordo com as Constituições de 1934, 1946 e 1967, objeto da ação popular é o ato lesivo ao **patrimônio público**.

A Constituição de 1988 aumentou consideravelmente os objetos da ação popular: atos lesivos ao **patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural**.

6.3 Pressupostos

São pressupostos da ação popular: a lesividade e a ilegalidade.

a) Lesividade

O ato da Administração Pública passível de ser impugnanado pela ação popular deve ser lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. [...], **lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da**

comunidade. E essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito (MEIRELLES, 2003, p. 125/6).

b) Ilegalidade

Entretanto, não basta que o ato seja lesivo. O incêndio de uma floresta é um ato lesivo ao meio ambiente, sem nenhuma dúvida. Mas se foi autorizado pela autoridade administrativa competente, obedecidas todas as normas e formalidades legais, não é passível de ser impugnado por ação popular, por não ser ilegal. Além de lesivo, o ato da Administração tem de ser ilegal, nos termos em que o legislador ordinário definiu ilegalidade ao regulamentar a ação popular através da Lei nº 4.717/65:

Art. 2º - São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; vício de forma; ilegalidade do objeto; inexistência dos motivos; desvio de função. De acordo com o art. 4º da Lei mencionada, são ainda ilegais todos os atos da Administração em desacordo com leis gerais, regulamentos, instruções, etc.

Segundo MEIRELLES (2003) e ZAVASCKI (2005), lesividade e ilegalidade são cumulativos, isto é, o ato administrativo deve ser lesivo e ilegal para ser passível de impugnação de ação popular. No entanto, ensina ZAVASCKI (2005), nos casos de imoralidade administrativa não há necessidade de ilegalidade. O ato de imoralidade administrativa é essencialmente ilegal.

DIREITO DE PETIÇÃO

Tem origem no direito inglês, alguns afirmando que remonta à Carta Magna. Mas com certeza consta do Bill of Rights, de 1869. (5. **Que constitui um direito dos súditos apresentarem petições ao Rei e que todas as prisões e perseguições por causa dessas petições são ilegais.**

Não constou da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, mas está inscrito na Constituição Francesa de 1791 (& 3º do Título I – **La liberté d'adresser aux autorités constituées des petitions signées individuellement**).

Está prevista na Constituição do Império (XXX – **Todo cidadão poderá apresentar por escrito ao Poder Legislativo e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expor qualquer infração da Constituição, requerendo perante a competente autoridade a efetiva responsabilidade dos infratores**), e nas constituições posteriores de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967, com algumas modificações.

Está inscrito na Constituição de 1988, com a seguinte dicção: art. 5º, XXXIV, a: **São a todos assegurados, independentemente de pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.**

A lição é de ESMEIN (1921): o direito de petição tem duas aplicações:

- (I) **direito individual** – direito de qualquer indivíduo de se dirigir ao Poder Legislativo reclamando contra ato injusto, praticado contra ele por autoridade.;
- (II) **direito político** – direito do indivíduo de se dirigir ao Poder Legislativo propondo uma Lei nºva ou a modificação de uma lei antiga.

Na Constituinte francesa de 1791, CHAPPELLIER propôs em seu relatório, baseado nessa dupla finalidade do direito de petição, dois direitos:

- (I) um **direito de queixa** – direito do indivíduo de se dirigir ao Poder Legislativo reclamando contra ato injusto praticado contra ele por autoridade. Nesse caso, **direito natural e inviolável**, pertencente a todo e qualquer membro da sociedade, e
- (II) **direito de petição propriamente dito** – direito de o indivíduo se dirigir ao Poder Legislativo propondo Lei nova ou modificação de lei antiga. Nesse caso, **direito político**, atribuído apenas aos cidadãos ativos.

Essa distinção foi recusada pela maioria da Assembleia Constituinte, que preferiu prever um único direito de petição contendo suas duas aplicações e concedido ao todo membro da sociedade – direito de queixa e direito de proposição legislativa e isso por duas razões:

- (I) pela influência do direito inglês que, desde a Bill of Rights, de 1689, previa igual remédio constitucional com essas duas aplicações, sem distinções, e
- (II) porque, com isso, o constituinte pretendia conceder ao cidadão passivo – aquele que não tinha o direito de voto pelo sistema de sufrágio censitário então vigente, o direito de participar da elaboração das leis do país.

O direito de petição sem distinção foi adotado pelo direito público francês que o reconhece aos cidadãos não-eleitores, às mulheres, aos incapazes e até aos estrangeiros.

Na Suíça, o direito de petição com finalidade legislativa assumiu uma forma autônoma de participação política do cidadão na elaboração das leis – a **iniciativa popular** (v. I, p. 550 e ss).

Tanto ESMEIN (1921) quanto RIVERO (1973) afirmam que o direito de petição é uma garantia constitucional em declínio porque

- (I) é desprovida de sanção e
- (II) foi substituída por outros métodos de pressão sobre o Executivo e o Legislativo.

SILVAa (2005) o define da seguinte maneira, repetindo, aliás, a definição de RIVERO : **como direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou uma situação, seja para denunciar uma lesão concreta, e pedir a reorientação da situação, seja para solicitar uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável à liberdade (p. 443).**

No direito brasileiro, o direito de petição constou, como se viu, de todas as constituições, desde a do Império, e a doutrina sempre entendeu que nele existiam, na realidade, dois direitos, que SILVA (2005) denomina:

- (I) **direito de petição propriamente dito** – que se concretiza mediante uma queixa, uma reclamação, sendo, então, um recurso não judicial, mas puramente administrativo;
- (II) **direito de representação** – que é uma forma de manifestação da liberdade de opinião, que reveste a forma de uma opinião ou de um desejo (p. 443).

No entanto, peço vênias para discordar do ilustre constitucionalista, em que pese sua grande autoridade na matéria. Parece-me que, no inciso XXXIV, a, do art. 5º, trata-se apenas do direito de queixa ou de petição propriamente dito. De notar-se que o legislador ordinário entendeu assim, mesmo antes da Constituição de 1988, vez que a Lei nº 4.898/1965 regulou apenas o direito de petição propriamente dito, ali denominado **direito de representação**.

De acordo com o art. 2º da Lei nº 4.898/1965, o direito de representação será exercido por meio de petição:

- a) dirigida à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar, à autoridade civil ou militar culpada, a respectiva sanção; b) dirigida ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo- crime contra a autoridade culpada.

E de acordo com o art. 3º da mesma lei, constitui abuso de autoridade qualquer atentado à liberdade de locomoção, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo da correspondência, à liberdade de consciência e de crença, ao livre exercício de culto religioso, à liberdade de associação, aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto, ao direito de reunião, à incolumidade física do indivíduo, aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto; ao direito de reunião, à incolumidade física do indivíduo e aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.

O direito de petição, enquanto direito de representação, teria sido incorporado à iniciativa popular, prevista no art. 61, **caput** e & 2º.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Parte I

ALEXY, ROBERT, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANDRADEa, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 2006.

_____, b, *Os Direitos, Liberdades e Garantias no Âmbito das Relações entre Particulares*, in SARLET, INGO WOLFGANG, *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ARANHA, MÁRCIO IORIO, *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Atlas, 1999.

ASÍS, RAFAEL DE, *Las Paradojas de los Derechos Fundamentales como Limites ao Poder*, Madri: Dykinson, 2000.

ÁVILA, HUMBERTO, *Teoria dos Princípios*, São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

AZEVEDO AMARAL, ANTÔNIO JOSÉ, *O Estado Autoritário e a Realidade Nacional*, Brasília: Edit. Universidade de Brasília, 1981.

BARCELLOS, ANA PAULA, A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, VICENTE DE PAULO, Reflexões sobre os Direitos Sociais, in SARLET, INGO WOLFGANG, Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, Da Interpretação à Hermenêutica Constitucional, in CAMARGO, MARGARIDA MARIA LACOMBE (org), 1988 – 1998: uma década de Constituição, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARRETO, VICENTE DE PAULO, O fetiche dos direitos humanos e outros temas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROS, SUZANA DE TOLEDO, O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, LUÍS ROBERTO, Interpretação e Aplicação da Constituição, São Paulo: Saraiva, 1999.

_____, O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Temas de Direito Constitucional, v. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. A Nova Interpretação Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. BASTOS, CELSO RIBEIRO, Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 1998.

BOBBIOa, NORBERTO, A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____, b, Teoria do Ordenamento Jurídico, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. _____, Igualdade e Liberdade, Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

_____, Direita e Esquerda, São Paulo: Unesp, 1995.

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG, Escritos de Derechos Fundamentales, Baden-Baden: Nomos, 1993.

_____, Dignidade humana como princípio normativo: os direitos fundamentais no debate bioético, in SARLET, INGO WOLFGANG, Direitos Fundamentais e Biotecnologia, São Paulo: Editora Método, 2008

BONAVIDES, PAULO, Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____ LIMA, FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE ET BEDÊ, FAYGA SILVEIRA, Constituição e Democracia (Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho), São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BURDEAU, GEORGES, Traité de Science Politique, t. VII, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973.

BURKE, EDMUND, Reflexões sobre a revolução em França, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

CAMAZANO, JOAQUÍN BRAGE, Los Limites de los Derechos Fundamentales, Madrid, Dykinson, 2004.

CANARIS, CLAUS-WILHELM, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO*, Coimbra: Almedina, 1999.

_____, *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil* in GRAU, Eros Roberto, et GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

COLLIARD, CLAUDE-ALBERT, *Libertés Publiques*, Paris: Dalloz, 1975.

COMPARATO, FÁBIO KONDER, *A Afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo: Saraiva, 2003.

_____, *As Garantias Institucionais dos Direitos Humanos*, Revista Trimestral de Direito Público, no 32, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CONSTANT, BENJAMIN, *Escritos de Política*, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DIMOULIS, DIMITRI e MARTINS, LEONARDO, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DUVERGER, MAURICE, *Constitution et Documents Politiques*, Paris: Presses Universitaires de France, 1974.

DWORKIN, RONALD. *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1978
ELY, JOHN HART. *Democracy and Distrust*, Cambridge: Harvard University Press, 2002

FARIAS, EDILSON PEREIRA DE, *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, Fabris: Porto Alegre, 2000.

FERRARA, FRANCESCO, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Roma: Athenaeum, 1921.

FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988, I*, São Paulo: Saraiva, 1997.

_____, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988, II*, São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 1999.

FIORAVANTI, MAURIZIO, *Los Derechos Fundamentales – Apuntes de Historia de las Constituciones*, Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FREIJEDO, FRANCISCO J. BASTIDA ET ALII, *Teoria General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Tecnos, 2005.

FREITAS, LUIZ FERNANDO CALIL DE, *Direitos Fundamentais: Limites e Restrições*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALDINO, FLÁVIO, *O Custo dos Direitos*, in TORRES, RICARDO LOBO (org), *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GOMES, ORLANDO, *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GRAU, EROS ROBERTO, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

GUERRA FILHO, WILLIS SANTIAGO, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

GUIMARÃES, LÚCIA MARIA PASCHOAL, *Liberalismo Moderado: Postulados Ideológicos e Práticas Políticas no Período Regencial (1831-1837)*, Rio de Janeiro: Revan-UERJ, 2001.

HANSEN, CAROL ERA, *Uma História da Teoria dos Direitos Humanos*, in POOLE, HILARY, *Direitos Humanos: referências essenciais*, São Paulo: Edusp, 2007.

HAURIOU, ANDRÉ, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris: Editions Montchrestien, 1980.

HESSE, KONRAD, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

HENKIN, LOUIS, *The age of rights*, New York: Columbia University Press, 1990.

HOHFELD, WESLEY NEWCOMB, *Os Conceitos Jurídicos Fundamentais Aplicados na Argumentação Jurídica*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ISHAY, MICHELINE R., *The History of Human Rights: from ancient times to the globalization*, Berkeley: University of California Press, 2003.

FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y Garantías (La Ley del más Débil)*, Madrid: Editorial Trotta, 2010.

KELSEN, HANS, *Teoria Pura do Direito*, Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor, 1976.

LAFER, CELSO, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LUÑOa, ANTONIO ENRIQUE PÉREZ, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid: Editorial Technos, 2003.

_____ b, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid: Editorial Technos, 2007.

MALBERG, CARRÉ DE, *Contribution à la Théorie Générale de l'Etat*, t. I, Paris: Centre National

de la Recherche Scientifique, 1962.

MARTINS, MARIA D'OLIVEIRA, *Contributo para a Compreensão das Garantias Institucionais*, Lisboa: Almedina, 2007.

MARTINS NETO, JOÃO DOS PASSOS. *Direitos Fundamentais: conceito, função e tipos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, HELY LOPES, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: RT, 1978.

MELLO, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MENDESb, GILMAR FERREIRA, *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____, *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: Saraiva, 1999.

_____a et alii, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, v. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1997. _____, *Manual de Direito Constitucional*, v. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1996. _____, *Manual de Direito Constitucional*, v. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

NEVES, LÚCIA MARIA BASTOS P., *Liberalismo Político no Brasil: ideias, Representações e Práticas (1820-1823)*, in PEIXOTO, ANTÔNIO CARLOS ET ALII, *O Liberalismo no Brasil Imperial: Origens, Conceitos e Prática*, Rio de Janeiro: Revan: UERJ, 2001.

NETO, EUGÊNIO FACCHINI. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*, in SARLET, INGO WOLFGANG (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

NOVAISa, JORGE REIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____b, *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NUNES JR., VIDAL SERRANO, *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*, São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

OLIVEIRA VIANNA, FRANCISCO JOSÉ, *Instituições Políticas Brasileiras, I*, Rio de Janeiro: Record, 1974.

_____, *Instituições Políticas Brasileiras, II*, Rio de Janeiro: Record, 1974. PECES-BARBA, GREGORIO, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madri: Dykinson, 2004.

PEIXOTO, ANTONIO CARLOS ET ALII, *O Liberalismo no Brasil Imperial: Origens, Conceitos e Prática*, Rio de Janeiro: Revan:UERJ, 2001.

PEREIRA, JANE REIS GONÇALVES, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINILLA, IGNACIO ARA, *Las Transformaciones de los Derechos Humanos*, Madrid: Tecnos, 1994.

PIOVESANb, FLÁVIA, *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____a, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Editora Saraiva 2008.

PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI, Comentários à Constituição de 1967, t. IV, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

_____, Comentários à Constituição, t. V, São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 1968.

POOLE, HILARY (org.) ET ALII, Direitos Humanos: referências essenciais, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.

RITTER, GERHARD A, El Estado Social, su origen y desarrollo en una comparación internacional, Madrid: Centro de Publicaciones/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

RIVERO, JEAN, LES LIBERTÉS PUBLIQUES, I, Paris: Presses Universitaires de France, 1973.

ROBLES, GREGORIO, Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual, Barueri/S.Paulo: Manole, 2005.

SANCHIS, LUIS PRIETO, Estudios sobre Derechos Fundamentales, Madrid: Editorial Debate, 1990.

SANTOS, GUSTAVO FERREIRA, O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2004.

SANTOS, WANDERLEY GUILHERME DOS, Cidadania e Justiça: a política social na ordem brasileira, Rio de Janeiro: Campus, 1987.

SARLETa, INGO WOLFGANG, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____, b, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

_____, c, Direitos Fundamentais e Biotecnologia, São Paulo: Editora Método, 2008.

_____, Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e

Comparado, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um constitucionalismo dirigente possível, in BONAVIDES, PAULO ET LIMA, FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE ET BEDÊ, FAYGA SILVEIRA, Constituição e Democracia – Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho, São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____, Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SARMENTO, DANIEL, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHMITT, CARL, Teoría de la Constitución, Madri: Aliança Editorial, 1992.

SILVA, ALEXANDRE GARRIDO DA, Direitos Humanos, Constituição e Discurso de Legitimação: Possibilidades e Limites da Teoria do Discurso, in TORRES, RICARDO LOBO, Legitimação dos Direitos Humanos, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, FERNANDA DUARTE LOPES LUCAS DA, *Princípio Constitucional da Igualdade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOUZA NETO, CLÁUDIO PEREIRA DE, *Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*, in BARROSO, LUÍS ROBERTO, *A Nova Interpretação Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEIXEIRA, J. H. MEIRELLES, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TORRES, RICARDO LOBO (org), *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____, *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*, in TORRES, RICARDO LOBO, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____, *A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial*, in

Sarlet, Ingo Wolfgang, *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, Legitimação dos Direitos Humanos, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

UBILLOS, JUAN MARÍA BILBAO, En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?, in SARLET, WOLFGANT, Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

VILLEY a, MICHEL, Seize Essais de Philosophie du Droit dont un sur la Crise Universitaire, Paris: Dalloz, 1969.

_____ b, Filosofia do Direito. Definições e Fins do Direito, São Paulo: Atlas, 1977.

WILDE, RALPH, Uma Visão Geral da Declaração Universal dos Direitos Humanos, in POOLE,

HILARY, São Paulo: Edusp, 2007.

_____, Uma Análise da Declaração Universal dos Direitos Humanos, in ee

ZABREBELSKY, GUSTAVO, Historia y Constitución, Madrid: Editorial Trotta, 2005.

Parte II

ARAÚJO CASTRO, A Nova Constituição Brasileira, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1935.

AZEVEDO AMARAL, O Estado Autoritário e a Realidade Nacional, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981

BARRETTO, VICENTE DE PAULO, O fetiche dos direitos humanos e outros temas, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.

BARROSO, LUÍS ROBERTO, O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BONAVIDES, PAULO ET ANDRADE, PAES DE , História Constitucional do Brasil, Brasília: OAB Editora, 2002.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil.

_____. Lei nº 16 (Ato Adicional), de 12 de agosto de 1834.

_____. Constituição (1891) . Primeira Constituição da República

_____. Constituição (1934). Segunda Constituição da República.

_____.Constituição (1937). Terceira Constituição da República.

_____.Constituição (1946). Quarta Constituição da República.

_____.Constituição (1967). Quinta Constituição da República.

BURDEAU, GEORGES, *Traité de Science Politique*, t. VI, v. II, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1971

CAMARGO, MARGARIDA MARIA LACOMBE, 1988 – 1998: uma década de Constituição, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAETANO, MARCELO, *Direito Constitucional*, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CAPELATO, MARIA HELENA, O Estado Novo: o que trouxe de novo?, in FERREIRA, JORGE et DELGADO, LUCILIA DE ALMEIDA NEVES (org.), *O Tempo do Nacional-Estatismo: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARBONARI, PAULO CÉSAR, *Direitos Humanos no Brasil: uma leitura da situação em perspectiva*, in RECH, DANIEL, *Direitos Humanos no Brasil 2*, Rio de Janeiro: Ceris/Mauad Editora Ltda., 2007.

CARVALHOa, JOSÉ MURILO DE, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

_____b, *Os Bestializados: O Rio de Janeiro e a República que não foi*, São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CASTRO, JEANNE BERRANCE DE, A Guarda Nacional, in HOLANDA, SÉRGIO BUARQUE DE, *História Geral da Civilização Brasileira*, v. 4, São Paulo: Difel, 1974.

CONCEIÇÃO, LOURIVALDO DA, *Curso de Direito Constitucional*, Campina Grande: EDUEP, 2007.

CONSTANT, BENJAMIN, *Escritos de política*, São Paulo: Martins Fontes, 2005

D'ARAÚJO, MARIA CELINA, *Estado, Classe Trabalhadora e Políticas Sociais*, in FERREIRA, JORGE et DELGADO, LUCILIA ALMEIDA NEVES, *O Tempo do Nacional-Estatismo: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

EDUARDO ESPÍNOLA, *A Nova Constituição do Brasil (Direito Político e Constitucional Brasileiro)*, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946.

FAUSTOa, BORIS, *História Concisa do Brasil*, São Paulo: Edusp, 2006.

_____, b, *História Geral da Civilização Brasileira*, t. III, v. 10, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

FEREIRA, JORGE et DELGADO, LUCÍLIA DE ALMEIDA NEVES (org.), *O Tempo do Liberalismo Excludente: da Proclamação da República à Revolução de 1930*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

GOMES, ÂNGELA MARIA DE CASTRO ET ALII, *O Brasil Republicano*, in FAUSTO, BORIS (org), *História Geral da Civilização Brasileira*, t. III, v. 10: *sociedade e política (1930-1964)*, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

GUIMARÃES, LUCIA MARIA PASCHOAL, *Liberalismo moderado: postulados ideológicos e práticas políticas no período regencial (1831-1837)*, in PEIXOTO, ANTÔNIO CARLOS ET ALII, *O Liberalismo no Brasil Imperial: origens, conceitos e prática*, Rio de Janeiro: UERJ, 2001.

HOLANDA, SÉRGIO BUARQUE DE, *História Geral da Civilização Brasileira*, v. 4, São Paulo: Difel, 1974.

IGLESIAS, FRANCISCO, *Trajetória Política do Brasil (1500-1964)*, São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

KUGELMAS, EDUARDO, *Organização e introdução JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO, MARQUÊS DE SÃO VICENTE*, São Paulo: Editora 34, 2002.

LIMA, MANOEL DE OLIVEIRA, *O Império Brasileiro*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

LOPES, JÚLIO AURÉLIO VIANNA, *A Carta da Democracia – O processo constituinte da ordem pública de 1988 -*, Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2008.

MARSHALL, T. H., *Cidadania, Classe Social e Status*, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967

NEVES, LÚCIA MARIA BASTOS P., *Liberalismo Político no Brasil: ideias, representações e práticas (1820-1823)*, in PEIXOTO, ANTÔNIO CARLOS (org), *O liberalismo no Brasil Imperial: origens, conceitos e prática*, Rio de Janeiro: Revan, 2001.

NOGUEIRA, NARLON GUTIERRE, *A Constituição e o direito à previdência social*, São Paulo: LTr, 2009

OLIVEIRA VIANA, FRANCISCO JOSÉ, *Instituições Políticas Brasileiras, II*, Rio de Janeiro: Record, 1974.

PEIXOTO, ANTÔNIO CARLOS ET ALII, *O Liberalismo no Brasil Imperial: origens, conceitos e prática*, Rio de Janeiro: UERJ, 2001.

PIMENTA BUENO, JOSÉ ANTÔNIO, Direito Público Brasileiro e a Análise da Constituição do Império, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978

PINHEIRO, PAULO SÉRGIO ET ALII, O Brasil Republicano, v. Sociedade e Instituições, in FAUSTO, BORIS, Historia Geral da Civilização Brasileira, t. 3, v. 9, Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil Ltda, 2006.

RECH, DANIEL (coord.), Direitos Humanos no Brasil 2, Diagnóstico e Perspectivas, Rio de Janeiro: Ceris/Mauad Editora Ltda, 2007.

RESENDE, MARIA EFIGÊNIA LAGE DE, O Processo Político na Primeira República e o Liberalismo Oligárquico, in FERREIRA, JORGE et DELGADO, LUCÍLIA DE ALMEIDA NEVES (org.), O tempo do liberalismo excludente: da Proclamação da República à Revolução de 1930, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

SANCHIS, LUIS PRIETO, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____, Ley, Principio, Derecho, Madrid: Dikinson, 1998.

SANTOS, WANDERLEY GUILHERME DOS, Cidadania e Justiça: a política social na ordem brasileira, Rio de Janeiro: Campus, 1987.

SEGADAS VIANNA, JOSÉ DE, Evolução do Direito do Trabalho no Brasil, in SUSSEKIND, ARNALDO et Alii, Instituições de Direito do Trabalho, I, São Paulo: LTr, 1966

SUSSEKIND, ARNALDO, Instituições de Direito do Trabalho, I, São Paulo:LTr, 1966.

VIANNA, LUIZ WERNECK, Liberalismo e Sindicato no Brasil, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO, El Derecho Dúctil, Madrid: Editorial Trotta, 2009.

Parte III

ABRAMOVICH, VICTOR e CHRISTIAN COURTIS, Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid: Editorial Trotta, 2004.

ADRAGAO, PAULO PULIDO, A liberdade religiosa e o Estado, Coimbra: Almedina, 2002. ALBERTO TORRES, A Organização Nacional, São Paulo: Ed. Nacional, 1987

ALEXANDRE, FRANCISCO, Naturalizados e outros aspectos da nacionalidade, Rio de Janeiro: Edit. A.Coelho Branco Fo, 1956.

ALEXY, ROBERT, Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002

ALVIM, JOSÉ EDUARDO CARREIRA, Habeas Data, Rio de Janeiro: Forense, 2001

ARAGÃO, ALEXANDRE SANTOS, O conceito de serviços públicos no Direito Constitucional Brasileiro, Revista de Direito Administrativo Econômico (REDAE), no 17, 2009.

ARAÚJO, JOSÉ LAÉRCIO, Intimidade, Vida Privada e Direito Privado, São Paulo: WC Editora (s.d).

ASSIS, LUIZ GUSTAVO BAMBINI DE, A natureza jurídica do serviço prestado pelas instituições privadas ensino: controvérsias sobre o tema, in RANIERI, NINA, Direito à Educação, São Paulo: Edusp, 2009.

BALEEIRO, ALIOMAR, Direito Tributário Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 1975.

BALERA, WAGNERa, Sistema de Seguridade Social, São Paulo: LTr, 2012

_____b, Curso de direito previdenciário, São Paulo: Ltr., 1998.x

BALTAZAR JÚNIOR, JOSÉ PAULO, Sigilo bancário e privacidade, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

BANDEIRA DE MELLOa, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE, Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____b, Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros Editores, 2006

_____, Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais, São Paulo: Malheiros, 2009. BARBI, CELSO AGRÍCOLA, Do mandado de segurança, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARCELLOS, ANA PAULA DE, A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____, O mínimo existencial e algumas fundamentações: JOHN RAWLS, MICHAEL WALZER e ROBERT ALEXI, in TORRES, RICARDO LOBO, Legitimação dos direitos humanos, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARRETO, VICENTE DE PAULO, Reflexões sobre os direitos sociais, in SARLET, INGO WOLFGANG, Direitos Fundamentais Sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, O fetiche dos direitos humanos e outros temas, Rio de Janeiro: Lumen Juris Edit., 2010

BARROS, ROQUE SPENCER DE, Vida Religiosa e A Questão Religiosa, in HOLANDA, SÉRGIO BUARQUE DE, História Geral da Civilização Brasileira, v. 4, São Paulo: Difel, 1974.

BARROSO, LUÍS ROBERTO, O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BAUTISTA, RAFAEL VELÁSQUEZ, Protección jurídica de datos personales automatizados, Madrid: Editorial Colex, 1993.

BECCARIA, CESARE, Dos delitos e das penas, São Paulo: Editoria Martin Claret Ltda., 2011.

BENEVIDES, MARIA VICTORIA DE MESQUITA, A cidadania ativa, São Paulo: Edit. Ática, 2002.

BERLIN, ISAAH, Quatro Ensaio sobre a Liberdade, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

BITTAR, CARLOS ALBERTO, Os Direitos da Personalidade, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BLIACHERIENE, ANA CARLA e SANTOS, JOSÉ SEBASTIÃO DOS, Direito à Vida e à Saúde, São Paulo: Atlas, 2010.

BOAVENTURA, EDIVALDO M., A constitucionalização da autonomia universitária, Brasília: Rev. de Informação Legislativa, 1990/

BOBBIOa, NORBERTO, A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____, Igualdade e Liberdade, Rio de Janeiro: Ediouro, 2002

BONAVIDES, PAULO, Ciência Política, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1967.

BONIFÁCIO, ARTUR CORTEZ, Direito de Petição – garantia constitucional, São Paulo: Editora Método, 2004

BOVOLenta, GISELE APARECIDA, Os benefícios eventuais previstos na LOAS; o que são e como são, São Paulo: Revisto Serviço Social e Sociedade, 2011.

BOSCHETTI, IVANETE, Assistência Social no Brasil: um direito entre originalidade e conservadorismo, Brasília, 2001.

_____, Implicações da reforma da previdência na seguridade brasileira, Rev. Psicologia e Sociedade, n. 15, jan/jun 2003.

BRASIL- CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE, O financiamento da saúde, Brasil:CONASS, 2011

BULOS. UADI LAMMÊGO, Constituição Federal Anotada, São Paulo: Saraiva, 2001.

BUZAID, ALFREDO, Do mandado de segurança, v. I, São Paulo: Saraiva, 1989

CAETANO, MARCELO, Manual de Direito Administrativo, Lisboa: Coimbra Editora, 1963.

CALDAS, PEDRO FREDERICO, Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral, São Paulo: Saraiva, 1997.

CAVALCANTI, THEMÍSTOCLES BRANDÃO, Do mandado de segurança, Rio de Janeiro: Freitas Bastos 1956

CAPPELLETTI, MAURO, Acesso à justiça, Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARLOS MAXIMILIANO, Comentários à Constituição Brasileira de 1891, Brasil: Senado Federal, 2005.

CARVALHO, JOSÉ MURILO DE, Cidadania no Brasil: o longo caminho, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CARVALHOa, LUÍS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE, Direito de Informação e Liberdade de Expressão, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____b, O STF e o Direito de Imprensa: análise e consequências do julgamento da ADPF 130/2008, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASTRO, MÔNICA NEVES AGUIAR DA SILVA, Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em colisão com outros direitos, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CATÃO, MARCONI DO Ó, Biodireito – Transplante de Órgãos Humanos e Direitos de Personalidade, São Paulo: Madras, 2004.

CAUPERS, JOÃO, Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição, Coimbra: Almedina 1985.

CESARINO, LETÍCIA DA NOBREGA, Nas fronteiras do humano: os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões, Rio de Janeiro: Mana/ Estudos de Antropologia Social, v. 13, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini et DINAMARCO, Cândido Rangel, Teoria Geral do Processo, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

COHN, AMÉLIA, A saúde como direito e como serviço, São Paulo: Cortez, 2002.

COLLIARD, CLAUDE-ALBERT, Libertés Publiques, Paris, 1975.

COSTA JR., PAULO JOSÉ DA, O Direito de Estar Só, São Paulo: RT, 1995.

_____, et CERNICHIARO, LUIZ VICENTE, Direito Penal na Constituição, São Paulo: Edit. Revista dos Tribunais, 1990.

CUPIS, ADRIANO DE, I Diritti della Personalità, Milão: Giuffrè Editore, 1950.

CURY, CARLOS ROBERTO JAMIL, A educação escolar como concessão, Brasília: Em Aberto, 1992

_____, Cidadania republicana e educação, Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

DARDEAU DE CARVALHO, A. , Nacionalidade e cidadania, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956

DELGADO et ALII, Seguridade Social: redefinindo o alcance da cidadania, Brasília: IPEA, 2009.

DELGADO, IGNACIO GODINHO, *Previdência Social e mercado no Brasil*, São Paulo: LTr, 2001.

DIAS, RODRIGO BERNARDES, *Privacidade genética*, São Paulo: SRS Editora, 2008. DINIZ, MARIA HELENA, *O Estado Atual do Biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2002. DURAND, PAUL, *La Politique contemporaine de sécurité sociale*, Paris: Dalloz, 1953.

DUVERGER, MAURICE, *Os Partidos Políticos*, Rio de Janeiro: Zahar/Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

DWORKIN, RONALD, *Domínio da vida – aborto, eutanásia e liberdades individuais*, São Paulo: Edit. WMF Martins Fontes, 2009.

ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Dignidade humana como princípio normativo: os direitos fundamentais no debate bioético*, in SARLET, INGO WOLFGANG e LEITE, GEORGE SALOMÃO, *Direitos fundamentais e biotecnologia (org)*, São Paulo: Método, 2008.

ESMEIN, A., *Éléments de Droit Constitutionnel (français et compare)*, Paris: Librairie de la Société ou Recueil Sirey, 1921.

ESPÍNOLA, EDUARDO, *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio*. *Direitos Autorais*, Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

FAGNANI, EDUARDO, *A política social no Brasil (1964-2002)*, tese de doutorado, Unicamp, 2005.

FARIA, JOSÉ EDUARDO, *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*, São Paulo: Edit. Ática, 1989.

FARIASa, EDILSON PEREIRA DE, Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, Porto Alegre: Fabris, 2000.

_____, b, Liberdade de Expressão e Comunicação, São Paulo, RT, 2004.

FARLEY, MARGARET, Concepções católicas romanas sobre a pesquisa com células-tronco embrionárias humanas, in HOLLAND, SUZANNE, LEBACQZ, KAREN e ZOLOTH, LAURIE, As células-tronco embrionárias humanas em debate, São Paulo: Edições Loyola, 2006.

FERNANDES, ANTÔNIO SCARANCE, Processo Penal Constitucional, São Paulo: Edit. Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, MILTON, Proteção civil da intimidade, São Paulo: Saraiva, 1977. FERRAJOLI, LUIGIa, Derechos y garantías, Madrid: Editorial Trotta, 2010. _____ b, Derecho y razon (Teoría del garantismo penal), Editorial Trotta, 2011.

FERRAZ JR, TÉRCIO SAMPAIO, Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, in PIZOLIO, REINALDO & GAVALDÃO JR., JAYR VIEGAS, Sigilo Fiscal e Bancário, São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2005.

FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, Comentários à Constituição de 1988, v. 1, São Paulo: Saraiva, 1997.

_____, Direitos Humanos Fundamentais, São Paulo: Saraiva, 1999

FERREIRA, LAURO CESAR MAZETTO, Seguridade Social e Direitos Humanos, São Paulo: Ltr, 2007.

FIGUEIREDO, LUCIA VALLE, Mandado de segurança, São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FIGUEIREDO, MARIANA FILCHTINER, Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

FUNARI, PEDRO PAULO, A Cidadania entre os Romanos, in PINSKY, JAIME et PINSKY, CARLA BASSANEZI (org.), História da Cidadania, São Paulo: Contexto, 2005.

_____, O Brasil Republicano: O Tempo do Nacional-Estatismo, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

GARDEAZÁBAL, MAURICIO RENGIFO, Teoría General de la Propiedad, Bogotá: Universidad de los Andes, 2011.

GARDÓ, ANTONIO FAYOS, Derecho a la intimidade y medios de comunicación, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

GEBRAN NETO, JOÃO PEDRO, A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais, São Paulo: Edit. Revista dos Tribunais, 2002

GOMES, JOAQUIM B. BARBOSA, Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade (o Direito como instrumento de transformação de transformação social – experiência dos EUA), Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____, As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva, Cadernos da CEJ, no 24.

GOMES ORLANDO, Direitos Reais, Rio de Janeiro: Forense, 1962.

GRAU, EROS ROBERTO, O conceito constitucional de relevância pública, in DALLARI, SUELI GANDOLFI, O conceito constitucional de relevância pública (org), Brasília: Organização Panamericana da Saúde, 1992.

_____, A ordem econômica na Constituição de 1988, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

GRECO, MARCO AURÉLIO, Sigilo do Fisco e perante o Fisco, in PIZOLIO, REINALDO & GAVALDÃO JR., JAYR VIEGAS, Sigilo fiscal e bancário, São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2005.

GRINOVER, ADA PELLEGRINI, Liberdades públicas e processo penal, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

GUIMARÃES, FRANCISCO XAVIER DA SILVA, Nacionalidade: aquisição, perda e reaquisição, Rio de Janeiro: Forense, 1995

GURGEL, J.B. SERRA E, EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, FUNPREV, 2007.

GUSHIKEN, LUIZ, Regime próprio de previdência dos servidores: como implementar, MPAS/ Coleção Previdência Social, Séries Estudos, v. 17, Brasília, 2002.

HAYEK, FRIEDRICH A., The Constitution of Liberty, Chicago: The University of Chicago Press, 1960.

HESSE, KONRAD, Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998

HOBBS, THOMAS, Leviatã, Os Pensadores, XIV, cap. XXXVIII, São Paulo: Abril Cultural, 1974.

HOLANDA, SÉRGIO BUARQUE DE, HISTÓRIA GERAL DA CIVILIZAÇÃO BRASILEIRA, t. 5, São Paulo: Difel, 1974.

HOLLAND, SUZANNE/LEBACQZ, KAREN/ZOLOTH, LAURIE (org), As células-tronco embrionárias humanas em debate, São Paulo: Edições Loyola, 2006.

HOLMES, STEPHEN and CASS, R. SUSTEIN, The Cost of Rights, New York: W.W. Norton & Company, 1999.

HORTA, JOSÉ LUÍS BORGES, Direito constitucional da educação, Belo Horizonte; Decálogo, 2007

HUNGRIA, NELSON, Comentários ao Código Penal, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____, Comentários ao Código Penal, v. V, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.

_____, Comentários ao Código Penal, v. VI, Rio de Janeiro: Edit. Forense, 1958

_____, Comentários ao Código Penal, v. VIII, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

ISRAEL, JEAN-JACQUES, Droit des Libertés Fondamentales, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998.

ISHAYa, MICHELINE R., The History of Human Rights, Berkeley: University of California Press, 2003.

_____b, Direitos Humanos, Uma Antologia, São Paulo: Edusp, 2006.

JABUR, GILBERTO HADDAD, Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada, São Paulo: RT, 2000.

JACQUES, PAULINO, Curso de Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Forense, 1977. KELSEN, HANS, Teoria Pura do Direito, Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor, 1976

KRELL, J. ANDREAS, Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des)caminhos de um Direito Constitucional Comparado, Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.

LACADENA, JUAN RAMÓN, Experimentação com embriões: o dilema ético dos embriões excedentes, os embriões somáticos e os embriões partenogênicos, in MARTÍNEZ, JULIO LUÍS, Células-tronco humanas: aspectos científicos, éticos e jurídicos, São Paulo: Edições Loyola, 2005.

LAFER, CELSO, A reconstrução dos direitos humanos, São Paulo: Companhia das Letras, 1988

LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, Traité de Droit Administratif, I, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976.

LEITE, CELSO BARROSO, Conceito de seguridade social, in BALERA, WAGNER, Curso de Direito Previdenciário, São Paulo: Ltr, 1998.

_____ e VELLOSO, LUIZ PARANHOS, Previdência Social, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1963.

LEITE, GEORGE SALOMÃO, Ensaio sobre bioética constitucional, in SARLET, INGO WOLFGANG, Direitos Fundamentais e Biotecnologia, São Paulo: Método, 2008

LOCKE, JOHN, Carta acerca da tolerância, Pensadores, v. XVIII, São Paulo: Abril Cultural, 1973.

LOPES, ANA MARIA D'ÁVILA, A Cidadania na Constituição Federal Brasileira de 1088: Redefinindo a Participação Política, in BONAVIDES, PAULO ET LIMA, FRANCISCO GÉRON MARQUES DE ET BEDÊ, FAYGA SILVEIRA, Constituição e Democracia, São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

LOPES, JOSÉ REINALDO DE LIMA, A função política do Poder Judiciário, em FARIA, JOSÉ EDUARDO, Direito e Justiça: a função social do Judiciário, São Paulo: Edt. Ática, 1989.

LOPES, VERA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO, O direito à informação e as concessões de rádio e televisão, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LUÑO, ANTONIO ENRIQUE PÉREZ, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Madrid: Editorial Tecnos, 2003

MALBERG, CARRÉ DE, Contribution à la Théorie Générale de l'État, Paris: Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1962.

MALISKA, MARCOS AUGUSTO, O direito à educação e a Constituição, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

MALLOY, JAMES M., A política da previdência social no Brasil, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1986.

MANGABEIRA, JOÃO, Em torno da Constituição, Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1934.

MARQUES, JOSÉ FREDERICO, A Reforma do Poder Judiciário, v. I, São Paulo: Saraiva, 1979.

MARSHALL, T. H., Cidadania, classe social e status, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MARTÍNEZ, JULIO LUÍS, Células-tronco humanas: aspectos científicos, éticos e jurídicos, São Paulo: Edições Loyola, 2005.

MARTINEZ, WLADIMIR NOVAES, Comentários à Lei Básica da Previdência Social, t. II, São Paulo: Ltr, 2009.

MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA & REALE, MIGUEL, Sigilo Bancário, in PIZOLIO, REINALDO & GAVALDÃO JR., JAYR VIEGAS, Sigilo fiscal e bancário, São Paulo: Edit. Quartier Latin do Brasil, 2005.

MARTINS, SÉRGIO PINTO, Direito da seguridade social, São Paulo: Atlas, 2003.

MAZZILLI, HUGO NIGRO, A defesa dos interesses difusos em juízo, São Paulo: Saraiva, 2004

McWHIRTER, DARIEN AUBURN, Privacy as a Constitutional Right: sex, drugs, and the right to life, New York: Quorum Books, 1992.

MEDINA, JOSÉ MIGUEL GARCIA, Mandado de segurança individual e coletivo, São Paulo: RTr, 2009.

MEIRELLESa, HELY LOPES, Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____b, Mandado de Segurança, [...], São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003 MELLO, CELSO DE ALBUQUERQUE, O § 2º do Art. 5º da Constituição Federal, in TORRES,

RICARDO LOBO (org.), Teoria dos Direitos Fundamentais, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE, Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MELLO FRANCO, AFONSO ARINOS DE, in Câmara dos Deputados, O Pensamento Constitucional Brasileiro, Brasília: Câmara dos Deputados, 1978.

MELLO, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE, Princípios Gerais de Direito Administrativo, Rio de Janeiro/ Forense, 1979.

MENDESa, GILMAR FERREIRA, Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____b, Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2007.

MESA-LAGO, CARMELO, As reformas de previdência na América Latina e seus impactos nos princípios de seguridade social, Brasília/MPAS, 2006.

MESTRINER, MARIA LUÍZA, O Estado entre a filantropia e a assistência social, São Paulo: Cortez, 2008.

MIGUEL, CARLOS RUIZ, *La Configuración Constitucional del Derecho a la Intimidad*, Madrid: Editorial Technos, 1995.

MILL, JOHN STUART, *Sobre a liberdade*, São Paulo, Hedra, 2010.

MIRANDA, JORGE, *Manual de direito constitucional*, IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MOEHLECKE, SABRINA, *Ação afirmativa: história e debates no Brasil*, Cadernos de Pesquisa no 117, 2002.

MORAES, ALEXANDRE DE, *Direitos Humanos Fundamentais*, São Paulo: Atlas, 2011.

NALINI, JOSÉ RENATO, *Liberdade religiosa na experiência brasileira*, in MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVEIRA, e SORIANO, ALDIR GUEDES, *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*, Belo Horizonte: Forum, 2009.

NOGUEIRA, NARLON GUTIERRE, *A Constituição e o direito à previdência social*, São Paulo: Ltr, 2009.

NUCCI, GUILHERME DE SOUZA, *Provas no processo penal*, São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES JÚNIOR, VIDAL SERRANO, *proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*, São Paulo: FTD, 1997.

_____, *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*, São Paulo: Edit. Verbatim, 2009.

OKAMA, THOMAS B., As células-tronco embrionárias humanas: elementos básicos sobre a tecnologia e suas aplicações médicas, in HOLLAND, SUZANNE, LEBACQZ KAREN e ZOLOTH, LAURIE, As células-tronco embrionárias humanas em debate, São Paulo: Edições Loyola, 2006.

OLIVEIRA, FRANCISCO ANTÔNIO DE, Mandado de injunção, São Paulo: Edit. Revista dos Tribunais, 2004

OLIVEIRA, MOACYR VELLOSO CARDOSO DE, Previdência Social: doutrina e exposição da legislação vigente, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

OPPENHEIM, FELIX R., Igualdade, in Bobbio Norberto e alii, Dicionário de Política, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1986.

OPPO, ANNA, Partidos Políticos, in Norberto Bobbio e alii, Dicionário de Política, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

OLSEN, ANA CAROLINA LOPES, Direitos Fundamentais Sociais, Curitiba: Juruá, 2008.

PALAZZANI, LAURA, O debate sobre as células-tronco na Itália: problemas biojurídicos e desenvolvimento normativo, in MARTÍNEZ, JULIO LUIS, Células-tronco humanas: aspectos científicos, éticos e jurídicos, São Paulo: Edições Loyola, 2005.

PASTOR, JOSÉ MANUEL ALMANSA, Derecho de la Seguridad Social, Madrid: Editorial Tecnos, 1973

PAULINO JACQUES, Curso de Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PECES-BARBA, GREGORIO, Lecciones de Derechos Fundamentales, Madrid: Dykinson, 2004.

PIERUCCI, ANTÔNIO FLÁVIO DE OLIVEIRA, Economia e Cultura, in FAUSTO, BORIS, HISTÓRIA GERAL DA CIVILIZAÇÃO BRASILEIRA, t. III, v. 11, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

PIMENTA BUENO, JOSÉ ANTÔNIO, Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978.

PINHEIRO, PAULO SÉRGIO ET ALII, Brasil Republicano, v. 9, Sociedade e Instituições (1889- 1930), in FAUSTO, BORIS, História Geral da Civilização Brasileira, t. III, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

PINSKY, JAIME, Introdução, in PINSKY, JAIME et PINSKY, CARLA BASSANEZI (org.), História da Cidadania, São Paulo: Contexto, 2005.

PINTO, RICARDO LEITE, Liberdade de imprensa e vida privada, Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, ano 54, 1994.

PIOVESAN, FLÁVIA, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, São Paulo: Saraiva, 2008

PIZOLIO, REINALDO & GAVALDÃO JR., JAYR VIEGAS, Sigilo Fiscal e Bancário, São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2005

POLANYI, KARL, A grande transformação: as origens da nossa época, Rio de Janeiro: Campus, 1980.

PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI, Comentários à Constituição de 1967, t. IV, São Paulo: Edt. Revista dos Tribunais, 1967.

_____, Comentários à Constituição de 1967, t. V, São Paulo: Edt. Revista dos Tribunais, 1968.

_____, História e Prática do Habeas Corpus, Campinas: Bookseller, 2003

POOLE, HILARY, Direitos Humanos: referências essenciais, São Paulo: Edusp, 2007

PROSSER, WILLIAM L., Privacy, California: California Law Review, 1960.

QUEIROZ, CRISTINA, Direitos Fundamentais Sociais, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RANIERIA, NINA BEATRIZ STOCCO, Autonomia universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988, São Paulo: EDUSP, 1994.

_____b, O poder e o limite do Estado na atividade educacional, Estudos, julho/2003

_____c, Direito à Educação – aspectos constitucionais, São Paulo: Edusp, 2009.

RAWLS, JOHN, O liberalismo político, Lisboa: Editorial Presença, 1997.

REIS, PALHARES MOREIRA, A autonomia das universidades públicas na Constituição de 1988, Brasília: Rev. Informação Legislativa, 1990.

REZENDE, NANJI FIGUEIRÔA, A amplitude da expressão saúde no marco normativo brasileiro, in BLIACHERIENE, ANA CARLA e SANTOS, JOSÉ

SEBASTIÃO DOS, Direito à Vida e à Saúde – impacto orçamentário e judicial, São Paulo: Atlas, 2010.

RITTER, GERHARD A., El Estado Social, su origen y desarrollo em una comparación internacional, Madrid: Ministério de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

RIVERO, JEAN, Les Libertés Publiques, I, Paris: Presses Universitaires de France, 1973. _____, Les Libert'es Publiques, 2, Paris: Presses Universitaires de France, 1977.

RIVERO, JEAN, et MOUTOUH, HUGUES, Libertés Publiques, t. 2, Paris: Presses Universitaires de France, 1977.

ROBERT, JACQUES et DUFFAR, JEAN, Droits de l'Homme et Libertés Fondamentales, Paris: Éditions Montchrestien, 1999

ROCHA, DANIEL MACHADO DA, O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ROCHA, LUIZ OTÁVIO DE OLIVEIRA, Fiança criminal e liberdade provisória, São Paulo: Editora RTr, 1999.

ROCHA, MARIA ISABEL BALTAR DA, Breve Panorama sobre a Questão do Aborto no Legislativo Brasileiro, in ROCHA, MARIA ISABEL BALTAR DA e BARBOSA, REGINA MARIA, Aborto no Brasil e países do Cone Sul – panorama da situação e dos estudos acadêmicos, Campinas: Núcleo de Estudos de População – Nepo/UNICAMP, 2009.

ROCHA, RENATA DA, *Direito à Vida e a pesquisa com células-tronco*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROSAS, ROBERTO, *Direito Processual Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ROUSSEAU, JEAN-JACQUES, *Do Contrato Social*, Os Pensadores, v. XXIV, São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SÁ, MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE, *Biodireito e Direito ao Próprio Corpo*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____, *Manual de Biodireito*, Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANCHIS, LUÍS PRIETO, *Ley, Principio, Derecho*, Madrid: Dickinson, 1998

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Introdução à sociologia da administração da justiça*, em FARIA, JOSE EDUARDO, *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*, São Paulo: Edit. Ática, 1989.

SANTOS, DARCY FRANCISCO CARVALHO DOS, *A previdência social no Brasil: 1923-2009 (uma visão econômica)*, Porto Alegre: AGE, 2009

SANTOS, LEANDRO LUÍS CAMARGO DOS, *Curso de Direito da Seguridade Social*, São Paulo: Ltr, 2004.

SARLETa, INGO WOLFGANG, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____, *Direitos Fundamentais e biotecnologia*, São Paulo: Método, 2008.

_____, c, Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, d, Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde nos 20 anos da Constituição de 1988, Revista de Direito do Consumidor, 2008

_____, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, in SARLET, INGO WOLFGANG, Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.\

SCAMPINI, PE. JOSÉ, A liberdade religiosa nas Constituições Brasileiras, Petrópolis: Edit. Vozes, 1978.

SCHWARTZ, GERMANO ANDRÉ DOEDERLEIN, Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

SEGRE, MARCO e GUS, GABRIELA, Aspectos Éticos e Legais das Pesquisas e do Tratamento com Células-tronco, in ZAGO, MARCO ANTÔNIO, Células-tronco, a nova fronteira da medicina, São Paulo: Editora Atheneu, 2006.

SERRANO, VIDAL, A Proteção Constitucional da informação e o Direito à Crítica Jornalística, São Paulo: FTD, 1997

SIDOU, J. M. OTHON, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Popular, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SIFUENTES, MÔNICA, Direito fundamental à educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais, Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009.

SILVA, EDSON FERREIRA DA, Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda, 2003.

SILVA, FERNANDA DUARTE LOPES LUCAS DA, Princípio constitucional da igualdade, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2003.

SILVAa, JOSÉ AFONSO DA, Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVAb, JOSÉ AFONSO DA, Ação popular constitucional – doutrina e processo, São Paulo: Editora RT, 1968.

SILVAc, LUIZ FERNANDO MARTINS DA, Estudo sociojurídico relativo à implementação de políticas de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado, Rio de Janeiro, 2004, disponível em [http:// jus.com.br/revista/texto/5302](http://jus.com.br/revista/texto/5302)>

SOUZA, MARIA DO CARMO C. CAMPELLO DE, Estado e Partidos Políticos no Brasil (1930 a 1964), São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1990.

SPOSATI, ALDAÍZA, A assistência social e a trivialização dos padrões de reprodução social, in SPOSATI e alii, Os direitos (dos desassistidos) sociais, São Paulo: Cortez, 1995.

STRECK, LENIO LUIZ, As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais, Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 1997

TEIXEIRA, ANÍSIO SPÍNDOLA, Educação é um direito, Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2009.

TORRES, RICARDO LOBO, O mínimo existencial e os direitos fundamentais, Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, no 177, julho/setembro de 1989.

_____, A cidadania multidimensional na era dos direitos, in TORRES, RICARDO LOBO et alii, Teoria dos direitos fundamentais, Rio de Janeiro: Renovar, 2001

_____, A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial, in SARLET, INGO WOLFGANG, Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária, in SARLET, INGO WOLFGANG, Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TRIBE, LAURENCE H., Abortion – The Clash of Absolutes, New York: W. W. Norton & Company, 1992.

TROPARDI FILHO, LUIZ – A exploração da atividade educacional pela iniciativa privada e seus limites legais, in RANIERI, NINA BEATRIZ STOCCO (ORG) – Direito à educação: aspectos constitucionais, São Paulo: EDUSP, 2009.

TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E, Class action e mandado de segurança coletivo, São Paulo: Saraiva, 1990.

TUCCI, ROGÉRIO LAURIA, Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro, São Paulo: Edit. Revista dos Tribunais, 2009.

UGATTI, UENDEL DOMINGUES, O princípio constitucional da contrapartida na seguridade social, São Paulo: Ltr, 2003.

VARELA, LAURA BECK, Das Sesmarias à Propriedade moderna: um estudo de História do Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: Renovar, 2005).

VAZ, ISABEL, Direito Econômico das Propriedades, Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VENTURA, MIRIAM, A questão do aborto e seus aspectos jurídicos, in ROCHA, MARIA ISABEL BALTAR DA e BARBOSA, REGINA MARIA – Aborto no Brasil e países do Cone Sul – panorama da situação e dos estudos acadêmicos, Campinas: Núcleo de Estudos de População-NEPO/UNICAMP, 2009.

VIANNA, MARIA LÚCIA TEIXEIRA WERNECK, A nova política social no Brasil: uma prática acima de qualquer suspeita teórica?, Rio de Janeiro: Praia Vermelha/UFRJ, 2008.

VIEIRA, OSCAR VILHENA, A Constituição e sua reserva de justiça, São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____, Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF, São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

WALINE, MARCEL, Précis de Droit Administratif, I, Paris Éditions Montchrestien, 1969.

WANG, DANIEL WEI LIANG, Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF, in SARLET, INGO

WOLFGANG, Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

WARREN, SAMUEL D. et BRANDEIS, LOUIS D., The Right to Privacy, Harvard Law Review, v. IV, 1890

WEBER, MAX, Economia e Sociedade, I, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

WEINGARTNER NETO, JAYME, Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, culto, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WESTIN, ALAN F., Privacy and Freedom, New York: Atheneum New York, 1970

WILDE, RALPH, Uma visão geral da Declaração Universal dos Direitos Humanos, in POOLE, HILARY, Direitos Humanos: Referências Essenciais, São Paulo: Edusp, 2007

XIMENES, SALOMÃO BARROS – O ensino religioso nas escolas públicas brasileiras: do direito à liberdade de crença e culto ao direito à prestação estatal positiva, in RANIERI, NINA BEATRIZ STOCCO (coord) – Direito à educação, São Paulo: Edusp, 2009.

ZAGO, MARCO ANTÔNIO, e COVAS, DIMAS TADEU, Células-tronco, a nova fronteira da medicina, São Paulo: Editora Atheneu, 2006.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO, El Derecho Dúctil, Madrid: Editorial Trotta, 2009

ZAVASCKI, TEORI ALBINO, Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005;

ZOLOTH, LAURIE, A ética do oitavo dia: a bioética judaica e a pesquisa com células-tronco embrionárias humanas, in HOLLAND, SUZANNE, LEBACQZ, KAREN e ZOLOTH, LAURIE, As células-tronco embrionárias humanas em debate, São Paulo: Edições Loyola, 2006.

Sobre o Autor

Lourivaldo da Conceição bacharelou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (turma de 1964) e fez Mestrado em Direito do Estado na Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro.

É Procurador aposentado da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE) e lecionou Direito Constitucional no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

É autor de:

- A natureza jurídica da SUDENE, publicado pela SUDENE
- Curso de Direito Constitucional, publicado pela Editora da Universidade Estadual da Paraíba (EDUEPB).

Sobre o Ebook

Projeto Gráfico e Editoração Jéfferson Ricardo Lima Araujo Nunes

Capista Erick Ferreira Cabral