



**NATAN BATISTA**

**Direito**  
**Constitucional I**

**Legislação e Teoria**



**DIREITO**  
**CONSTITUCIONAL** I

## **Sumário:**

<b>Capítulo 1 – Constituição, Constitucionalismo e Teoria da Constituição</b>	<b>Página 1</b>
<b>1. O nascimento da Constituição e o Direito Constitucional</b>	<b>Página 1</b>
1.1. Evolução histórica das Constituições	Página 1
1.1.1. Constitucionalismo	Página 1
1.1.2. Antiguidade	Página 1
1.1.3. Idade Média	Página 2
1.1.4. Idade Moderna	Página 3
1.1.4.1. Petição de Direitos – 1628	Página 3
1.1.4.2. Habeas Corpus Act – 1679	Página 4
1.1.4.3. Bill of Rights – 1689	Página 5
1.1.5. Idade Contemporânea	Página 5
1.1.5.1. Parlamentarismo x Controle de Constitucionalidade	Página 5
1.1.5.2. Constitucionalismo Francês	Página 6
1.1.5.3. Constitucionalismo Americano	Página 7
1.1.6. Neoconstitucionalismo	Página 8
1.1.7. Sistematizando	Página 10
<b>2. Conceito de Constituição</b>	<b>Página 11</b>
2.1. Caráter Político/ Substancial	Página 11
2.2. Caráter Jurídico	Página 13
2.3. Sentidos da Constituição	Página 13
2.3.1. Sentido Sociológico	Página 14
2.3.2. Sentido Político	Página 14
2.3.3. Sentido Jurídico	Página 14
2.3.4. Sistematizando	Página 15
<b>3. Classificação das Constituições</b>	<b>Página 16</b>
3.1. Quanto à Forma e Origem	Página 16
3.2. Quanto à Flexibilidade	Página 17
3.3. Quanto à Extensão	Página 19
3.4. Quanto à Eficiência/ Eficácia	Página 19
3.5. Quanto à integração da cultura	Página 20
3.6. Quanto à forma/ matéria	Página 20
3.7. Sistematizando	Página 22
<b>Capítulo 2 – Poder Constituinte</b>	<b>Página 23</b>
<b>1. Conceito</b>	<b>Página 23</b>
<b>2. Tipos de poderes constituintes</b>	<b>Página 25</b>
2.1. Poder Constituinte Originário	Página 25
2.2. Poder Constituinte Derivado	Página 27
<b>Capítulo 3 – Direito Constituinte Intertemporal</b>	<b>Página 36</b>
<b>1. Teoria da Inconstitucionalidade</b>	<b>Página 36</b>

## **Capítulo 4 – Aplicabilidade das Normas Constitucionais** Página 40

- 1. Efeitos** Página 40
- 2. Doutrina americana** Página 40
- 3. Doutrina brasileira** Página 40

## **Capítulo 5 – Estudo do Texto Constitucional** Página 45

- 1. Divisão da Constituição** Página 45
- 2. Preâmbulo** Página 45
- 3. Art. 1º da Constituição** Página 48
- 4. Art. 2º da Constituição** Página 52
- 5. Art. 3º da Constituição** Página 52
- 6. Art. 4º da Constituição** Página 52
- 7. Teoria geral dos direitos e garantias fundamentais** Página 53
  - 7.1. Direito de Nacionalidade Página 56
  - 7.2. Direito *post mortem* Página 57
  - 7.3. Eficácia dos direitos fundamentais Página 58
  - 7.4. Direito à vida Página 59
  - 7.5. Direito à igualdade Página 66
  - 7.6. Direito à Liberdade Página 71
    - 7.6.1. Liberdade de Expressão Página 72
    - 7.6.2. Princípio da Legalidade e da Reserva Legal Página 79
    - 7.6.3. Liberdade de Crença Página 81
      - 7.6.3.1. Privação de direitos por motivo de crença Página 99
    - 7.6.4. Liberdade de atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação Página 101
    - 7.6.5. Inviolabilidade do domicílio Página 105
    - 7.6.6. Sigilo de correspondência, de dados e de comunicação telegráfica Página 108
    - 7.6.7. Liberdade de profissão Página 112
    - 7.6.8. Direito à liberdade de informação Página 115
    - 7.6.9. Liberdade de locomoção Página 116
    - 7.6.10. Direito de reunião Página 117
    - 7.6.11. Direito de associação Página 120
  - 7.7. Das provas ilegais Página 123



**DIREITO**  
**CONSTITUCIONAL** I



# Capítulo 1 – Constituição, Constitucionalismo e Teoria da Constituição

---

## 1. O nascimento da Constituição e o Direito Constitucional

Direito Constitucional é o ramo de Direito responsável pelo estudo da Constituição. Sua estrutura, suas funções, sua evolução, suas interpretações e nuances.

Antes de iniciarmos a análise da Constituição Federal, convém que entendamos o processo responsável por fixar o referido documento jurídico como sendo o ápice do Ordenamento Jurídico do Sistema Jurídico brasileiro.

Para iniciarmos, façamos uma análise histórico-evolutiva das Constituições.

### 1.1. Evolução histórica das Constituições

#### 1.1.1. Constitucionalismo

De proêmio, importante explicarmos e descrevermos o ideal jurídico que tem por meta a concentração das normas regentes de um país em um único documento: a Constituição.

O ideal a que me refiro denomina-se *Constitucionalismo*. Pedro Lenza, através de Canotilho, identifica o constitucionalismo da seguinte maneira:

“... teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação de poder com fins garantísticos.”

Ou seja, constitucionalismo é a busca da liberdade do povo e organização político-social limitadora das ações estatais, através de determinadas ações. Atualmente está intrinsecamente ligada à feitura de um documento jurídico essencial para o firmamento de tais preceitos: a *constituição*.

Pedro Lenza, ainda citando Canotilho, afirma existirem duas grandes fases do constitucionalismo europeu: *antigo* e *moderno*.

#### 1.1.2. Antiguidade

Como ficou estabelecido no texto anteriormente colacionado, o *constitucionalismo* tem por finalidade concentrar em um único documento a forma

segundo a qual se estruturará política e socialmente o país, de modo a garantir a livre ação da população, posto que limita as ações estatais perante os indivíduos.

Em outras palavras, a teoria constitucionalista, que possui caráter garantista, visa dar segurança ao povo, estabelecendo parâmetros que deverão ser observados pelo Estado. Desse modo, há previsibilidade nos atos estatais, evitando, legalmente, que haja supressão da vontade do povo, de quem emana o poder do Estado, nos moldes do *parágrafo único* do art. 1º de nossa Constituição, conforme veremos adiante.

Iniciando o estudo do *constitucionalismo* na antiguidade, há duas culturas que merecem destaque à medida que compartilham, ainda que de forma incipiente, os objetivos que seriam adotados e desenvolvidos pelo *constitucionalismo* moderno. Refiro-me aos *hebreus* e aos *gregos*.

Os *hebreus* se destacam pela denominada *Lei de Deus*. O referido código ético, cujo estabelecimento se dá através dos textos bíblicos, conferia aos chamados *profetas* poderes para limitar as ações do Estado de acordo com os critérios estabelecidos no texto sagrado.

Quanto aos *gregos*, por outro lado, nota-se o desenvolvimento da famosa *democracia direta*. O modelo, cuja execução se mostra o mais próximo da democracia teórica dentre as democracias já instaladas, garantia aos cidadãos ação pública, isto é, participação efetiva na política. Significa dizer, de certo modo, que não havia representação, mas participação efetiva dos cidadãos na política. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferras Júnior: “O cidadão exercia sua atividade própria em outro âmbito, a polis ou civitas, que constituía a esfera pública. Aí ele encontrava-se entre seus iguais, e era livre sua atividade. Esta se chamava ação. A ação compartilhava de uma das características do labor, sua fugacidade e futilidade, posto que era um contínuo sem finalidade preconcebida. Todavia, à diferença do labor, a ação significava a dignificação do homem. Igual entre iguais, o homem ao agir exercitava sua atividade em conjunto com os outros homens, igualmente cidadãos. Seu terreno era o do encontro dos homens livres que se governam.”

Desta forma, evitava-se a *demagogia*<sup>1</sup>, garantindo, teoricamente, a observância dos desejos de toda a população.

### 1.1.3. Idade Média

Mais precisamente na Inglaterra, como resposta aos atos irresponsáveis, exacerbadamente tiranos e às seguidas derrotas em batalhas (com consequentes

---

<sup>1</sup> “Do grego *demos*, povo, e *agos*, orador, aquele que comanda, dirige as multidões. Forma corrupta de governo na qual exercem o poder aqueles que, com o verbo fácil, iludem as massas mediante falsas promessas, sempre no intuito de prolongar sua permanência na condução do Estado. Aristóteles e Políbio a consideram, como não poderia deixar de ser, forma corrompida de governo, sendo que Políbio a denomina *oclocracia* (de *oclos*, multidão, e *kratos*, poder), situação em que as multidões se tornam insolentes e menosprezam as leis, implantando a irracionalidade e a insegurança” (Dicionário Jurídico Acquaviva).



perdas de terra) do rei John (João Sem-Terra), os barões e o clero redigem a chamada *Magna Carta*. Tal documento é considerado um dos primeiros atos constitucionais de toda a história, uma vez que pretendia limitar o poder do rei, especificamente acerca do seu relacionamento com tais classes, gerando, conseqüentemente, maior liberdade ao povo.

Um dos institutos mais importantes presentes em tal Carta é o, até hoje presente em nossa constituição, *Princípio do Devido Processo Legal* (*due process of law*), previsto no art. 5º, LIV e redigido em nossa Constituição e na *Magna Carta* (art. 39), respectivamente, da seguinte maneira:

**Art. 5º da Constituição Federal.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

**LIV** – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

**Art. 39 da Magna Carta de 1215.** Nenhum homem será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.

Como afirma Fábio Konder Comparato em seu artigo *Afirmção histórica dos direitos humanos*:

“O sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados. Se no início do século XIII os governados ainda não constituíam uma unidade homogênea – o povo da teoria democrática –, eles tendiam a sê-lo, por força do movimento histórico lembrado acima. Aliás, a declaração final da primeira cláusula, segundo a qual o rei e seus descendentes garantiam para sempre, a todos os homens livres do reino, as liberdades (eclesiásticas, econômicas – *no taxation without representation*, trabalhistas e civis – em relação à superação da servidão<sup>2</sup>, de fazer justiça – separação monarca-justiça e incipiente formação de júri, de propriedade privada, devido processo legal, de locomoção etc), representou o primeiro passo para a superação oficial das divisões estamentais, pois o que conta doravante é, antes de tudo, o *status libertatis*, independentemente de qualquer outra condição.”

---

<sup>2</sup> Art. 5º, II. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

#### 1.1.4. Idade Moderna

Ainda na Inglaterra, porém nos adiantando no tempo, notamos a presença de inúmeros e importantes documentos constitucionais: *Petition of Right* – 1628, *Habeas Corpus Act* – 1679, *Bill of Rights* – 1689..

Começemos pela primeira – *Petição de Direitos de 1628*.

##### 1.1.4.1. Petição de Direitos – 1628

A Petição de Direitos é o maior documento constitucional inglês que instaurou liberdades que foram anteriormente suprimidas pelo rei. A Inglaterra encontrava-se em guerra contra a Espanha – a denominada *Guerra dos Trinta Anos* – e, por esse motivo, via suas economias se esgotarem. O Parlamento, contrariando-se ao rei, recusa-se a fornecer subsídios para a continuação dos atos bélicos. Diante desta ação, o rei Carlos I aumenta exacerbadamente os impostos, prendendo aqueles que se recusassem a fazer o pagamento. Os seguintes embates exigiram medidas mais drásticas: o rei passou a alojar os guardas nas casas dos civis, instaurando em grandes partes do país a chamada *lei marcial* – adotada quando a autoridade militar toma o controle da administração ordinária da justiça.

Em resposta, a *Casa dos Comuns* preparou algumas resoluções para tal situação, dentre elas: reafirmar a validade da *Magna Carta* de 1215 e requerer a instauração do *habeas corpus*, porém tais medidas foram recusadas, fazendo com que o rei dissolvesse o parlamento. Devido a tal ação, a criação da *Petição de Direitos* seguiu, sendo escrita por *Sir Edward Coke* e, com a união das Casas dos Comuns e dos Lordes, foi assinada pelo rei Carlos em 7 de Junho de 1628.

Dentre as exigências de tal documentos se encontravam: 1) nenhum tributo pode ser imposto sem o consentimento do Parlamento; 2) nenhum súdito pode ser encarcerado sem motivo demonstrado; 3) nenhum soldado pode ser aquartelado nas casas dos cidadãos; 4) a Lei Marcial não pode ser usada em tempo de paz.

##### 1.1.4.2. Habeas Corpus Act – 1679

O Direito Inglês é caracterizado pelo sistema de *common law*, isto é, as leis são criadas nos tribunais, diferentemente do nosso ordenamento, por exemplo, configurado como *civil law*, em que as leis são anteriormente criadas e dispostas em extensos documentos jurídicos: os códigos.

Enfim, no Direito Inglês, o processo segundo o qual o direito será criado é extremamente importante. Anteriormente ao documento debatido nesse tópico, já se utilizava na Inglaterra o chamado *habeas corpus*, porém os processos realizados devido aos mandados judiciais não atendiam verdadeiramente aos direitos daqueles que o professavam. O *habeas corpus act* tinha como objetivo o endireitamento desse fator específico.

Como importante instituto do Direito Inglês, consolidou-se o brocardo *remedies precede rights*, isto é, as garantias processuais devem preceder os direitos,

em outras palavras, não se criaria o devido direito caso não se realizassem os devidos processos legais.

#### **1.1.4.3. Bill of Right – 1689**

Após a queda de Carlos II após se revelarem acordos entre este e o rei da França, Luís XIV, ambos católicos, o Parlamento, protestante, destituiu o sucessor, Jaime II que, da mesma maneira, apresentou tendências católicas indo, desta forma, contra os ideais do Parlamento.

Com a fuga de Jaime II para a França (ato conhecido como *Revolução Gloriosa*) e a coroação de Guilherme de Orange, o Parlamento instaura, mediante acordo com o novo rei, o chamado *Bill of Rights*.

Como afirma Fábio Konder Comparato:

“Promulgado exatamente um século antes da Revolução Francesa, o *Bill of Right* pôs fim, pela primeira vez, desde o seu surgimento na Europa renascentista, ao regime de monarquia absoluta, no qual todo poder emana do rei e em seu nome é exercido. A partir de 1689, na Inglaterra, os poderes de legislar e criar tributos já não são prerrogativas do monarca, mas entram na esfera de competência reservada do Parlamento. Por isso mesmo, as eleições e o exercício das funções parlamentares são cercados de garantias especiais, de modo a preservar a liberdade desse órgão político diante do chefe do Estado.”

Como afirma Paulo Gustavo Gonet Branco, no livro *Curso de Direito Constitucional*:

“O Parlamento marca o caminho para a posição de supremacia, em contrapeso à Coroa. Reafirma-se a titularidade do rei no Executivo, mas o *Bill of Rights* restringe os poderes reais, na medida em que recusa ao monarca legislar autonomamente e lhe recusa o poder de impor tributos ou convocar e manter o exército sem autorização parlamentar. O princípio da soberania do parlamento assinala ao Legislativo ‘o direito de fazer ou desfazer lei que seja; e, mais, [significa] que nenhuma pessoa ou entidade goza de reconhecimento legal para superar ou deixar de lado a legislação do parlamento.’”

#### **1.1.5. Idade Contemporânea**

##### **1.1.5.1. Parlamentarismo x Controle de Constitucionalidade**

Ainda segundo Paulo Gustavo Gonet Branco:

“A supremacia do Parlamento não se concilia com a ideia de supremacia da Constituição, o que decerto concorre para explicar o desinteresse dos revolucionários na Europa por instrumentos destinados a resguardar a incolumidade da ordem constitucional.

Não havia meio institucional de defesa da Constituição apto para controlar o respeito efetivo dos princípios dispostos na carta. A defesa da Constituição terminava por ser entregue, com algumas palavras de grandiloquência retórica, ao próprio povo.

A falta de operatividade jurídica da Constituição se devia à sobrevalorização da supremacia da lei e do Parlamento.”

O controle de constitucionalidade era feito da seguinte forma: mediante o instrumento criado na França *référé législatif*, uma vez que uma lei fosse atacada três vezes em um tribunal de cassação a mesma seria submetida à análise do próprio Legislativo, ou seja, dos mesmos indivíduos que as criaram, isto é, o Parlamento. Suas ações eram irrefutáveis, pois “representavam o povo”, não sendo possível barrar a vontade do mesmo.

Por esse motivo, nascia, principalmente na França, um ideal de liberdade. Iniciavam-se planos referentes à criação de uma instituição/ de um instrumento que estivesse acima da atual supremacia, isto é, acima do Parlamento e da lei: a *constituição*.

#### **1.1.5.2. Constitucionalismo Francês**

Como se pôde notar, na Europa prevaleceu o incômodo referente ao Executivo, à princípio, o rei, e, posteriormente, ao Legislativo, isto é, ao Parlamentarismo. Devido às referidas turbulências, começava-se a duvidar da verdadeira eficácia da repartição dos poderes mencionada por grandes pensadores como Hobbes, Locke e Montesquieu.

Na França, a sociedade era dividida em três classes distintas: 1º, 2º e 3º estados. O primeiro estado, referente à 0,5% da população, era composto pelo clero; o segundo estado, cerca de 1,5% da população, era composto pelos nobres; enquanto o terceiro estado, 98% da população, era composto pelos demais cidadãos.

O sistema político na França regia-se mediante Assembleias, de modo que cada estado possuía um voto para que se decidisse os assuntos gerais. Mediante um acordo entre o clero e a nobreza, juntamente com o rei, porém, todas as votações encerravam-se com a vitória dos dois primeiros estados, uma vez que ambos sempre votavam da mesma maneira, opostamente ao terceiro estado.

Além de tal querela, o reinado do rei, na época Luís XVI, era desastroso. Altos impostos eram designados ao terceiro estado para que os gastos dos dois demais estados fossem pagos. Luís XVI, por outro lado, apresentava um enorme saldo negativo levando em consideração as guerras nas quais entrou, deixando o país cada vez mais endividado, enquanto a nobreza e o clero praticavam a *finco* os princípios do mercantilismo próprio, o *colbertismo* – criado pelo Ministro Jean-Baptist Colbert, o qual apoiava o consumo de artigos de luxo.

Com a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, após grande pressão popular, exige-se que os votos sejam contados *per capita*. O rei, recusando-se, dissolve a mesma. Indo contra a vontade do rei, o terceiro estado permanece na Assembleia, reunindo-se na sala do *Jogo de Pela*, intimando a aceitação do rei. Cedendo à população o rei aprova tal medida.

Apesar da aceitação das medidas, não se retiram os impostos altos e demais problemas econômicos e sociais anteriormente vigentes, caracterizando o *estopim*. Em 14 de Julho 1789, a população revoltosa toma a chamada *Bastilha* – prisão política, soltando todos os presos anteriormente trancafiados por mandado do rei.

Em 4 de agosto de 1789, representando a obtenção do poder pelas mãos do povo, é proclamada a *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*.

A partir desse ponto, mais precisamente de acordo com o texto do art. 16 de tal documento, a sociedade que não tivesse constituição não teria seus direitos assegurados, nem organização estatal em que se definisse a separação de poderes:

**“Art. 16. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”**

Finalizando, segundo Pedro Lenza:

“Partindo, então, da ideia de que todo Estado deva possuir uma Constituição, avança-se no sentido de que os textos constitucionais contêm regras de limitação ao poder autoritário e de prevalência dos direitos fundamentais, afastando-se da visão opressora do antigo regime.”

Em outras palavras, que prevaleça o constitucionalismo.

### **1.1.5.3. Constitucionalismo Americano**

Nos Estados Unidos, diferentemente do continente europeu, prevaleceu a ideia concreta de uma Carta superior que regulasse todas as ações dos poderes, de modo que cada um mantivesse o mesmo poder, equilibrando-se.

Devido ao repúdio em relação ao Parlamento inglês, Casa esta que aprovou exacerbados impostos à colônia inglesa, rebelando os colonos e suscitando o espírito de independência ante a Metrópole, surge um sentimento de aversão à prevalência de um determinado poder.

A Constituição, portanto, sendo documento superior segundo a qual todas as demais leis e poderes estariam submetidos, formava-se como principal estratégia americana. O seu mecanismo mais importante desenvolvido foi o *controle de constitucionalidade* que, mediante o caso *Marbury v. Marshall*, tomou forma, prevalecendo o mecanismo *judicial review*, segundo o qual era dever e função do Judiciário a declaração de inconstitucionalidade das normas inferiores e contrárias à Constituição.

Afirma Paulo Gustavo Gonet Branco:

“O fato é que o caso (*Marbury v. Marshall*) ostenta enorme relevo para a história da afirmação da supremacia da Constituição, para a fixação do máximo valor jurídico dos textos constitucionais e para a compreensão do controle jurisdicional de constitucionalidade como mecanismo inerente a essas características da Constituição.

O caso *Marbury v. Marshall* reclama superioridade para o Judiciário, argumentando, essencialmente, com a ideia de que a Constituição é uma lei, e que a essência da Constituição é ser um documento fundamental e vinculante. Desenvolve a tese de que interpretar as leis insere-se no âmbito das tarefas próprias do Judiciário. Em caso de conflito entre dois diplomas, o juiz deve escolher, segundo a técnica aplicável, aquele que haverá de reger a situação levada a julgamento. Cabe, por isso, ao Judiciário, diante da hipótese de conflito entre uma lei infraconstitucional e a Constituição, aplicar essa última e desprezar a primeira. Afinal, como todos os Poderes Públicos devem se sujeitar à Constituição, e uma vez que incumbe ao Judiciário a tarefa de interpretar em derradeira instância a Constituição, os atos dos demais Poderes podem ser anulados por decisão do Judiciário, na qualidade de intérprete máximo da Constituição.”

Portanto, resumindo, os EUA fixaram três princípios importantes:

- a) A Constituição é concebida para ser a lei principal do país;
- b) Cabe ao Judiciário a função de interpretar e aplicar a Constituição nos casos trazidos à sua apreciação, podendo recusar valia ao ato que infringe a Constituição;
- c) A interpretação judicial é final e prepondera sobre a avaliação dos demais Poderes.

#### 1.1.6. Neoconstitucionalismo

Como podemos ver, a supremacia e construção das bases constitucionais foi um processo que se estendeu por vários séculos, vencendo a supremacia do Parlamento e visando a **limitação dos poderes**, não sendo, portanto, um modelo pronto.

Como afirma Barroso:

“... antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de *supremacia do Poder Legislativo*, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

(...)

...as especificidades das normas constitucionais (...) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos de aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da *supremacia da*

*Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do poder público, o da interpretação conforme a constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.”*

Atualmente a Constituição é o documento jurídico mais importante e fundamental para o bom funcionamento do Estado. Caracteriza-se *pela absorção de valores morais e políticos, sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis*. É na constituição que se encontram os valores morais, éticos e políticos de uma sociedade, sendo a Carta, assim, de caráter *axiológico*.

Segundo Walber de Moura Agra, a Constituição é responsável pelo(a):

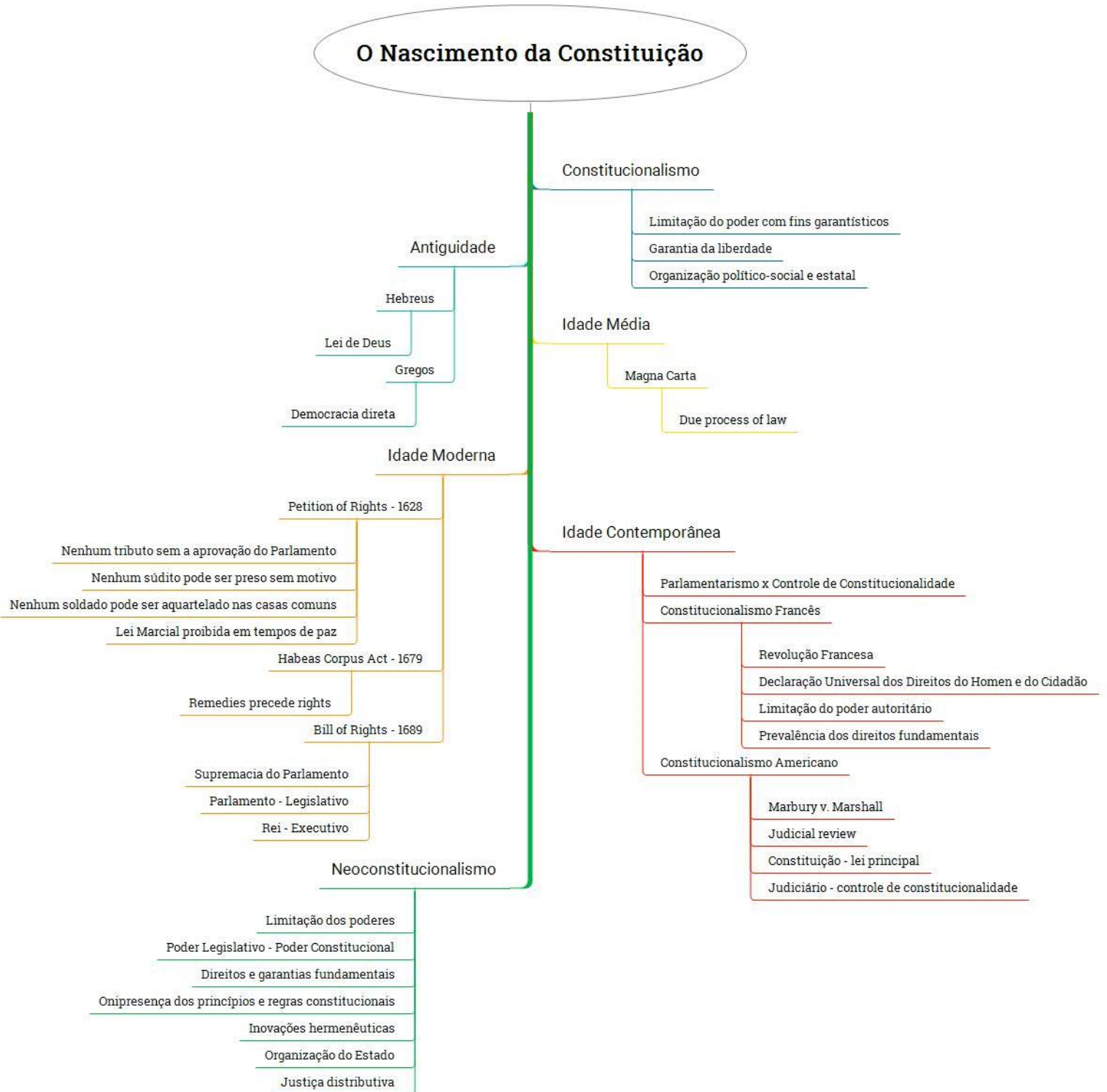
- a) Positivação e concretização de um catálogo de direitos e garantias fundamentais;
- b) Onipresença dos princípios e das regras;
- c) Inovações hermenêuticas;
- d) Densificação da força normativa do Estado (organização estatal);
- e) Desenvolvimento da justiça distributiva.

Por esse motivo, sendo a constituição a *última voz* e estabelecendo as regras e modelos segundo os quais a sociedade deve viver, há quem diga ser a constituição antagonista da democracia. Uma vez que as regras estão estabelecidas na Constituição, sendo tudo contrário a ela inconstitucional e, automaticamente, inválido, os modelos criados pelos grupos democráticos acabam sendo suprimidos.

Por esse motivo, nascem os chamados *juízes constitucionais* que, mediante a resolução de casos, utilizam da *hermenêutica jurídica* para aplicarem normas já obsoletas a casos atuais, encobertando ações equivocadas ou omissões do legislador.

Mais recentemente, porém, sendo conhecido tal movimento como *novo constitucionalismo latino-americano*, inicia-se um movimento capaz de suprimir as diferentes opiniões formuladas pelos diferentes grupos democráticos. É o chamado *Estado plurinacional*, segundo o qual são princípios constitucionais o *direito à diversidade cultural e à identidade*, proporcionando a revisão de conceitos como a *legitimidade e a participação popular*.

### 1.1.7. Sistematizando





## 2. Conceito de Constituição

Constituição vem do latim *constituere* (aquilo que constitui, cria).

**“É o intuito que a palavra constituição traz em si uma ideia de estrutura, de como se organiza” – Luiz Alberto e Vidal Serrano**

**“É a lei fundamental do Estado” – José Afonso da Silva**

O conceito de Constituição, para nós, configura-se em dois elementos. A Constituição, atualmente, configura-se como se fosse uma moeda, em que em uma das faces encontrar-se-ia o *caráter político/ substancial/ material*, enquanto na face oposta estaria o *caráter jurídico/ formal*.



### 2.1. Caráter Político/ Substancial

Como uma visão geral e já consolidada do caráter político da constituição, a mesma tem como objetivo, basicamente, organizar o Estado e seus principais órgãos, fixando suas competências e suas hierarquias, as normas que regulam os poderes de tais órgãos e, desta forma, limitando-os, para que prevaleça a *autodeterminação* dos indivíduos e grupos que compõem o Estado, o estabelecimento dos princípios e garantias etc.

Tal visão, porém, vem se tornando cada vez mais distante, apesar de ser, de fato, uma função da Constituição. Com a aparição da, denominada por *Konrad Hesse*, *sociedade pluralista*, o Estado passa a atuar no controle das desigualdades socioeconômicas, visando o ideal da *integração nacional*. Como diz Paulo Gustavo Gonet Branco, o *Estado de Direito descobriu que lhe é essencial a busca da justiça social*. Devido à diversidade percebida na sociedade, vários estilos de vida e necessidades distintas surgiram, cabendo à Constituição o respeito para com todas as variantes.

Ou seja, a Constituição tem como objetivo a organização do Estado, bem como a manutenção do bem-estar social e da digna e boa convivência entre os cidadãos.

Convém destacarmos a Constituição como sendo o reflexo dos desejos, costumes e virtudes de uma sociedade em uma determinada época. Sendo a expressão da vontade política de um povo, estabelecemos em seu texto a sua forma, nossos erros e acertos, nossas características, sejam elas de caráter macro, como no caso da Constituição Brasileira, o sistema presidencialista, republicano, o tipo de eleição, o pluralismo político, a organização dos Poderes que compõem o Estado, sejam elas de caráter micro e, portanto, mais específicas, como o folclore nacional, os índios nativos, a floresta amazônica, a população quilombola, a reforma agrária, entre outros.

Portanto, cada povo tem a Constituição que quer/ escolheu/ construiu, pois a mesma caracteriza-se como sendo uma decisão política da sociedade, sendo todas diferentes e específicas de cada povo que a criou. Uma Constituição não pode ser um *cardápio prêt-à-porter*, isto é, pronto para usar, pois se refere a uma construção específica, *de baixo para cima*, ou seja, levando em consideração os costumes e desejos da sociedade, sendo estes incorporados pelas demais áreas do Estado – *para que uma constituição seja efetiva, ela deve nascer do povo*.

No Brasil, especificamente, olhando para o passado, tem-se inúmeras Constituições nominadas *outorgadas*, isto é, que foram compostas sem a participação do povo, não condizendo, logicamente, com os desejos e necessidades do nosso povo. Nossa última e atual Constituição, *promulgada* em 1988, por ser gerada em um período turbulento pós-ditadura militar, em que não havia liberdade, teve participação efetiva do povo na *Assembleia Nacional Constituinte*, representando, portanto, o conjunto de interesses políticos da nossa sociedade.

Sistematizemos, portanto, as funções políticas da constituição.

Segundo o art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: *Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*.

Iremos mais além.

Modernamente, são três os elementos essenciais das Constituições: *organização do Estado, limitação do poder político e o estabelecimento de direitos e garantias*.

**Organização do Estado.** Caracteriza-se pela divisão do Estado em funções para o seu melhor funcionamento. Busca-se, desta forma, definir como será a estrutura do Estado, bem como estarão dispostos os poderes (*Legislativo, Judiciário e Executivo*) e suas competências.

A Constituição deve descrever como o Estado será, bem como funcionará, sendo dever do legislador a consulta popular.

Por exemplo, como afirma o art. 1º da nossa Constituição:

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

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político.

**Parágrafo único.** Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

**Limitação do Poder Político.** Caracteriza-se por regras que controlem as ações políticas do governante, bem como dos poderes do Estado. Tais regras tem como objetivo *frear* as ações privadas do governante, impedindo que se instaure o poder absoluto.

A Constituição, portanto, não pode ser um veículo que dê validade às ações tiranas do governante, pelo contrário.

Podemos citar como exemplo de limitação do poder político a própria divisão harmônica e equitativa dos poderes, sendo eles o *Executivo*, *Legislativo* e *Judiciário*; as garantias de que o Estado não violará os direitos fundamentais dos cidadãos; os concursos públicos, possibilitando o ingresso dos cidadãos no poder público; as licitações etc.

**Estabelecer Direitos e Garantias.** São regras que garantem o bem-estar dos cidadãos, como o *direito ao acesso à internet*; o *direito ao recebimento de nome*; o *direito à manipulação genética* etc.

## 2.2. Caráter Jurídico

Por outro lado, a Constituição configura-se como sendo de natureza jurídica, ou seja, é uma lei. Isto é, em sentido formal, a Constituição é o documento escrito solene que fixa a mesma como sendo a principal norma do ordenamento jurídico. Apresenta criação própria, podendo esta ser confeccionada somente a partir de um poder constituinte específico, bem como suas normas somente serão válidas se estiverem de acordo com as fontes constitucionais ou processos referentes à validação de normas dessa natureza.

Como afirma *Herman Heller*, “uma constituição é a certidão jurídica de nascimento de um Estado”. É o documento jurídico que dá existência ao Estado, portanto.

## 2.3. Sentidos da Constituição

São três os sentidos principais segundo os quais a Constituição é ou já foi representada: o sentido sociológico, político e jurídico.

### 2.3.1. Sentido Sociológico

Tal sentido foi designado por Ferdinand Lassale, afirmando ser a constituição *a soma dos fatores reais de poder que coexistem numa sociedade, incluindo os interesses e grupos que estão em condições fáticas de impor a sua vontade.*

A constituição é integrada por elementos sociais de relevante valor, como os estudantes, os advogados etc. Quando uma constituição não traz esse conjunto de poderes, ela não servirá, como diz Lassale, representará *uma folha de papel em branco.*

A Constituição ideal é aquela em que esses fatores de poder estão positivados no texto constitucional. Contudo, se houver divergência entre a constituição e a vida, escolha a vida, pois a constituição deve mirar nesta.

### 2.3.2. Sentido Político

Esse sentido é defendido por *Karl Schmitt*. Segundo ele a Constituição é *a decisão política fundamental, dada por um líder*. Podemos ver, inicialmente, que Karl não concorda com a prevalência de poderes específicos e suas influências na Constituição, mas, sim, apenas na capacidade de comando do líder designado. Segundo o pensador, o povo comete erros, logo não podemos deixar a feitura da Constituição na mão dele, segundo a vontade dos cidadãos. Se a Constituição for feita pelo povo, resultará em um trabalho horrível, longe das reais necessidades da sociedade.

O líder, porém, analisará de forma racional as necessidades do povo, selecionando as prioridades na confecção de uma Constituição ideal, por isso tal documento é uma *decisão* do líder para que a sociedade tenha um bom direcionamento.

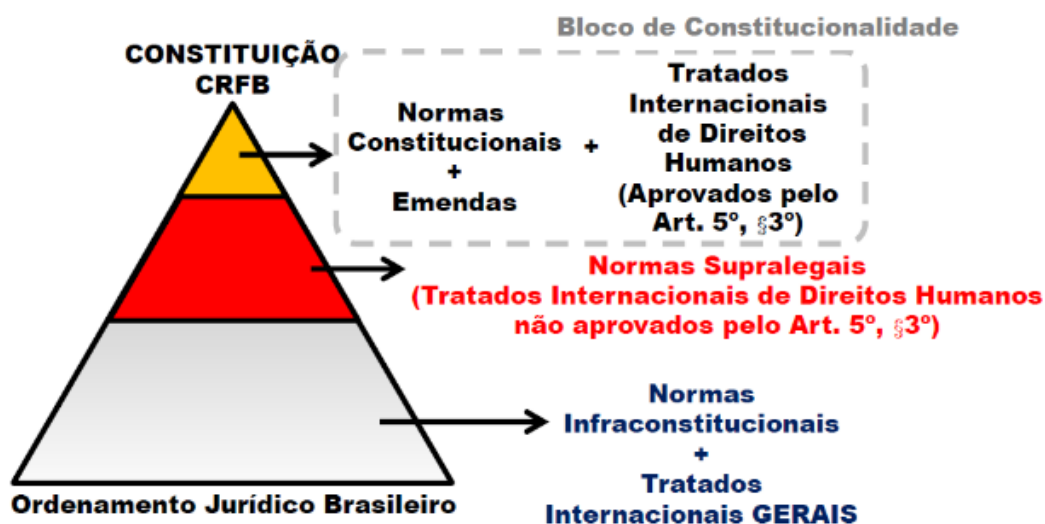
Convém comentarmos que tal sentido constitucional foi mal utilizado pelos partidos extremistas, como o fascismo e o nazismo no século XX, causadores da II Guerra Mundial.

### 2.3.3. Sentido Jurídico

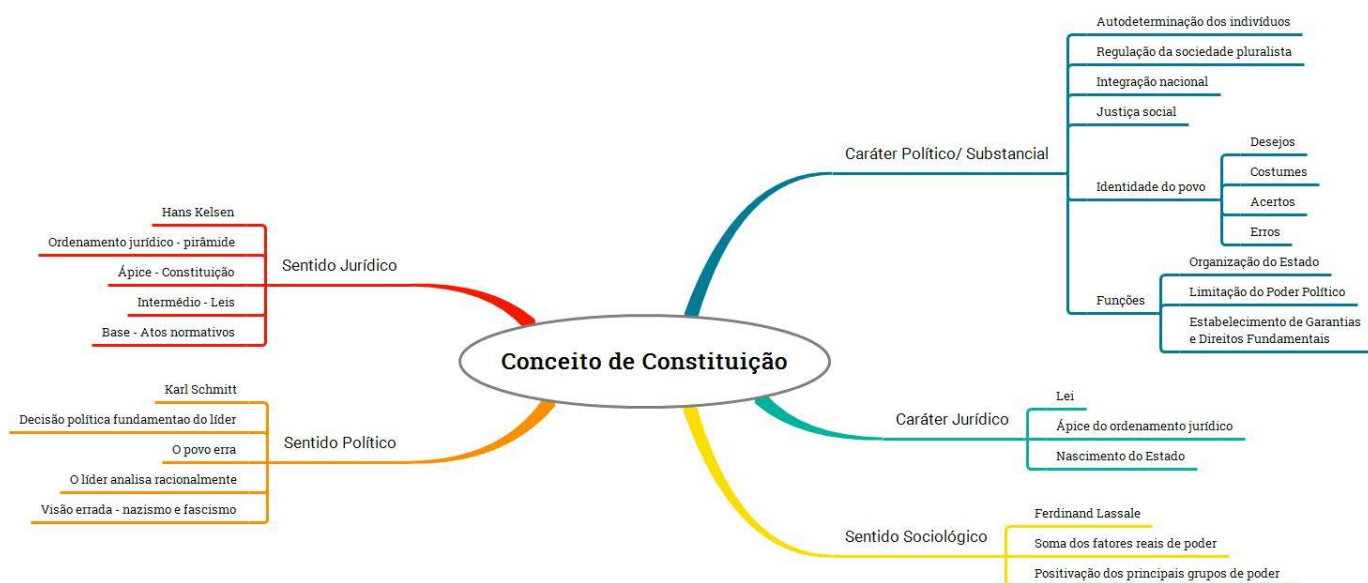
Esse sentido é o mais aceito e, portanto, tradicional em relação à Constituição. Defendida por *Hans Kelsen*, o jusfilósofo afirma que se deve pensar o ordenamento jurídico como uma pirâmide, estando em seu ápice a norma principal, mais importante. A medida que se aproximam do ápice, ganham importância as normas. Em sua base, diz o autor, encontram-se os chamados *atos normativos*, as pequenas normas, como as *portarias, regulamentos, instruções normativas* etc; no segundo patamar se encontram as *leis*, conjunto de normas mais gerais que existem, como o Código Civil, o Código Penal, a Lei de Tóxicos, A Lei do Bem de Família etc; no próximo patamar e mais alto, encontrar-se-ia a *Constituição*, norma jurídica que se encontra acima de quaisquer normas existentes no ordenamento jurídico.

Ou seja, não existe nada acima da Constituição no ordenamento jurídico. É o documento com maior juridicidade. Esta norma não está somente no topo da pirâmide, ela “*manda*” nas outras normas. É a norma líder, determinando como as outras normas devem se comportar. Todas as leis devem se adequar a ela, não podendo haver *contraditoriedade* entre as normas menores e a Constituição, pois a última organiza todo o ordenamento jurídico, buscando um padrão único para as demais. Segundo palavras de Norberto Bobbio, a Constituição traz *coerência* ao ordenamento jurídico.

Assim, uma vez que a Constituição se altere, mesmo sendo um pequeno trecho, todas as demais normas devem se adequar a determinada mudança. As normas que permanecerem presentes e inalteradas no ordenamento jurídico, mesmo que ocorra uma alteração na constituição, serão inválidas/ expulsas, passando pelo chamado, e já visto acima, *controle de constitucionalidade*.



#### 2.3.4. Sistematizando



### 3. Classificação das Constituições

#### 3.1. Quanto à Forma e Origem

Há vários tipos de classificações das Constituições, porém nos ateremos, agora, a duas classificações específicas: *quanto à forma* e *quanto à origem*.

**Quanto à origem.** Tal classificação demonstra o modo como se publica/ nasce a Constituição, podendo ser: *promulgada*, *outorgada* ou *cesarista/ bonapartista*.

Como afirma Paulo Gustavo Gonet Branco:

“Conforme sua origem, distinguem-se as constituições em outorgadas e promulgadas, conforme tenha havido, ou não, participação do povo no seu processo de elaboração – mais frequentemente por meio de representantes populares eleitos para a tarefa.”

**Constituição promulgada.** Dentre as classificações citadas acima, caracteriza-se pela participação popular na feitura de tal documento jurídico. Nelas o povo participa ativamente, seja por votação mediante o uso de representantes, seja por meio de votos (referendo), definindo o conteúdo da mesma. Tais Constituições são aconselhadas pela ONU, pois atendem, normalmente, aos interesses do povo, sendo feitas, logicamente, do povo para o povo. Conhecidas, também, como Constituição Cidadã ou Democrática. Nasceram, como o já mencionado modo correto, de baixo para cima.

**Constituição outorgada.** São, ao contrário, aquelas cuja feitura não apresenta participação da população, representando, assim, a vontade e os desejos do governante daquele tempo. Não possuem, portanto, caráter popular. Conhecidas, também, como Constituição de Gabinete ou Constituição Palaciana. São Constituições que, normalmente, apresentam caráter arbitrário/ autoritário/ ditatorial. Nasceram de cima para baixo.

**Constituições Cesaristas/ Bonapartistas.** Estas são consideradas mistas, uma vez que são criadas exclusivamente pelos governantes, passando, posteriormente, por votação da população (referendo). Chamam-se *cesaristas* e *bonapartistas*, pois foram utilizadas por César, em Roma, e por Napoleão Bonaparte, na França.

Façamos, agora, uma análise das Constituições Brasileiras:

ANO DA PUBLICAÇÃO	QUANTO À ORIGEM
1824	Outorgada
1891	Promulgada
1934	Promulgada
1937	Outorgada
1946	Promulgada
1967	Outorgada
1988	Promulgada

Tem-se o costume entre os doutrinadores de diferirem quanto à nomenclatura das Constituições outorgadas e promulgadas. As promulgadas são normalmente chamadas de Constituição, enquanto as outorgadas são referidas como *Cartas*.

**Quanto à forma.** Refere-se à maneira segundo a qual se dispõe a Constituição, podendo ser: *escrito e não escrita*.

**Constituições escritas.** Tais Constituições se reduzem a um único texto, partindo de um Poder Constituinte Originário, podendo ser alterada somente através do Poder Constituinte de Reforma. É a Constituição mais comum, portanto, tradicional. Alguns doutrinadores referem-se a ela como *dogmática/instrumental/material/sistemática*.

Cabe salientar que o Brasil somente possui Constituições escritas.

**Constituições não escritas.** Não se encontram concentradas em um único texto, sendo esparsas no sistema jurídico. Três são os elementos que compõem tais Constituições:

1. **Normas esparsas.** A Constituição passa a ser a somatória de todas as leis que, por sua importância e conteúdo, tenham caráter Constitucional. Como dito anteriormente, as leis Constitucionais devem limitar e organizar o Estado, bem como ficar as garantias e liberdades fundamentais;
2. **Decisões judiciais de alta relevância em um país.** A conhecida jurisprudência constitucional, mediante os julgamentos da Corte Constitucional (exemplo inglês). Baseado no brocardo *stare decisis*, isto é, *ficar com as coisas decididas* – utilizada no direito para se referir à doutrina segundo a qual as decisões de um órgão judicial criam precedente e vinculam as que vão ser emitidas no futuro –, e do termo *binding precedente*, ou seja, precedentes vinculativos;
3. **Costumes fortemente consolidados no tempo.** Caracterizam-se elementos constitucionais, uma vez que respeitem três elementos: (1) *oralidade*, (2) *uso continuado* – repetição uniforme e constante, (3) *consciência jurídica* – convicção obrigacional diante da sociedade, gerando, também, direitos.

Como exemplo das Constituições não escritas, podemos citar a já referida Constituição Inglesa, de origem da *common law*.

Alguns doutrinadores, por último, defendem a nomenclatura *Constituição costumeira* ou *histórica*, uma vez que sempre há trechos escritos considerados constitucionais.

### 3.2. Quanto à Flexibilidade

Refere-se ao procedimento necessário para a alteração do Texto Constitucional, ou seja, a sua durabilidade. São espécies: *imutável, rígida, flexível* ou *semirrígida/semiflexível*.

**Constituição imutável.** É estruturada no brocardo *verba volant, scripta manent*, isto é, as palavras voam, mas a escrita permanece. São Constituições que mantêm um único texto constitucional, não o alterando em nenhum momento. São características das sociedades antigas. Por exemplo, o Código de Hamurabi, talhado na pedra; a Lei das Doze Tábuas (*lex tabularum*), em Roma; e os Dez Mandamentos. Seguindo a filosofia de Zigmund Bauman, entende-se as leis Constitucionais como sendo líquidas, ou seja, é necessário que se atualize as mesmas, acompanhando as alterações ocorridas na sociedade.

**Constituição rígida/ dura.** São as Constituições cujo processo de alteração é extremamente dificultoso. Normalmente, necessita-se de um grande número de parlamentares, fixando, segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, a supremacia da Constituição e diferenciando-a das demais leis. No Brasil, por exemplo, é necessário que se aprove a Emenda Constitucional por 3/5 dos votos por duas vezes, nas duas Casas Legislativas. No nosso caso, também, não se alterará a Constituição em determinados casos, como afirma o art. 60, §1º, CF (estado de sítio, estado de defesa e intervenção federal). Há doutrinadores que defendem estarem estas Constituições defendendo-se do próprio povo, uma vez que o mesmo, sendo a alteração de simples procedimento, incorporaria e extrairia da Constituição qualquer matéria que lhe convir, perdendo esta o caráter Constitucional e supremo.

**Constituição flexível/ plástica.** São Constituições cuja alteração de seu Texto é extremamente simples, não sendo necessário, como no caso anterior, especificação de critérios. Por exemplo, a alteração da constituição através da *maioria simples*, isto é, através de 50% + 1 dos votos dos parlamentares presentes na sessão. Podemos citar como exemplo a Constituição Suíça. Há doutrinadores que afirmam ser as sociedades possuidoras de tais Constituições extremamente confiáveis, uma vez que as alterações constitucionais somente ocorrem realmente diante de uma necessidade constitucional, não havendo, portanto, sua alteração banalizada.

**Constituição semirrígida/ semiflexível.** São Constituições que apresentam as duas características anteriormente citadas em um único período de tempo. Entende-se determinadas matérias Constitucionais como sendo rígidas, enquanto se entende outras como sendo flexíveis. Convém esclarecer que quando há tal condição, sempre se especifica quais são as matérias determinadas. É normal que Direitos Fundamentais, Organização do Estado, Soberania, Competência do Judiciário, Direitos Previdenciários etc, ou seja, matérias constitucionais de fato, sejam consideradas de natureza rígida, sendo a sua alteração dificultosa; enquanto assuntos de menor relevância, e apenas forma constitucional, possuem alteração mais simples. Podemos citar como exemplo a Constituição Brasileira de 1924.

É importante que citemos alguns outros tipos de Constituição quanto à flexibilidade, quais sejam: *transitoriamente imutável*, *super rígida* e *transitoriamente flexível*.



**Constituição transitoriamente imutável.** São Constituições que, no momento inicial de sua publicação, seriam imutáveis. Tal característica visa a incorporação de suas regras às ações da sociedade, adequando-as. Podemos citar como exemplo a Constituição Brasileira de 1924.

**Constituição super rígida.** Teoria defendida por Alexandre de Moraes. Afirma o Ministro ser o caso da nossa Constituição, pois além do processo extremamente dificultoso de alteração de seu texto, existem, ainda, as chamadas *cláusulas pétreas* cuja matéria não poderá ser retirada do Texto Constitucional.

**Constituição transitoriamente flexível.** Teoria defendida por Uadi Lâmega Bulos. Afirma que em um determinado período, normalmente logo após sua publicação, possuiria o caráter flexível, servindo este como margem para possíveis e necessárias alterações anteriores à rígida implementação do Texto. O único exemplo para tal elemento é a Constituição Irlandesa de 1937.

### 3.3. Quanto à Extensão

Refere-se, como dia o nome, ao tamanho do Texto Constitucional, possuindo duas espécies, quais sejam: *constituição sintética* e *constituição analítica*.

**Constituição sintética.** São as Constituições curtas, com o Texto curto, pequeno, breve, sucinto, enxuto. Tais Constituições têm como objetivo serem principiológicas, apresentando frases curtas, porém com um alto potencial valorativo e axiológico. Nestes casos, a jurisprudência torna-se extremamente ampla, especificando a aplicação do Texto Constitucional. Podemos citar como exemplo a Constituição Americana, possuindo apenas sete artigos e 27 emendas.

**Constituição analítica.** Ao contrário da anterior, são Constituições que apresentam um extenso Texto. É exemplo a Constituição do Brasil, possuindo 250 artigos e, hoje, 99 Emendas Constitucionais. Nossa Constituição, por exemplo, apresenta tal extensão, uma vez que possui herança Romano-Germânica e é posterior a um período de Ditadura Militar, em que as ordens pessoais valiam mais que as próprias leis. Intencionou-se, portanto, a criação de uma Constituição forte e completa, suprimindo tais acontecimentos.

### 3.4. Quanto à Efetividade/ Eficácia

Tal classificação é teorizada por Karl Loewenstein, sendo elementos: *constituição normativa*, *constituição semântica* e *constituição nominalista*.

**Constituição normativa.** São Constituições cujo texto é compatível com aquela sociedade. Como fez Loewenstein, *a Constituição cai como uma luva para a sociedade*. O Texto Constitucional assemelha-se ao pensamento/ ações da sociedade. É, talvez, o modelo constitucional ideal.

**Constituição semântica.** São Constituições literais, assegurando em seu Texto o interesse de determinadas elites sociais, não sendo o povo totalmente representado. Serve para legitimar, portanto, a dominação de uma determinada elite

sobre o resto do povo, segundo uma visão Marxista. Como diz Paulo Gonet, *seria a formalização do poder de quem o detém no momento. Não tenciona limitá-lo, mas mantê-lo, mesmo que professe “uma adesão de boca aos princípios do constitucionalismo.”*

**Constituição nominalista/ garantista/ estatutária.** São Constituição que traçam regras muito desenvolvidas para o estágio de desenvolvimento de uma determinada sociedade, havendo um deslocamento entre a vida e a lei, fazendo a Constituição parecer utópica. Segundo Loewenstein, *a Constituição é como uma roupa de adulto para uma criança.* Por exemplo, a Constituição Afegã apresenta em seu Texto que homens e mulheres são iguais perante a lei. Segundo Paulo Gonet Branco, *são formalmente válidas, mas ainda não tiveram alguns dos seus preceitos “ativados na prática real. Na visão de Loewenstein, nesses casos, “a situação real não permite a transformação das normas constitucionais em realidade política”, mas ainda “se pode esperar que, com o tempo, normas que até agora somente possuíam validade nominal tornar-se-ão, também, normativas”.*

Por último, convém que citeamos uma definição de J. J. Canotilho.

**Constituição Programática/ Dirigente.** São Constituição que conduzem a sociedade para um caminho de desenvolvimento. Por exemplo, estabelecer a igualdade entre homens e mulheres objetivando a incorporação de tal princípio nas ações da própria sociedade. É uma visão positivista acerca das Constituições Nominalistas.

### 3.5. Quanto à integração da cultura

**Constituição culturalista.** Protege as mais diversas manifestações culturais de um determinado povo. Em seu texto, incorporam-se vários elementos da cultura de uma sociedade, como a *língua, artes, danças, música, festas populares e crenças religiosas.* Assim, a constituição é o espelho real das manifestações culturais dos indivíduos. Promove uma constituição específica quanto aos costumes, sendo extremamente fácil identificar qual é a origem daquele documento jurídico.

No Brasil, por exemplo, temos uma constituição culturalista, elegendo esta nossa língua, nossas seitas, clãs, religiões, danças regionais, festas específicas etc.

A nossa primeira Constituição, por exemplo, de 1824, proibia qualquer manifestação de culto que fosse realizada a céu aberto, adotando como religião oficial o Catolicismo Apostólico Romano, não sendo, claramente, uma constituição cultural, visto que determinadas ações culturais não eram protegidas pela Carta Magna.

### 3.6. Quanto à Forma/ Matéria

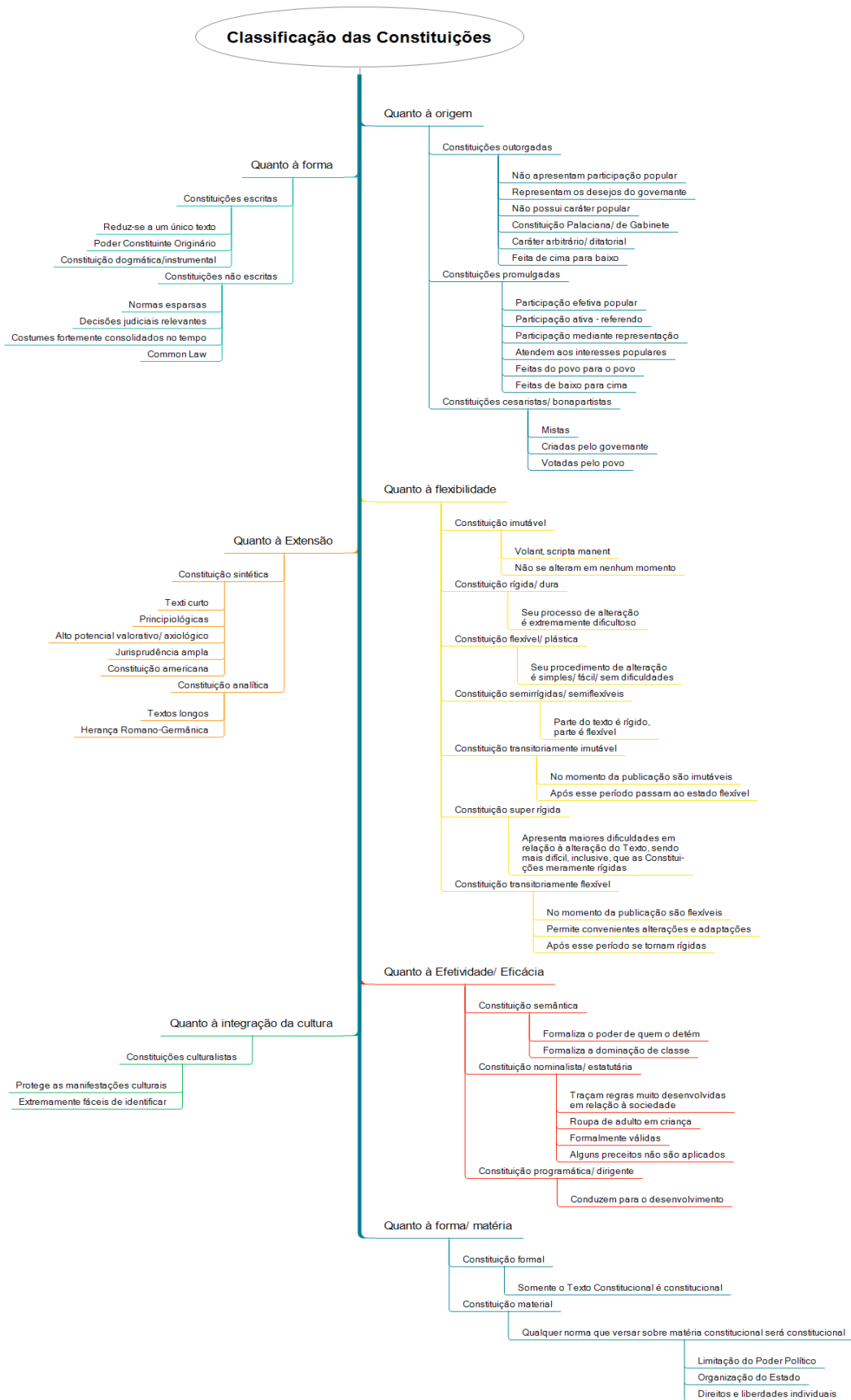
São dois os tipos de Constituição nesse tópico: *constituição formal e constituição material.*

**Constituição formal.** São constituições que somente consideram constitucionais as normas encontradas no Texto Constitucional. Isto é, mesmo que uma norma preveja um conteúdo referente à Constituição, ou seja, referente à organização do Estado, limitação do Poder Político ou aos direitos e garantias individuais, uma vez que se encontre fora do Texto Constitucional, não será considerada constitucional. Cabe salientar que não devemos confundir caráter formalmente constitucional com a validade da norma de acordo com o entendimento da Constituição. A norma que se encontra fora da Constituição será válida, porém não se considerará constitucional (formalmente).

**Constituição material.** Considera-se constitucional toda e qualquer norma que disponha sobre matéria constitucional, isto é, limitação do Poder Político, organização do Estado e direitos e garantias individuais, mesmo que não se encontre no Texto Constitucional. Desta forma, haverá normas que, apesar da formalidade constitucional, ou seja, apesar de estarem presentes no texto constitucional, não versarão sobre conteúdo constitucional, não sendo consideradas, portanto, materialmente constitucionais. Podemos citar um exemplo na nossa própria Constituição: **Art. 54, CF.** *Os seringueiros recrutados nos termos do Decreto-Lei n. 5.813, de 14 de setembro de 1943, e amparados pelo Decreto-Lei n. 9.882, de 16 de setembro de 1946, receberão, quando carentes, pensão mensal vitalícia no valor de dois salários mínimos.*”

**Quanto à Constituição Brasileira.** Inicialmente, sem dúvidas aparentes, considera-se a nossa Constituição como sendo formal, pois somente se consideram constitucionais as matérias previstas no Texto Constitucional. Porém, a partir da aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004, nomeada *Reforma do Judiciário*, alterou-se o art. 5º, adicionando a ele o §3º cujo texto prevê: *“Os tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”*. Isto é, os tratados internacionais de direitos humanos, desde que aprovados pelo *quórum* do §3º do art. 5º da Constituição Federal, terão peso Constitucional, ou seja, a partir de tal Emenda, nossa Constituição passou a considerar como sendo constitucional textos que não se encontram literalmente em seu Texto, classificando-se, portanto, como *Constituição Material*, atualmente.

### 3.7. Sistematizando



# Capítulo 2 – Poder Constituinte

---

## 1. Conceito

Basicamente, Poder Constituinte é a capacidade de criar ou de alterar a ordem jurídica do Estado, através das Constituições.

Segundo Carl Schmitt, o poder constituinte *é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e a forma da própria existência política, determinando, assim, a existência da unidade política como um todo*. Ou seja, o poder constituinte é uma vontade política dotada de força capaz de decretar o modo e a forma como a própria política funcionará.

O pensador afirma, ainda, não se vincular o poder constituinte a ideologias ou princípios norteadores deste ou daquele regime político. **Desde que o povo seja capaz de organizar o Estado e exercer o governo, soberanamente, é ele o titular do poder constituinte**. É ele, portanto, que tem a responsabilidade, o dever e o direito de construir e promover as alterações da Constituição. Segundo ele, soberania é a causa eficiente, enquanto a Constituição é a causa instrumental do Poder Constituinte.

Como diz o art. 1º, parágrafo único da Constituição:

**Art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal.** Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Michel Temer indaga, porém, quem é o povo, relacionando-os ao disposto no art. 12, do mesmo documento:

**Art. 12, CF.** São brasileiros:

I – natos:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
- c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

II – naturalizados:

- a) 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;
- b) 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.

§1º. Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.

[...]

Segundo Seyès, o povo é *um grupo de homens que se delimita e se reúne politicamente, que é consciente em si mesmo como magnitude política e que entra na história atuando como tal.*

**Como o povo exerce o poder constituinte.** Tal assunto é previsto no art. 14, CF:

**Art. 14, CF.** 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.

[...]

**Plebiscito.** Consulta *prévia* que se faz ao povo, a respeito da tomada ou não de medida de seu interesse.

**Referendo.** Manifestação direta da cidadania a respeito de medida *já tomada* pelo governo.

**Iniciativa.** Instituto de direito público por meio do qual os cidadãos têm participação *direta* na iniciativa da elaboração das leis. Afirma o art. 61, CF:

**Art. 61, CF.** A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos **cidadãos**, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

Afirma a Lei 9.709/98 em seu art. 13:

**Art. 13, da Lei 9.709/98.** 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.

§1º. O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto.

§2º. O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação.

**Titularidade do poder constituinte ≠ Exercício do poder constituinte.** Apesar de, segundo a **teoria da continuidade do poder constituinte**, o povo não perder a titularidade do poder constituinte com a publicação de uma nova Constituição, não sendo possível, inclusive, a *transferência* do mesmo poder, não é propriedade do povo o *exercício* de tal poder. Tal exercício é tarefa da Assembleia Nacional Constituinte. Deputados e Senadores eleitos com a exclusiva intenção de criar o Texto Constitucional.

Nesta relação pode ocorrer, contudo, a chamada **crise de responsabilidade**, ou seja, quando os representantes não fazem, efetivamente, o que o povo deseja, sendo possível tomar duas medidas:

- 1) Votar em candidatos distintos na próxima eleição;
- 2) Revoltar-se, apoiando a derrubada do poder, porém, como diz Sérgio Buarque de Holanda em *Raízes do Brasil*, o brasileiro é um *homem cordial*.

**Teoria do poder constituinte usurpado.** Tal fato ocorre uma vez que a Constituição seja alterada sem a participação popular, não se observando, portanto, o poder constituinte. É tirado, de maneira ilegítima, tal poder do povo. Este elemento é comumente visualizado nas Constituições Outorgadas (Cartas Políticas), não merecendo o respeito popular, sendo elas desprovidas de legitimidade e validade.

## 2. Tipos de poderes constituintes

São dois os poderes constituintes: *poder constituinte originário* e *poder constituinte de reforma*.

### 2.1. Poder Constituinte Originário

**Conceito.** Segundo Emanuel de Sieyès, *a Constituição é produto do poder constituinte originário, que gera e organiza os poderes do Estado (os poderes constituídos), sendo, até por isso, superior a eles*. Sieyès visava a criação de um modo de legitimação do poder, não sendo vinculado este ao direito preexistente, *mas à nação*, como força que cria a ordem primeira da sociedade. Poder Constituinte Originário, portanto, partindo do povo, é aquele que tem como função a criação de novas Constituições, trazendo ordem à sociedade. O poder constituinte originário é também denominado poder constituinte de 1º grau.

**Categorias.** São dois os tipos de *poder constituinte originário*: *histórico* e *revolucionário*.

**Poder constituinte histórico.** É o poder referente à criação da primeira constituição de um país. Somente ocorre tal manifestação uma vez, sendo todas as demais referentes ao elemento *revolucionário*. Há alguns doutrinadores que entendem ser a constituição de 1891 a primeira, por ser de caráter republicano, porém a maioria segue o entendimento de ser a primeira a Constituição de 1824.

**Poder constituinte revolucionário.** Poder de criação das Constituições posteriores à primeira.

**Características do poder constituinte.** Analisemos a **teoria clássica**. Segundo Emanuel de Seyès, são três quatro as características do poder constituinte: *inicial, ilimitado/ autônomo e incondicionado*.

**Inicial.** *Está na origem do ordenamento jurídico.* Ponto inicial do Direito, instaurando uma nova ordem jurídica.

**Ilimitado/ autônomo.** Não se inclui em nenhuma outra ordem jurídica e, portanto, não é objeto de nenhuma. O Direito anterior a ele não o alcança. É chamado por alguns doutrinadores de *onipotente*.

**Incondicionado.** Não o atingindo a ordem jurídica anterior, pode, em tese, decidir o que lhe convir.

Os constitucionalistas modernos, porém, não seguem tal teoria, alegando ser inconveniente por três motivos: *existência de tratados internacionais, respeito às crenças do povo e princípio da vedação ao retrocesso*.

**Existência de tratados internacionais.** Os tratados internacionais ratificados pelos países deverão ser respeitados na criação da nova Constituição. Seu não respeito fará com que o país perca confiança internacional, além de poder ser condenado internacionalmente pelo não cumprimento. À título de exemplo, podemos citar a Venezuela e sua atual crise.

**Respeito às crenças do povo.** Para que uma Constituição seja respeitada, é preciso que se tenha legitimidade além da legalidade, pois o não respeito às crenças e cultura do povo a qual se destina fará com que a mesma não seja seguida e, portanto, não possua legitimidade. Tal elemento é um limite implícito na criação das Constituições.

**Princípio da Vedação ao Retrocesso.** Tal princípio debruça-se sobre os direitos fundamentais, individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade, políticos, econômicos e ambientais adquiridos ou que venham a ser criados. Se já adquiridos, é dever do Estado protegê-los, impedindo que normas supervenientes venham a suprimi-lo ou eliminá-lo. Somente poderão ser revogados, uma vez que a norma posterior apresente mecanismos de mesma natureza dos anteriormente em vigor. No segundo caso, uma vez criados e, portanto, adquiridos pela sociedade, cabe ao Estado, novamente, protegê-los, evitando a sua supressão.

Segundo o Agravo Regimental nº 639.337:

“O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivadas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos



fundamentais individuais e coletivos, obstáculos a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. [...] Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.”

Segundo Canotillo:

“O *efeito cliquet* (princípio da vedação ao retrocesso) dos direitos humanos significa que os direitos não podem retroagir, só podendo avançar na proteção dos indivíduos. Significa que é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios.”

## 2.2. Poder Constituinte Derivado

**Conceito.** É o poder responsável pelas alterações e adequação da Constituição, seja por meio das emendas ou revisão do Texto Constitucional. Tal poder é derivado do Poder Constituinte Originário, sendo chamado, inclusive, de Poder Constituinte Derivado, Poder Constituinte Instituído ou Poder Constituinte de Segundo Grau. Sendo derivado não é, portanto, inicial, nem incondicionado, nem ilimitado. Não se confunde com o Poder Originário, sendo, inclusive, subordinado a ele.

**Características.** São quatro as características: *derivado, não autônomo, condicionado e limitado.*

**Derivado.** Decorre da Constituição Federal e, anteriormente, do Poder Constituinte Originário, não existindo inicialmente.

**Não autônomo.** Não é livre para gerar quaisquer alterações, devendo cumprir aquilo que foi estabelecido na Constituição pelo Poder Originário.

**Condicionada.** Aos ditames constitucionais.

**Limitado.** Ao texto constitucional.

**Categorias.** São categorias do Poder Constituinte Derivado: *decorrente, reformador e revisor.*

**Poder constituinte derivado decorrente.** É o poder competido aos entes Estaduais, podendo eles criar Constituições estaduais. Estas constituições apenas poderão ser criadas e alteradas desde que sejam estritamente obedientes aos comandos da Constituição Federal. Serve para organizar as atividades relacionadas ao Estado.

Tais documentos são previstos pelos arts. 25 e 32, CF:

**Art. 25, CF.** Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

**§1º.** São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

**§2º.** Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição das medidas provisórias para a sua regulamentação.

**§3º.** Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

[...]

**Art. 32, CF.** O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.

[...]

Como podemos ver, os Estados criarão suas respectivas constituições, sob aos princípios e normas da Constituição Federal, podendo dispor sobre todas as matérias que não lhes sejam vedadas pela CF.

O DF, porém, não será regido por Constituição Estadual, visto que não é um Estado, mas, sim, por Lei Orgânica. Há tempos, acreditava-se, segundo opinião doutrinária prevalente, não ser o DF manifestação do poder constituinte derivado decorrente. Hoje, porém, tal entendimento se alterou e passou a considerá-lo como sendo manifestação de tal poder.

Em relação às Leis Orgânicas, documentos regimentais de competência Municipal, não são caracterizadas como sendo manifestação do Poder Constituinte Derivado Decorrente, uma vez que, hierarquicamente, são subordinadas às constituições estaduais e, posteriormente, à Constituição Federal. Tal fato é a caracterização do Princípio da Dupla Vinculação.

Outra vedação determinada às constituições estaduais é a criação de crimes, exclusividade de Lei Federal - Código Penal.

**Poder Constituinte Derivado Reformador.** É o Poder responsável por promover mudanças no Texto Constitucional. Tais alterações são previstas no art. 60, CF:

**Art. 60, CF.** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II – do Presidente da República;

III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das Unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§1º. A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§2º. A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§3º. A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, como o respectivo número de ordem.

§4º. 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 e garantias individuais.

§5º. A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

**Fases da proposta legislativa de emenda à Constituição.** São quatro as fases: *iniciativa, discussão, votação/ deliberação e promulgação.*

**Iniciativa.** Produção da PEC – Proposta de Emenda à Constituição.

**Discussão.** Análise de constitucionalidade e de matérias presentes na proposta. É obrigatório que todas as leis passem pela CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, além das respectivas comissões de matérias específicas, como a Comissão de Finanças e Orçamento, Comissão do Meio Ambiente etc.

**Votação.** Momento em que as Casas Legislativas votam no projeto. Quanto às Emendas à Constituição, é preciso que apresente voto favorável de 3/5 dos membros de cada Casa do Congresso Nacional e em dois turnos de votação em cada uma. Como diz Paulo Gustavo Gonet Branco, *ambas as Casas devem anuir ao texto da emenda, para que ela prospere; não basta, por isso, para que a proposta de emenda seja aprovada, que a Casa em que se iniciou o processo rejeite as alterações à sua proposta produzidas na outra Casa.*

**Promulgação.** Diferentemente das leis comuns, a emenda à constituição não apresenta aprovação ou veto da presidência. Uma vez aprovado pelo quórum, serão promulgadas automaticamente.

**Impossibilidade de alteração da Constituição em período de tempo.** São três os momentos em que a Constituição não poderá ser alterada, vide o parágrafo §1º do art. 60, CF: *estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal.*

**Estado de defesa.** Legalidade extraordinária instaurada, uma vez que haja grave e iminente instabilidade institucional ou sendo o país atingido por calamidades de grandes proporções na natureza. Neste caso, cessarão a *garantia* de alguns direitos, visando a segurança pública.

Afirma o art. 136, CF:

**Art. 136, CF.** O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

**§1º.** O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I – restrições aos direitos de:

- a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;
- b) sigilo de correspondência;
- c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

II – ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

**§2º.** O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

**§3º.** Na vigência do estado de defesa:

I – a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial;

II – a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação;

III – a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário;

IV – é vedada a incomunicabilidade do preso.

**§4º.** Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta.

§5º. Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias.

§6º. O Congresso Nacional apreciará o decreto dentro de dez dias contados de seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa.

§7º. Rejeitando o decreto, cessa imediatamente o estado de defesa.

**Estado de sítio.** Segundo José Afonso da Silva:

“Instauração de uma legalidade extraordinária, por determinado tempo em certa área (que poderá ser o território nacional inteiro), objetivando preservar ou restaurar a normalidade constitucional, perturbada por motivo de comoção grave de repercussão nacional ou por situação de beligerância com Estado estrangeiro.”

Convém esclarecermos que somente suspender-se-ão as *garantias*, não sendo extintos os direitos em si.

Afirmam os arts. 137, 138 e 139, CF:

**Art. 137, CF.** O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

I – comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

II – declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

**Parágrafo único.** O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.

**Art. 138, CF.** O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.

§1º. O estado de sítio, no caso do artigo 137, I, não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior; no do inciso II, poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira.

§2º. Solicitada a autorização para decretar o estado de sítio durante o recesso parlamentar, o Presidente do Senado Federal, de imediato, convocará extraordinariamente o Congresso Nacional para se reunir dentro de cinco dias, a fim de apreciar o ato.

**§3º.** O Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas.

**Art. 139, CF.** Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no artigo 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

**I** – obrigação de permanência em localidade determinada;

**II** – detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

**III** – restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberalidade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

**IV** – suspensão da liberdade de reunião;

**V** – busca e apreensão em domicílio;

**VI** – intervenção nas empresas de serviços públicos;

**VII** – requisição de bens.

**Parágrafo único.** 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.

#### **Intervenção Federal.** Afirma o art. 34, CF:

**Art. 34, CF.** A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

**I** – manter a integridade nacional;

**II** – repelir invasão estrangeira ou de uma Unidade da Federação em outra;

**III** – pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

**IV** – garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes das Unidades da Federação;

**V** – reorganizar as finanças da Unidade da Federação que:

- a)** suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;
- b)** deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas neste Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;

**VI** – prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;

**VII** – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais;

- a)** forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b)** direitos da pessoa humana;
- c)** autonomia municipal;
- d)** prestação de contas da administração pública, direta ou indireta;
- e)** aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, comprometida a proveniente de transferências, na

manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

**Cláusulas Pétreas.** Muito se discute acerca da subordinação do Poder Constituinte Derivado em relação ao Poder Constituinte Originário, afinal, *o que justifica que uma decisão tomada no passado não possa ser revista no futuro, em virtude de um novo consenso criado em torno do assunto petrificado?*

O que se entende é o fato de o Poder Constituinte Originário criar mecanismos que limitam o poder dos representantes do povo, evitando que os mesmos, sob a posse do Poder Constituinte Derivado, suprimam os direitos fundamentais consolidados pela Constituição. Deve-se entender o rol de cláusulas como *proibição à deliberação de proposta tendente a abolir, isto é, a mitigar, a reduzir, o significado dos direitos por ela protegidos.*

Com esse objetivo, criaram-se as chamadas *cláusulas pétreas*, encontradas no §4º do art. 6º, acima disposto.

São três as correntes acerca das cláusulas pétreas, citadas por Paulo Gustavo Gonet Branco: *há os que disputam a sua legitimidade e eficácia jurídica; há os que admitem a restrição, mas a tem como relativa, sustentando que ela poder ser removida pelo mecanismo da dupla revisão e há os que aceitam a limitação material e a tem como imprescindível e incontornável.*

**1ª corrente – cláusulas pétreas juridicamente inaceitáveis.** Afirmam ser inaceitável que um poder constituinte anteriormente instaurado não possa ser alterado por um posterior, visto que emanam da mesma fonte, sendo caracterizados pelos mesmos representantes do povo.

**2ª corrente – cláusulas pétreas são juridicamente vinculantes, porém não são imunes a alterações e à revogação.** Afirmam ser possível a supressão e posterior revogação de tais princípios. Processo denominado *dupla revisão*.

**3ª corrente – cláusulas pétreas são imprescindíveis e incontornáveis.** Tese majoritariamente aceita e aplicada atualmente. Defendem que as cláusulas pétreas asseguram a fixação de determinados valores, preservando a identidade do Poder Constituinte Originário. Podendo-se mudar tais princípios, seria possível que o Poder Constituinte Derivado criasse uma nova revisão, havendo *desvio de poder*. As cláusulas pétreas, assim, teriam o objetivo de *inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico*.

Cabe salientar que, segundo Jorge Miranda, as cláusulas pétreas não têm como objetivo principal proteger as normas constitucionais, mas os princípios nela modelados. Por isso, mesmo que a redação de tais elementos pétreos seja alterada, não haverá inconstitucionalidade, vez que não seja alterado o sentido da mesma. Podemos citar como exemplo a interpretação extensiva do inciso IV do §4º em que se deve ler *os direitos e garantias fundamentais*, em detrimento da original redação *os direitos e garantias individuais*. Como fiz Flávio Novelli, a Lei Maior repele, não toda

*emenda capaz de afetá-los, mas tão somente a que intente suprimi-los ou (o que dá no mesmo) alterá-los substancialmente, afetá-los no seu conteúdo essencial.*

**Controle de constitucionalidade das emendas à constituição.** Se promulgadas, poderão ser feitas por qualquer juiz ou pelo STF, por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs). Anteriormente à promulgação, poderá ser feito mediante mandato de segurança.

**Limites implícitos.** São dois os limites: (1) Não será possível que se altere o titular do poder constituinte, sendo, sempre, o povo; (2) Não será possível alterar por emenda os próprios limites já estabelecidos.

**Poder Constituinte Derivado Revisor.** É o poder capaz de promover a revisão constitucional.

**Revisão Constitucional.** Reanálise do Texto Constitucional de maneira completa. No Brasil tal fato ocorreu somente uma vez, no ano de 1993, disposta no art. 3º dos Atos de Disposição Constitucionais Transitórias<sup>3</sup>:

**Art. 3º, ADCT.** A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Em tal circunstâncias, houve a redução do quórum necessário para que se houvesse alterações do Texto Constitucional. A ideia foi facilitar a adaptação e a alteração da Constituição recém promulgada aos contornos da sociedade. Em tal ocasião, promulgaram-se as Emendas Revisionais, que ficaram marcadas como as Emendas à Constituição de n. 1 a 6.

**É possível que se tenha mais uma revisão constitucional?** A maioria dos doutrinadores entendem que não, pois uma nova revisão deveria ser feita mediante Emenda à Constituição, sendo, portanto, ação do Poder Constituinte Derivado Reformador e não do Poder Constituinte Derivado Revisor. Outros, porém, afirmam que nova revisão poderia ser feita, uma vez que aprovada mediante *plebiscito*. Segundo Uadi Lammego Bulos, o Poder Constituinte Derivado Revisor é uma norma de poder exaurido, ou seja, seu poder, apesar de estar presente na Constituição, já utilizou seus efeitos, não mais podendo produzi-los.

**Outros tipos de Poder Constituinte.** Estes são os poderes constituintes clássicos. Há, porém, outros dois poderes que, atualmente, aparecem na doutrina. São eles: *Poder Constituinte Difuso* e *Poder Constituinte Supranacional*.

**Poder Constituinte Difuso.** Decorre da interpretação da constituição, podendo esta ser feita por qualquer indivíduo. O Poder Constituinte Difuso é o poder de criar a chamada *mutação constitucional*, ou seja, é o poder responsável por interpretar a constituição de maneira difusa, sem que o seu texto seja alterado.

---

<sup>3</sup> Tem como objetivo dispor sobre os atos necessários para a transição entre uma Constituição anterior e uma posterior.



Podemos citar como exemplo o caso da alteração do sentido referente à constituição da família, incorporando-se ao entendimento os casais homoafetivos<sup>4</sup>, sendo o rol expresso na lei exemplificativo.

Afirma o art. 226, §3º, CF:

**Art. 226, §3º, CF.** Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Podemos citar como exemplo, também, o entendimento acerca do termo *casa*, previsto no art. 5º, XI, CF. *Casa* é (1) qualquer compartimento habitado, (2) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (3) qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Afirma o art. 5º, XI, CF:

**Art. 5º, XI, CF.** A casa é asilo inviolável, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

**Poder Constituinte Supranacional.** É o poder de criar constituições supranacionais, constituições dos blocos regionais. É o chamado *direito comunitário*. O único exemplo é a *constituição europeia*.

O país que adotar a constituição supranacional possuirá duas constituições: a nacional e a supranacional. A constituição supranacional tem como objetivo dispor sobre assuntos de macro relações, como a questão da tributação entre os países vinculados, a circulação de pessoas, o trabalho etc. A norma constitucional nacional não poderá contrariar a norma da constituição supranacional. Se assim ocorrer, o Texto Constitucional nacional deverá ser alterado.

Para a criação de tal Constituição, é necessário que se crie Uniões Regionais. São etapas para a criação de tais organizações:

- 1) Livre circulação de mercadorias – *tarifa aduaneira comum*;
- 2) Circulação de pessoas (primeiramente quanto aos turistas e, posteriormente, quanto aos trabalhadores);
- 3) Criação de uma moeda comum;
- 4) Criação de uma constituição supranacional.

---

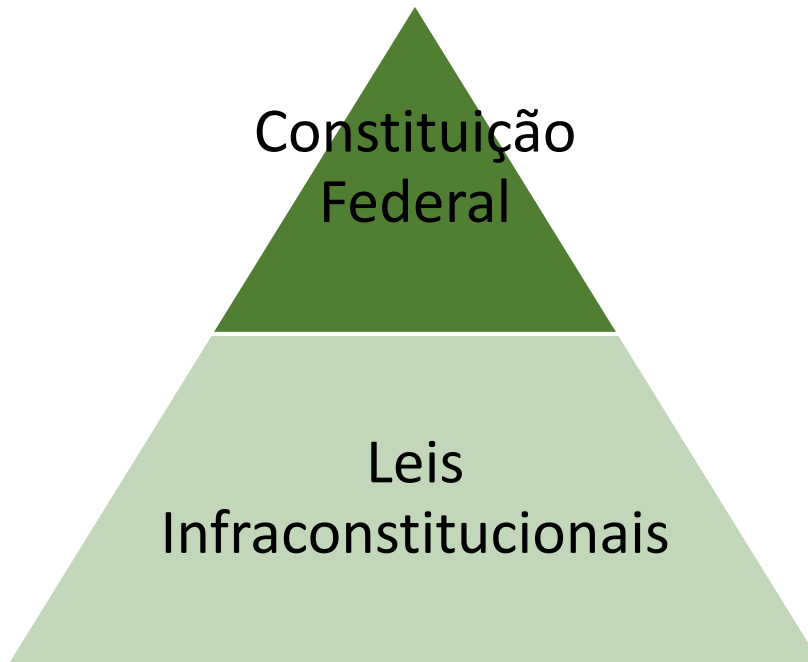
<sup>4</sup> O STF, por unanimidade de votos, julgou procedente a ADPF nº 132 (como ação direta de inconstitucionalidade) e a ADIN nº 4.277, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para dar ao art. 1.723 do CC interpretação conforma à CF para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar (DOU de 13-5-2011).

# Capítulo 3 – Direito Constituinte Intertemporal

---

## 1. Teoria da Inconstitucionalidade

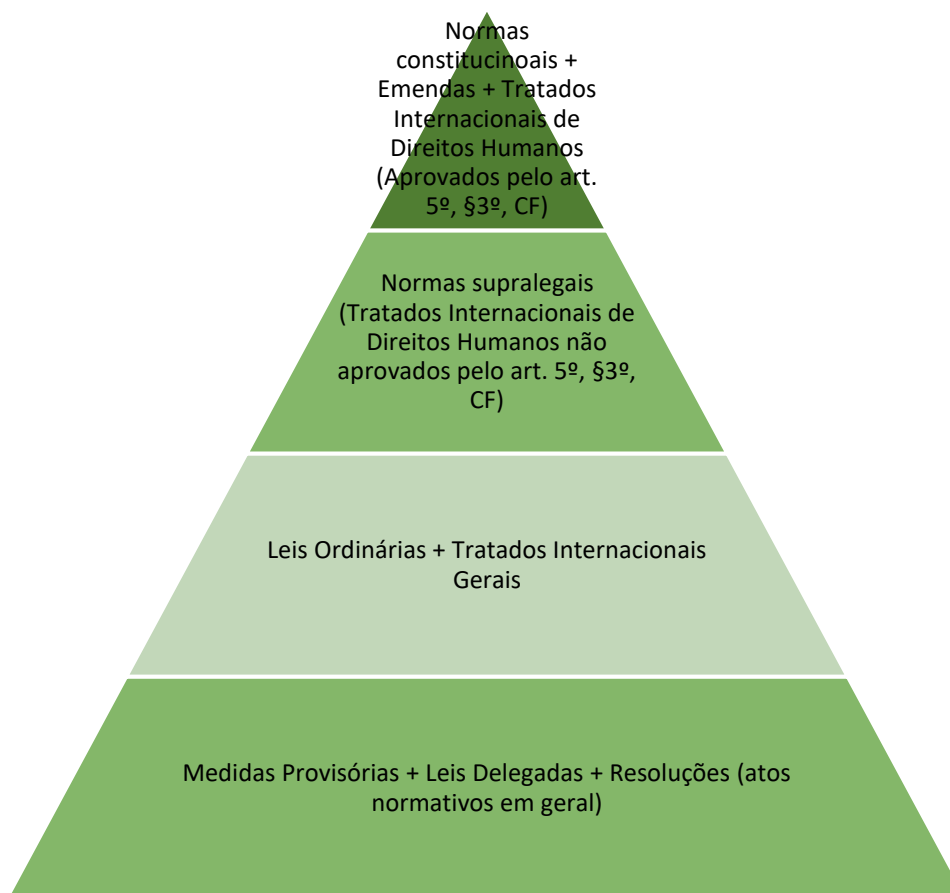
**Inconstitucionalidade.** O sistema jurídico é dividido, no mínimo, em dois substratos, como o exemplo abaixo:



As normas inferiores devem, sempre, ser compatíveis com as normas constitucionais. Isso faz com que o sistema não tenha incongruências, havendo um respeito das normas inferiores para com as normas superiores.

Quando uma norma é compatível com a norma superior, teremos uma norma constitucional. Quando uma norma for contrária ao Texto Constitucional, teremos uma norma *inconstitucional*.

Segue nosso ordenamento jurídico:



Cabe esclarecer que somente é possível decretar inconstitucional uma lei que tenha sido promulgada posteriormente à criação da atual constituição, ou seja, somente poderão ser consideradas inconstitucionais as normas que tenham sido efetivadas posteriormente à 1988.

**Recepção constitucional.** Dá-se pela assimilação ou não de uma ordem jurídica anterior por outra posterior, em face da falta ou pela presença de impedimentos formais. O poder constituinte originário tem como efeito o rompimento em relação à ordem jurídica anterior. Devido a este ocorrido, pergunta-se se as normas anteriormente vigentes ainda permanecerão em vigor diante da nova Constituição.

Em geral, as normas que não desafiam materialmente a nova Constituição permanecerão em vigor, sendo recepcionadas implicitamente. Por outro lado, as normas que desafiem a nova Constituição estarão, da mesma maneira, implicitamente revogadas (não serão inconstitucionais, mas, sim, revogadas), sendo necessário apenas o afastamento da mesma por parte do judiciário.

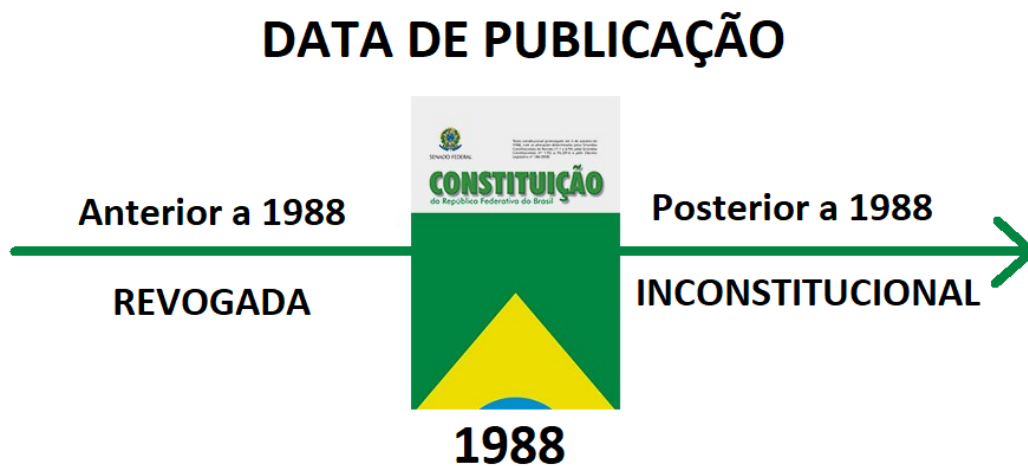
Da mesma forma, as normas que sofreram modificação de competência e os direitos adquiridos estabelecidos pela Constituição anterior serão revogados, salvo se a Constituição estabelecer expressamente sua permanência.

Por fim, não caberá ao competente pelo controle de constitucionalidade analisar a legitimidade da matéria que se encontra na nova Constituição.

**Recepção material da constituição.** Houve uma recepção de parte da constituição anterior por tempo determinado. Dispõe o art. 34, ADCT:

**Art. 34, ADCT.** O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.

**Portanto, se contrário à constituição.**



**Continuação do vigor da Constituição anterior.** A Constituição anterior, por uma questão de segurança jurídica, será totalmente revogada, não mais sendo utilizada.

**Revogação da legislação infraconstitucional.** Não será revogada (a menos que seja totalmente incompatível com a Constituição em vigor). Se fosse revogada, o legislador teria a tarefa de criar novos códigos, gerando um caos social, visto que passaríamos por um período de *anomia*. A norma constitucional migrará para o novo ordenamento, de acordo com a sua compatibilidade com o novo Texto Constitucional. Para isso, analisar-se-á, caso a caso, as normas anteriormente publicadas.

**Exemplo de não recepção.** O Código Civil de 1916 impossibilitava os filhos ilegítimos de receber herança, não tendo os mesmos direitos dos filhos legítimos. Tal norma contraria o Texto Constitucional de 1988<sup>5</sup>, sendo, portanto, revogada da data da publicação da nova Constituição.

**Repristinação Constitucional.** As normas que, revogadas pela Constituição anterior, forem compatíveis com a nova Constituição somente regressarão ao vigor,

<sup>5</sup> **Art. 227, §6º, CF.** Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

uma vez que esta, expressamente, assim determine, caracterizando o fenômeno da reconstituição. Caso contrário, permanecerão revogadas.

**Reconstituição quanto às constituições anteriores.** Não será possível, por meio da reconstituição, instaurar novamente a eficácia de uma constituição já revogada. Tal ato seria uma afronta à segurança jurídica.

**Vacatio constitutionis.** Não existe. Não há vacância constitucional. Sendo o rompimento com o ordenamento jurídico anterior, deverá ser imediatamente imposta da data de sua publicação. Se houver *vacatio constitutionis*, gerará um caos na sociedade, enfraquecendo o Texto Constitucional.

# Capítulo 4 – Aplicabilidade das Normas Constitucionais

---

## 1. Efeitos

São três os efeitos que podem ser gerados pelas normas constitucionais: (1) *validade*, (2) *eficácia* e (3) *vigência*.

Alguns autores, porém, dizem coincidem a *validade* e a *eficácia jurídica*.

**Eficácia.** São dois os tipos de eficácia: *eficácia social* e *eficácia jurídica*.

**Eficácia social.** Está relacionada com a capacidade de uma norma ser respeitada ou não pela sociedade, sendo executada caso haja respeito. Hans Kelsen afirma que toda norma deve ter eficácia social, pois se não possuísse, não seria aplicada.

Tal classificação não diz respeito aos juristas, mas aos sociólogos que buscam entender o motivo segundo o qual determinadas normas são ou não seguidas pela população.

**Eficácia jurídica.** Afirma o Dicionário Acquaviva:

“Probabilidade fática, concreta, de um ato ou fato jurídico gerarem efeitos. Quanto à eficácia da lei, transcende sua mera vigência, pois seu comando ainda se mostra conforme a expectativa social, ou seja, os valores sociais de um dado momento histórico.”

## 2. Doutrina americana

Segundo a doutrina americana, as normas jurídicas constitucionais geram dois efeitos, quais sejam: *self-enforcing/ self-acting law* e *non self-enforcing law*.

**Self-enforcing law.** São normas que se aplicam autonomamente, não sendo necessário complementos para que produzam todos os direitos para os quais foram formuladas. Quando estabelecida, aplica-se de maneira integral, pois apresenta todos os elementos necessários para que assim seja. Podemos citar como exemplo o direito à vida, direito de liberdade de imprensa etc.

**Non self-enforcing law.** São normas que necessitam de certa complementação para que produzam todos os direitos para os quais foram criadas, não atuando, portanto, sozinhas. Para que um conteúdo seja extraído dela, é necessário que seja aplicada em conjunto com outra norma.

## 3. Doutrina brasileira

José Afonso da Silva, inspirando-se na doutrina americana, traz tal conteúdo para as atividades científico-jurídicas brasileiras.

Na doutrina brasileira são três os tipos de norma jurídica constitucional, quais sejam: (1) *normas de eficácia plena*, (2) *normas de eficácia contida* e (3) *normas de eficácia limitada*.

**Normas de eficácia plena.** Assemelham-se às *self-enforcing laws*, uma vez que sua aplicação é integral, ou seja, imediata. São, portanto, independentes, plenas, não sendo necessário que outras normas as complementem para que o direito para o qual foram criadas seja exercido, isto é, produzem, sozinhas, eficácia para que os direitos que defendem sejam exercidos.

São exemplos de normas de eficácia plena na constituição:

**Art. 5º, III.** Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

**Art. 5º, IV.** É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

[...]

**Art. 17, §4º.** É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

[...]

**Art. 230, §2º.** Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

**Normas de eficácia contida.** São normas que, quando criadas, produzem efeitos, porém é possível que normas infraconstitucionais reduzam tais direitos, regulando-os. Ou seja, tendo norma complementar, é necessário que o direito garantido pela norma constitucional passe pela regularidade disposta em lei complementar. Tal ocorrência não pode ser considerada inconstitucional, pois o próprio texto normativo afirma ser ele complementado por lei especial. A lei infraconstitucional que o complemento não poderá suprir o direito garantido pela norma constitucional, mas somente reduzi-lo através da regulamentação.

São exemplos de normas de eficácia contida na constituição:

**Art. 5º, XIII.** É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Quando ao art. 5º, XIII, podemos citar a carreira referente à advocacia. Os atos advocatícios são regulados pela Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia). Afirma o art. 8º de tal lei.

**Art. 8º do Estatuto da Advocacia.** Para inscrição como advogado é necessário:

I – capacidade civil;

II – diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada;

III – título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro;

**IV** – aprovação em Exame de Ordem;

**V** – não exercer atividade incompatível com a advocacia;

**VI** – idoneidade moral;

**VII** – prestar compromisso perante o conselho.

[...]

Outro exemplo de norma de eficácia contida é o art. 5º, XV da Constituição:

**Art. 5º, XV.** É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

Porém, afirma o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) em seus arts. 15 e 16:

**Art. 15 do ECA.** A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

**Art. 16 do ECA.** O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

**I** – ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

[...]

Um último exemplo de norma de eficácia contida: art. 37, I da Constituição:

**Art. 37, I.** Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.

Afirma o art. 78 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/79):

**Art. 78 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.** O ingresso na Magistratura de carreira dar-se-á mediante nomeação, após concurso público de provas e títulos, organizado e realizado com a participação do Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil.

**§1º.** A lei pode exigir dos candidatos, para inscrição no concurso, título de habilitação em curso oficial de preparação para a Magistratura.

**§2º.** Os candidatos serão submetidos a investigação relativa aos aspectos moral e social, e a exame de sanidade física e mental, conforme dispuser a lei.

**§3º.** Serão indicados para nomeação, pela ordem de classificação, candidatos em número correspondente às vagas, mais dois, para cada vaga, sempre que possível.



Como podemos ver, a própria norma contida na Constituição gera efeitos, porém são especificados ramos de tal direito a partir da criação de leis que a complementem.

**Normas de eficácia limitada.** São normas que, se sozinhas, não geram direito nenhum. É necessário que outra lei a regularize para que a mesma gere efeitos e direitos. Se uma lei complementar não for editada, tal norma não gerará direitos. Estes, por sua vez, não poderão ser exercidos.

É exemplo de tal normas:

**Art. 37, VII, CF.** O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

José Afonso da Silva divide tais normas em duas categorias: *normas de conteúdo programático* e *normas de princípio institutivo*.

**Normas de conteúdo programático.** São aquelas que necessitam que uma lei complementar ou ordinária a regulamente, gerando, após isto, efeitos. Cria-se uma meta objetiva, uma política pública para que o direito possa ser exercido.

São exemplos de tais normas:

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

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

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

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

[...]

**Art. 7º, CF.** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visam à melhoria de sua condição social:

**XX** – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.

**Normas de princípio institutivo.** O legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei infraconstitucional. Ou seja, a norma constitucional apenas cita o elemento que deverá ser matéria de discussão do legislador infraconstitucional, criando este uma lei que regularize tal direito assegurado pelo Texto Constitucional, dando-lhe eficácia.

É exemplo de tal norma:

**Art. 33, caput, CF.** A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios.

**Norma de eficácia contida ≠ Normas de eficácia limitada.** Na primeira, a norma gerará efeitos autonomamente, podendo lei infraconstitucional regularizar, especificando a direção de tal direito, não podendo suprimi-lo. Na segunda, o direito, apesar de constar e ser assegurado pela constituição, não poderá ser exercido, uma vez que não apresenta eficácia, salvo se lei infraconstitucional gerar tal efeito, regularizando-o de forma integral.

# Capítulo 5 – Estudo do Texto Constitucional

---

## 1. Divisão da Constituição

A Constituição é dividida em três partes:

- 1) **Preâmbulo.** Segundo Jorge Miranda, citado pelo Min. Carlos Velloso na ADI 2076:

O preâmbulo é a “proclamação mais ou menos solene, mais ou menos significante, anteposta ao articulado constitucional não é componente necessário de qualquer Constituição, mas tão somente um elemento natural de Constituições feitas em momentos de ruptura histórica ou de grande transformação político-social.”

- 2) **Texto Constitucional.** Caracteriza-se pelo disposto nos arts. 1º a 250º da Constituição;
- 3) **Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.** Segundo Uadi Lammêgo Bulos, são *normas de eficácia exaurida*. Estão dispostas após o texto constitucional e têm como objetivo fazer a transição entre a Constituição revogada e a nova.

## 2. Preâmbulo

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

**Conceito.** Segundo o Dicionário Jurídico Acquaviva:

“Elemento estrutural da lei que esclarece a fonte desta e a doutrina do legislador que fundamenta o articulado. O *preâmbulo* precede, vem antes dos artigos da lei, à guisa de justificativa e de esclarecimento do conteúdo destes. Trata-se, portanto, de importantíssimo elemento de interpretação da lei.”

**Observação.** Convém que notemos um elemento. O preâmbulo expressa a democratização da promulgação da constituição, uma vez que utiliza as palavras *nós* e *promulgamos* (1ª pessoa do plural), sendo a representação essencial do povo. Por esse e outros motivos, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é conhecida como Constituição Cidadã, colocando o povo como o centro de todo o

direito, de onde o mesmo provém, ou seja, como já dito ideal pela Organização das Nações Unidas, nasce de baixo para cima.

**Valores.** São os valores protegidos pelo preâmbulo da Constituição:

- 1) Estado Democrático de Direito;
- 2) Liberdade;
- 3) Segurança;
- 4) Bem-estar;
- 5) Desenvolvimento;
- 6) Igualdade;
- 7) Justiça;
- 8) Fraternidade;
- 9) Pluralismo;
- 10) Não preconceito;
- 11) Harmonia social;
- 12) Ordem interna e internacional;
- 13) Direitos sociais;
- 14) Direitos individuais.

**“Sob a proteção de Deus”.** Houve uma discussão acerca de tal termos, uma vez que a Constituição Estadual do Acre não o manteve, como todos os demais Estados, em seu preâmbulo, gerando a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076, sob o questionamento *“teria o preâmbulo relevância jurídica?”*:

“[...]

b) **ocorrência da ofensa da Constituição Federal, c/c os arts. 25 da mesma Carta e 11 do A.D.C.T.**, consubstanciada no fato de a Lei Maior estadual omitir a súplica preambular **‘SOB A PROTEÇÃO DE DEUS’**, por tratar-se de **‘ATO NORMATIVO DE SUPREMO PRINCÍPIO BÁSICO COM CONTEÚDO PROGRAMÁTICO E DE ABSORÇÃO COMPULSÓRIA PELOS ESTADOS’** (fl. 10), mormente porque o **Preâmbulo** integra o texto constitucional e suas disposições têm verdadeiro **valor jurídico.**”

[...]

Jorge Miranda registra três posições da doutrina a respeito do tema: **‘a tese da irrelevância jurídica; a tese da plena eficácia**, colocando o preâmbulo em pé de igualdade com quaisquer disposições constitucionais; entre as duas, a **tese da relevância jurídica indireta**, não confundindo preâmbulo e preceitos normativos. Para quem defende a primeira tese, o preâmbulo não se situa no domínio do Direito, situa-se no domínio da política; para quem defende a segunda, ele acaba por ser também um conjunto de normas jurídicas, conquanto sob forma não articulada; para quem defende a terceira, o preâmbulo participa das características jurídicas da Constituição, mas resta saber que papel lhe cabe no seu sistema global.’ E acrescenta o mestre da Universidade de Lisboa que essa terceira maneira de ver é a que tem o seu apoio, mas reconhece que o preâmbulo **‘não cria direitos ou deveres’** e que **‘não há**

inconstitucionalidade por violação do preâmbulo.’ (Jorge Miranda, ob. cit., págs. 22 e 24)”

[...]

Do exposto, julgo improcedente a ação.

[...]

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** – Sr. Presidente, independentemente da douta análise que o eminente Ministro-Relator procedeu sobre a natureza do preâmbulo das constituições, tomado em seu conjunto, esta locução ‘sob a proteção de Deus’ não é uma norma jurídica, até porque não se teria a pretensão de criar obrigação para a divindade invocada. Ela é uma afirmação de fato – como afirmou Clemente Mariani, em 1946, na observação recordada pelo eminente Ministro Celso de Melo – jactanciosa e pretensiosa, talvez – de que a divindade estivesse preocupada com a Constituição do Brasil. De tal modo, não sendo norma jurídica, nem princípio constitucional, independente de onde esteja, não é ela de reprodução compulsória pelos Estados-membros.

Julgo improcedente a ação direta.

[...]

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE)** – Acompanho, também, o eminente relator, assentando que o preâmbulo, o introito não integra o corpo da própria Constituição. Portanto, não pode repercutir a ponto de se adentrar o campo da simetria, exigindo-se que haja adoção uniforme em todas as unidades da Federação.”

Primeiramente, analisemos o dito por Jorge Miranda. Segundo ele, são três as teorias acerca de tal discussão: *Tese da irrelevância jurídica*, *tese da relevância jurídica equivalente* (tese da plena eficácia), *tese da relevância jurídica específica* (tese da relevância jurídica indireta).

**Tese da irrelevância jurídica.** O preâmbulo da Constituição não é norma, não sendo, portanto, juridicamente relevante. Segundo os que a defendem, o preâmbulo é somente um texto introdutório às normas da Constituição. É um trecho que tem como objetivo dar publicidade à promulgação da Constituição, não impondo deveres e direitos.

**Tese da relevância jurídica equivalente ou da plena eficácia.** O texto do preâmbulo é equivalente às normas da Constituição. Não há diferença entre o Corpo Constitucional e o Preâmbulo, segundo aqueles que defendem tal tese.

**Tese da relevância jurídica específica ou indireta.** É característica jurídica da Constituição, mas é necessário que se especifique seu alcance. Acaba por auxiliar a interpretação do direito.

### 3. Art. 1º da Constituição

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

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

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

V – o pluralismo político.

**Parágrafo único.** Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

**Características.** Tal artigo apresenta duas características:

- 1) Apresenta princípios abertos/ amplos, de grande quantidade de conteúdo/ matéria;
- 2) Os princípios que se encontram em tal artigo são caracterizados como fundamentais, sendo utilizados para a interpretação de toda a Constituição e, segundo a teoria da *horizontalização dos direitos fundamentais*, das normas infraconstitucionais igualmente. São considerados essenciais para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

**Caput.** Defende um importante elemento estrutural do Brasil, o federalismo, afirmando que, segundo o *princípio da proibição da indissolubilidade do vínculo federativo (pactum foederis)*, se dispõem em união indissolúvel os Estados, Municípios e Distrito Federal, não sendo tolerado qualquer movimento que objetive o desmembramento e independência de determinada porção do país, como a Revolução Constitucionalista de 32 e a República do Pampa.

Tal formato de Estado fomenta a divisão igualitária em três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), de modo a evitar que referido poder se concentre nas mãos de uma única pessoa ou órgão. Anteriormente à instauração da divisão dos poderes equitativa e harmonicamente, já apresentou o Brasil situação em que um poder se destacava. De acordo com a primeira Constituição Brasileira (1824) estava presente o chamado *Poder Moderador*, personificado no Imperador D. Pedro I, cuja competência era superior aos demais poderes, tendo poder para agir e mandar agir, mantendo o objeto de instaurar a harmonização daqueles.

São poderes autônomos a União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Outro elemento protegido por tal *caput* é a constatação da formatação *Estado Democrático de Direito*. O *Estado de Direito (Rule of Law/ Rechstat)* caracteriza-se por basear toda e qualquer decisão e ação naquilo que propõe a lei, somente agindo de acordo com esta, sendo a lei superior às vontades pessoas dos indivíduos. O *Estado*

Democrático, por outro lado, é aquele em que se decide de acordo com o desejo da maioria.

**Inciso I. Soberania.** É a capacidade do Estado em tomar decisões autônomas, sem que seja necessário consultar outros países. É um dos principais elementos da formação do Estado, juntamente com o território, o povo e a finalidade.

**Inciso II. Cidadania.** Refere-se aos direitos exclusivos adquiridos pelos indivíduos vinculados ao Estado em questão. Os governantes deverão, sempre que possível, acionar a população para que a democracia seja exercida.

**Inciso III. Dignidade da Pessoa Humana.** Depende de vários outros princípios para que seja respeitada e exercida. Não é, portanto, um direito, mas o resultado da concretização de vários outros direitos fundamentais, sendo somente aplicado às pessoas humanas.

**Os direitos fundamentais se aplicam às pessoas jurídicas?** Não é possível, de fato, que se proteja a pessoa jurídica a partir do *princípio da dignidade da pessoa humana* pelo simples fato de a mesma ser direcionadas às pessoas humanas, obviamente. Contudo, aplicar-se-á a dignidade da pessoa humana em relação às pessoas jurídicas no que couber. Ainda assim, em decorrência da criação da Lei de Falência (Lei 11.101/05), vem-se discutindo acerca do *princípio da dignidade da pessoa jurídica*.

Diz o art. 170, CF:

**Art. 170, CF.** 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:

[...]

II – propriedade privada;

[...]

IV – livre concorrência;

[...]

Como grifamos, o termo *a todos*, tendo por princípio a propriedade privada e a livre concorrência, remetem à proteção de direitos da dignidade da pessoa jurídica.

Segundo Marcones José Santos da Silva:

“Ao dizer o legislador que a Lei de Falências (art. 47) tem por ‘... objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica’, somente reforçou a existência do princípio da dignidade da pessoa jurídica, agora de forma expressa.”

Segundo Aline Assim Salomão, ainda:

"Ora, o princípio constitucional da preservação da empresa é axioma adotado pela Constituição da República de 1988 e visa exatamente preservar as atividades da sociedade empresária por uma série de conveniências e benefícios que a atividade empresária oferece ao Estado e aos cidadãos.

Desta feita, devido às inúmeras consequências positivas trazidas pela sociedade empresária, o Constituinte de 1988 optou por valorizar a preservação da empresa e da atividade empresária. Isso significa que deve o Estado (e obviamente, os sócios da sociedade empresária) buscar a preservação da sociedade, colaborar com o ente para que ele se mantenha no mercado, trazer *algumas facilidades, dentro do possível, a aqueles que necessitam de certa ajuda para a realização ou* continuidade de sua atividade.

Fortalecendo a importância da atividade empresária no Brasil e utilizando-se do contexto da aplicação dos direitos fundamentais e da personalidade à pessoa jurídica, Vinícius Gontijo defende a existência do Princípio da Dignidade da Pessoa Jurídica sob o argumento de que a ordem jurídica nacional lhe garante o direito de existir e se personificar, sendo reconhecida pela ordem jurídica brasileira, na medida em que mesmo antes de ser considerada pessoa, a entidade tem o direito subjetivo à personificação assegurado em abstrato pela ordem legal.

Ainda, sob o argumento de que a entidade tem direito de existir, de ser pessoa pela ordem jurídica nacional, a existência evidentemente, segundo o autor, há de ser digna.

Assim, entende-se que a existência digna da pessoa jurídica é uma decorrência natural dos axiomas adotados pelo Constituinte de 1988. Ora, analisando-se os dispositivos supracitados da Carta Maior, o que se percebe é a plena coerência do Princípio da Dignidade da Pessoa Jurídica com os ditames constitucionais. Se assim não se entendesse, estar-se-ia desprezando todos os ditames e garantias assegurados à pessoa fictícia, além de indo de encontro aos princípios e axiomas adotados pela Constituição da República de 1988, em especial os Princípios da Igualdade e da Preservação da Empresa."

### **Os direitos fundamentais se aplicam aos animais?**

"Apesar de todas as ideias suscitadas pró-animais, não se pode dizer que os animais não humanos sejam titulares de direitos fundamentais. Os animais são objeto de tutela constitucional e, por conseguinte, constituem bens e interesses jurídicos a serem resguardados pelo fato de possuírem condições de seres vivos, mas não são genuinamente sujeitos de direito, pelo menos sob a égide e corolário normativo do direito constitucional brasileiro, que não detém qualquer preceito normativo que remeta a essa conclusão. Entretanto, em nada diminui ou reduz o anseio – olhando por



cima dos ombros do gigante – da legitimidade pela luta da inclusão jurígena de todos os seres vivos como merecedores de determinados direitos.”<sup>6</sup>

Afirma o art. 225, §1º, VII, CF:

**Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

**§1º.** Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

**VII** – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Afirma, porém, Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

**“2.2. A VIDA EM TODAS AS FORMAS COMO DESTINATÁRIA DO DIREITO AMBIENTAL.** Por intermédio desta visão o direito ambiental teria por objetivo a tutela de toda e qualquer vida. Embora contrária à nossa visão antropocêntrica do direito ambiental brasileiro, interessante realizar breve análise, até mesmo como forma de reforçarmos nosso posicionamento.

Temos para nós que esse entendimento leva-nos a conclusões despropositadas, como podemos perceber na defesa de Diogo de Freitas do Amaral, o qual preceitua que:

‘já não é mais possível considerar a proteção da natureza como um objetivo decretado pelo homem em benefício exclusivo do próprio homem. A natureza tem que ser protegida também em função dela mesma, como valor em si, e não apenas como um objeto útil ao homem. (...) A natureza carece de uma proteção pelos valores que ela representa em si mesma, proteção que, muitas vezes, terá de ser dirigida contra o próprio homem.’

Parece-nos inaceitável iludida concepção, porquanto devemos considerar a proteção da natureza como um objetivo decretado pelo homem exatamente em benefício exclusivo seu.

Do contrário, estaríamos desenvolvendo um raciocínio no sentido que a nossa Constituição, de maneira inédita, teria estendido o direito ambiental a todas as formas de vida.

[...]

De acordo com essa posição, os *animais* assumiriam papel de destaque em face da proteção ambiental, enquanto *destinatários diretos do direito ambiental brasileiro*. Todavia, não nos parece razoável a ideia do

---

<sup>6</sup> Disponível em: <<https://direitoeoutrascoisas.wordpress.com/2011/09/23/animais-nao-humanos-tem-direitos-fundamentais/>>.

animal, da fauna, da vida em geral dissociada da relação com o homem. Isso importa uma vez mais reiterar que a proteção do meio ambiente existe, antes de tudo, para *favorecer o próprio homem* e, senão por via reflexa e quase simbiótica, proteger as demais espécies.”

**Inciso IV. Pluralismo político.** Referente à pluralidade de ideia, incidindo diretamente no pluralismo de partidos políticos.

**Parágrafo único.** Refere-se aos detentores do já mencionado Poder Constituinte, o povo, sendo este representado ou participando efetivamente através dos plebiscitos, referendos, iniciativa popular e pelo voto.

## 4. Art. 2º da Constituição

**Art. 2º.** São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

**Independência e harmonia.** Nenhum poder poderá interferir na atividade dos demais, devendo ser respeitosos uns com os outros.

## 5. Art. 3º da Constituição

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

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

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

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

São princípios que orientarão as decisões e ações dos governantes.

Segundo Canotilho a Constituição Brasileira é, por esses objetivos fundamentais, categorizada como de natureza dirigente ou programática, pois conduzem o país a um objetivo futuro, a um objetivo a ser alcançado.

## 6. Art. 4º da Constituição

**Art. 4º.** A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I – independência nacional;

II – prevalência dos direitos humanos;

III – autodeterminação dos povos;

IV – não intervenção;

V – igualdade entre os Estados;

VI – defesa da paz;

VII – solução pacífica dos conflitos;

VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X – concessão de asilo político.

**Parágrafo único.** A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

## 7. Teoria geral dos direitos e garantias fundamentais

**Direitos fundamentais.** São direitos indispensáveis e essenciais, de alta relevância e impacto para a existência digna do ser humano, como lazer, cultura, desporto, tranquilidade, paz social, desenvolvimento, crescimento pessoal e da sociedade, proteção ao meio ambiente etc. Devem estar reconhecidos pelas normas constitucionais.

Cabe fazermos uma distinção acerca dos seguintes elementos: (1) *direitos fundamentais*, (2) *direitos humanos*, (3) *direitos do homem*.

**Direitos humanos.** Da mesma forma dos anteriormente citados *direitos fundamentais*, são normas imprescindíveis e essenciais, de alta relevância e impacto para a existência digna do ser humano, porém é necessário que estejam positivados em *tratados internacionais*, ou seja, devem ser *supra positivados*.

Desta forma, surge uma indagação: *existem direitos humanos e fundamentais ou direitos humanos que não são fundamentais* ou, ainda, *direitos fundamentais que não são humanos*?

A resposta é sim.

Inicialmente, os direitos que possuem proteção constitucional e supraconstitucional são denominados *duplamente protegidos*. Podemos citar, por exemplo, o direito à vida.

Como exemplo de direito fundamental, mas não humano, podemos citar o direito ao 13º salário.

Como exemplo de direito humano, mas não fundamental, podemos citar o duplo grau de jurisdição.

**Direitos do homem.** Caracteriza-se como sendo sinônimo dos Direitos Naturais, defendidos pelos jusnaturalistas como direitos superiores aos direitos humanos. Direitos supra-humanos, metafísicos, filosóficos.

**Geração/Dimensões dos direitos fundamentais.** Concretamente, dividem-se os direitos fundamentais em três gerações. Há, porém, quem diga que existem, hoje, direitos de quinta geração.

Segundo José Eliaci Nogueira Diógenes Júnior:

“Os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas aos poucos, em consonância com a demanda de cada época, motivo pelo qual os estudiosos costumam dividi-los em gerações ou dimensões, conforme sua ingerência nas constituições.

[...]

Afirma-se que esta divisão está amparada no surgimento histórico dos direitos fundamentais, sendo que parte da doutrina tem evitado o termo ‘geração’, trocando-o por ‘dimensão’. Isso porque a ideia de ‘geração’ está diretamente ligada à de sucessão, substituição, enquanto que os direitos fundamentais não se sobrepõem, não são suplantados uns pelos outros.”

Analise os.

**Direitos de 1ª dimensão.** Diretamente ligados aos direitos dos cidadãos. Buscavam proteger os indivíduos das ações desreguladas do Estado que suprimissem certos direitos dos indivíduos. Podemos citar o direito civil e o direito político.

**Direitos de 2ª dimensão.** Com origem na Revolução Industrial, buscou reduzir as desigualdades entre os indivíduos devido à ascensão da burguesia em relação aos proletários. Podemos citar os direitos econômicos, sociais e culturais.

**Direitos de 3ª dimensão.** Tem como objetivo reduzir as desigualdades, não mais individuais, mas coletivas. Disseminaram-se os princípios da *fraternidade* e *solidariedade*. Surgem nesta etapa os chamados direitos transindividuais, difusos ou coletivos – direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, à humanidade etc.

**Direitos de 4ª dimensão.** Segundo Norberto Bobbio, são os direitos à *bioética*, à engenharia genética. Segundo Paulo Bonavides, são os direitos à democracia, pluralismo, informação etc.

**Direitos de 5ª dimensão.** Afirmam serem concernentes ao direito à paz, direito dos animais como sujeitos de direito, direitos digitais etc.

**Direitos ≠ Garantias.** Tal diferenciação é claramente feita por Jellinek. Segundo o autor, dividem-se as liberdades em negativas e positivas. As negativas dizem respeito às garantias; enquanto as positivas dizem respeito aos direitos.

*Direitos* – São declaratórios, ou seja, caracterizam o direito, dispõem o direito para o usufruto dos indivíduos (ex.: direito à vida, à liberdade, à educação etc). Segundo Jellinek, subdividem-se em *prestações materiais* (distribuição estatal de bens materiais) e *ações fáticas positivas* (obrigação estatal em criar normas para proteger os direitos).

*Garantias* – São assecuratórios dos direitos, ou seja, não são em si os direitos, mas garantias de que os direitos existirão e não serão suprimidos (ex.: *habeas corpus*, mandado de segurança, *devido processo legal* etc).

Segundo o autor, por último, existem os *direitos de participação ou políticos*, destacando-se dos demais como ramo autônomo. Direitos dos cidadãos quanto à política.

**Características dos direitos fundamentais.** São seis as características:

- 1) *Universalidade* – os direitos fundamentais são aplicados a todas as pessoas, não pertencendo a um grupo exclusivo;
- 2) *Historicidade* – os direitos fundamentais, como visto acima, são históricos, ou seja, nasceram aos poucos, de acordo com a evolução e conquistas da sociedade;
- 3) *Irrenunciabilidade* – os direitos fundamentais não podem ser renunciados pelos indivíduos;
- 4) *Inalienáveis* – os direitos fundamentais não podem ser transferidos;
- 5) *Concorrência* – os direitos fundamentais concorrem entre si, ou seja, não são cumulativos;
- 6) *Relatividade ou limitabilidade* – os direitos fundamentais são relativos ou limitados, ou seja, não há direitos fundamentais absolutos.

**Onde estão os direitos fundamentais?** Estão dispersos, segundo a doutrina, em cinco locais: (1) *na Constituição Federal – Título II*; (2) *na Constituição Federal, dispersos no texto*; (3) *fora da Constituição Federal, sediados em tratados internacionais*; (4) *como direitos constitucionais implícitos* e (5) *como direitos decorrentes do regime e dos princípios constitucionais*.

**Na Constituição Federal:** { *Art. 5º – Direitos individuais;*  
*Art. 6º a 11 – Direitos sociais;*  
*Art. 12 e 13 – Direitos de nacionalidade;*  
*Art. 14 a 16 – Direitos políticos;*  
*Art. 17 – Partidos políticos.*

**Direitos sociais.** São direitos essenciais e imprescindíveis cuja responsabilidade é do Estado para com a sociedade, ou seja, caracterizam-se por serem *direitos individuais coletivos*. Os principais direitos relacionados à sociedade são a educação e a saúde.

Segundo Canotilho, deve haver uma interpretação extensiva das cláusulas pétreas, englobando os direitos sociais, bem como todos os direitos fundamentais, de acordo com a *teoria da vedação do retrocesso*.

## 7.1. Direito de Nacionalidade

**Reserva.** São reservados aos brasileiros natos ou naturalizados.

**Titulares dos direitos fundamentais.** Afirma o art. 5º, *caput*, CF:

**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, à liberdade, à igualdade e à propriedade, nos termos seguintes...

**Estrangeiros.** Cabe fazer um adendo, porém, quanto aos estrangeiros. Segundo voto do Ministro Marco Aurélio, citando o Ministro Celso de Mello, no HC 74.051-3/SC:

*“A garantia de inviolabilidade dos direitos fundamentais, salvo as exceções de ordem constitucional, se estende também aos estrangeiros não residentes ou domiciliados no Brasil. O caráter universal dos direitos do homem não se compatibiliza com estatutos que os ignorem. A expressão residentes no Brasil deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e o gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro.”*

Tal entendimento passou a ser adotado, pois não se deve fazer tal distinção (argumento de obviedade), uma vez que os direitos fundamentais são:

- 1) Naturais;
- 2) Relativos à dignidade da pessoa humana;
- 3) Decorrentes de tratados internacionais.

**Pessoas jurídicas.** Como já visto anteriormente (vide subtópico *Os direitos fundamentais se aplicam às pessoas jurídicas* – tópico 3. Art. 1º da Constituição), pelo fato ser pessoa jurídica, e não humana, não seria possível que se aplicasse a dignidade da pessoa humana, porém se aplicará no que couber, segundo a *teoria da equiparação*.

Serão aplicados, por exemplo, o direito de propriedade, liberdade de imprensa, sigilo de correspondência, sigilo de dados, direito ao nome (empresarial), acesso ao Poder Judiciário, inviolabilidade domiciliar, direito à imagem, direito à honra, direito de impetrar mandado de injunção (M. Inj. nº 725/STF) etc.

**Nascituros.** Afirma a ADI 3.510/STF, utilizando como argumento a *teoria do investimento na vida*, de Dworkin:

III – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque *nativiva* (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicional”). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea está falando de

direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais, “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas 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.

[...]

“25. Convergentemente, essa constatação de que o Direito protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano **é o próprio fio condutor de todo o pensamento de Ronald Dworkin, constitucionalista norte-americano**, exporto ao longo das 347 páginas do seu livro ‘Domínio da Vida’ (Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003). Proteção que vai aumentando à medida que tais etapas do evolver da criatura humana vai-se adensando a carga de investimento nela: investimento natural ou da própria natureza, investimento pessoal dos genitores e familiares. É o que se poderia chamar de tutela jurídica proporcional ao tamanho desse investimento simultaneamente natural e pessoa, dado que também se faz proporcionalmente maior a cada etapa de vida humana a carga de frustração com a falência ou bancarrota do respectivo processo (a curva ascendente de expectativas somente se transmuta em descendente com a chegada da velhice)”.

**Animais.** Como dito anteriormente (vide subtópico *Os direitos fundamentais se aplicam aos animais?* do tópico 3. Art. 1º da Constituição), apesar de serem protegidos pela Constituição, segundo o art. 225, não são titulares dos direitos fundamentais.

## 7.2. Direito post mortem

Há direitos fundamentais do morto. São eles, segundo os arts. 12 e 20 do CC:

**Art. 12.** Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

**Parágrafo único.** Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

[...]

**Art. 20.** Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, 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 a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

**Parágrafo único.** Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Por último, convém citar o *direito ao sepultamento*, fixado pelo julgamento Brasil x Guerrilha do Araguaia pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Portanto, são três os direitos fundamentais dos mortos:

- 1) Direito à preservação da personalidade - honra;
- 2) Direito à preservação da imagem;
- 3) Direito ao sepultamento.

### 7.3. Eficácia dos direitos fundamentais

**Tipos.** São duas, concretamente, as eficácias dos direitos fundamentais: (1) *eficácia vertical* e (2) *eficácia horizontal*.

**Eficácia vertical.** Naturalmente, os direitos fundamentais provêm da relação Estado-indivíduo, sendo o Estado o elemento que deve criar e protegê-los, enquanto os indivíduos são os titulares destes. São exemplos os direitos de crença, locomoção, educação etc.

**Eficácia horizontal.** A partir da *teoria da horizontalização dos direitos fundamentais*, criou-se a indagação quanto a aplicação dos direitos fundamentais nas relações indivíduo-indivíduo, sendo ambos possuidores de direitos e deveres simultâneos.

Tal teoria é criticada, afirmando-se que a sua incorporação faz com que haja perda da autonomia privada e constitucionalização da vida privada, uma vez que o Estado passa a regular tais interações, adicionando-as ao ordenamento.

Esta teoria apresenta duas divisões: (1) *direta* e (2) *indireta*.

**Direta.** Afirmam os defensores de tal divisão que os direitos fundamentais devem ser aplicados de maneira direta nas interações horizontais apenas quando houver *desproporção social* entre as partes.

**Indireta.** Afirmam os que defendem tal posição serem os direitos fundamentais aplicados às relações particulares, somente se houver disposição em lei regulando tal aplicação. Ou seja, CF → Lei → Relação social.

**Eficácia diagonal.** Esta teoria foi criada recentemente por Sergio Gamonal. O autor afirma que é necessário que nos atentemos a uma situação específica, em que as partes não se encontram verdadeiramente em relação de igualdade, como nas situações de trabalho e de consumo. Nestas situações uma das partes apresenta-se superior, seja pela hipossuficiência ou vulnerabilidade da parte mais fraca.

Convém que os direitos fundamentais sejam aplicados em tais situações.



Diz-se diagonal, pois, em tese, os indivíduos apresentar-se-iam em igualdade, porém, por um fator externo, permanecem desiguais.

#### 7.4. Direito à vida

Afirma o art. 5º, *caput*, CF:

**Art. 5º, *caput*, CF.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes...

Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco:

“A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse.”

Afirma o art. 4º do Pacto de San José da Costa Rica:

**Art. 4º. Direito à vida:**

1. Toda pessoa tem o 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;
2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves. Em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente;
3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido;
4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos;
5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez;
6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

O direito à vida é o direito primeiro e exclusivo que dá sentido a todos os outros direitos, seja o direito à integridade física, liberdade, alimentação, saúde, educação, lazer, moradia, repouso etc. Nossa Constituição, por exemplo, consagra a

dignidade da pessoa humana como fundamento da República, porém não há dignidade sem vida.

É necessário que o direito à vida seja exercido mediante o respeito à três garantias:

- 1) Garantia de que o Estado não retirará a vida do indivíduo e que coibirá e punirá os particulares caso o façam:

Afirma o art. 5º, XXXVIII:

**Art. 5º, XXXVIII, CF.** É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

- 2) Garantia de manutenção da vida através de políticas públicas – mecanismos/meios/instrumentos do Estado para que haja a manutenção da vida dos indivíduos:

Afirmam os arts. 6º, 144, 196 e 225, CF:

**Art. 6º, CF.** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[...]

**Art. 144, CF.** A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos...

[...]

**Art. 196, CF.** 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 sua promoção, proteção e recuperação.

[...]

**Art. 225, CF.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

### 3) Garantia em proporcionar uma vida digna:

Afirma o art. 1º, III, CF:

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

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.

Afirma Paulo Gustavo Gonet Branco:

“O direito à vida apresenta evidente cunho de direito de defesa, a impedir que os poderes públicos pratiquem atos que atentem contra a existência de qualquer ser humano. Impõe-se também a outros indivíduos, que se submetem ao dever de não agredir esse bem elementar.

Coexiste com essa dimensão negativa, outra, positiva, que se traduz numa ‘pretensão jurídica à proteção, através do Estado, do direito à vida (dever de proteção jurídica) que obrigará este, por ex., à criação de serviços de polícia, de um sistema prisional e de uma organização judiciária.”

**Titularidade do direito à vida.** Todo o ser humano é titular do direito à vida, sem distinções, seja ela racial, de origem, quanto à orientação sexual etc.

Afirma Paulo Gustavo Gonet Branco:

“O direito à vida, assim, não pode ser compreendido de forma discriminatória com relação aos seus titulares. Se todo o ser humano singulariza-se por uma dignidade intrínseca e indisponível, a todo ser humano deve ser reconhecida a titularidade do direito mais elementar de expressão dessa dignidade única – o direito de existir.”

O direito à vida estende-se desde o surgimento da vida até a morte do indivíduo.

**Momento da morte.** Quanto à morte, há legislação que define tal momento:

**Art. 3º, caput, da Lei 9.343/97.** A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de 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.

Como mais um dispositivo protetor do direito à vida, afirma o art. 5º, XLVII, CF:

**Art. 5º, XLVII, CF.** Não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;

e) cruéis.

**Início da vida.** A discussão, porém, dá-se em relação ao início da vida. Há cinco visões acerca do início da vida:

1) Teoria da Natalista:

Trecho da ADI 3.510/STF:

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. [...]”

[...]

III – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ele começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque *nativiva* (teoria ‘natalista’, em contraposição às teorias ‘concepcionistas’ ou da ‘personalidade condicional’). E quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como o direito à saúde e ao planejamento familiar).”

2) Teoria Conceptualista: esta teoria defende o início da vida a partir da concepção.

Afirma Paulo Gustavo Gonet Branco:

“O elemento decisivo para se reconhecer e se proteger o direito à vida é a verificação de que existe vida humana desde a concepção, quer ela ocorra naturalmente, quer *in vitro*. O nascituro é um ser humano. Trata-se, indisputavelmente, de um ser vivo, distinto da mãe que o gerou, pertencente à espécie biológica do *homo sapiens*. Isso é bastante para que seja titular do direito à vida – apanágio de todo ser que surge do fenômeno da fecundação humana.

[...]

O direito à vida tem na fecundação o seu termo inicial e na morte o seu termo final.”

Afirma o informativo 547/STJ:

**“DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO REFERENTE AO SEGURO DPVAT EM DECORRÊNCIA DE MORTE DE NASCITURO.**

**A beneficiária legal de seguro DPVAT que teve a sua gestação interrompida em razão de acidente de trânsito tem direito ao recebimento da indenização prevista no art. 3º, I, da Lei 6.194/1974, devida no caso de**

**morte.** O art. 2º do CC, ao afirmar que a ‘personalidade civil da pessoa começa com o nascimento’, logicamente abraça a premissa insofismável: a de que ‘personalidade civil’ e ‘pessoa’ não caminham umbilicalmente juntas. Isso porque, pela construção legal, é apenas em um dado momento da existência da pessoa que se tem por iniciada sua personalidade jurídica, qual seja, o nascimento. Conclui-se dessa maneira, que, antes disso, embora não se possa falar em personalidade jurídica – segundo o rigor da literalidade do preceito legal –, é possível, sim, falar-se em pessoa. Caso contrário, não se vislumbraria qualquer sentido lógico na fórmula ‘personalidade civil da pessoa começa’, se ambas, - pessoa e personalidade civil – tivessem como começo o mesmo acontecimento. Com efeito, quando a lei pretendeu estabelecer a ‘existência da pessoa’, o fez expressamente.”

### 3) Teoria da Nidação:

“Discordando da Teoria da Concepção, a corrente nidatória entende que a vida se inicia a partir do momento em que o embrião se fixa no útero, o único ambiente em que ele pode se desenvolver. Isso ocorreria quando o óvulo fecundado penetra lentamente no endométrio até estar totalmente circundado por tecido materno, ou seja, é quando o óvulo é acolhido pelo útero. Este processo ocorre cerca de 5 a 6 dias após a fecundação, denominando-se nidação.”<sup>7</sup>

### 4) Teoria do Desenvolvimento do Sistema Nervoso Central:

“Para essa teoria, a vida humana somente seria possível com o cérebro humano. Ora, se a característica marcante da raça humana é justamente a capacidade de raciocinar, e essa somente se dá graças à evolução do nosso cérebro, seria lúcido concluir que a vida humana somente poderia se dar com as primeiras ligações nervosas.”<sup>8</sup>

Afirma o informativo do STF acerca do voto-vista do Min. Barroso no HC 124.306:

“Para o ministro, o bem jurídico protegido (a vida potencial do feto) é ‘evidentemente relevante’, mas a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade. Entre os bens jurídicos violados, apontou a autonomia da mulher, o direito à integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a igualdade de gênero – além da discriminação social e o impacto desproporcional da criminalização sobre as mulheres.

Advertiu, porém, que não se trata de fazer a defesa da disseminação do procedimento – ‘pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro’, afirmou. ‘O aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Por isso mesmo, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de

<sup>7</sup> Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33465/adi-n-3-510-bioetica-e-suas-repercussoes-no-ordenamento-juridico>>

<sup>8</sup> Disponível em: <<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/download/291/266/>>

educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas’.

Para o ministro, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir o seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetiva no primeiro trimestre. Como o Código Penal é de 1940 – anterior à Constituição, de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, o ministro Barroso entende que a hipótese é de não recepção. ‘Como consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva’, concluiu.”

- 5) Teoria dos Gametas: esta teoria entende haver vida nos gametas feminino e masculino.

**Caso da anencefalia.** Dispõe decisão proferida na ADPF nº 54/DF:

“FETO ANENCÉFALO – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do relator e, por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

[...]

Como esclareceu o Dr. Heverton Neves Pettersen [24], representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, o encéfalo é formado pelos hemisférios cerebrais, pelo cerebelo e pelo tronco cerebral. Para o diagnóstico de anencefalia, consoante afirmou o especialista, ‘precisamos ter ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar. É claro que, durante essa formação, não tendo cobertura da calota craniana, também vai fazer parte do diagnóstico a ausência parcial ou total do crânio’[25].

O anencéfalo, tal qual o morto cerebral, não tem atividade cortical. Conforme exposição do Dr. Thomaz Rafael Gollop[26] – representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Professor Livre Docente em Genética Médica da Universidade de São Paulo e Professor de

Ginecologia da Faculdade de Medicina de Jundiaí –, no eletroencefalo dos portadores da anomalia, há uma linha isoelétrica, como no caso de um paciente com morte cerebral. Assim, concluiu o especialista, ‘isto é a morte cerebral, rigorosamente igual. O anencéfalo é um morto cerebral, que tem batimento cardíaco e respiração’.[27]

[...]

**Decisão:** O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012.”

**Eutanásia e ortotanásia.** *Eutanásia.* Morte provocada com o fito de eliminar o sofrimento de alguém que não tenha possibilidade de sobrevivência. Marte boa, serena. Este é um elemento considerado criminoso – homicídio com causa de diminuição de pena por motivo de relevante valor moral. *Ortotanásia.* É a cessação da dosagem de medicamentos que mantenham a pessoa viva em casos graves ou incuráveis. Há divergência em relação à criminalização ou não de tal fato.

Afirma, porém, a Resolução 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina em seu art. 1º:

**Art. 1º da Resolução 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina.** É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

Afirma, também, a Ação Civil Pública 2007.34.00.014809/3, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Conselho Federal de Medicina, acerca da referida resolução:

“Aduz que: [i] o Conselho Federal de Medicina não tem poder de regulamentar para estabelecer como conduta ética uma conduta que é tipificada como crime; [ii] o direito à vida é indisponível, de modo que só pode ser restringido por lei em sentido estrito; [iii] considerado o contexto socioeconômico brasileiro, a ortotanásia pode ser utilizada indevidamente por familiares de doentes e pelos médicos do sistema único de saúde e da iniciativa privada.

[...]

Devidamente citado, o Conselho Federal de Medicina contestou asseverando que: [i] a resolução questionada não trata de eutanásia, tampouco de distanásia, mas sim de ortotanásia; [ii] a ortotanásia, situação em que a morte é evento certo, iminente e inevitável, está ligada a um

movimento corrente na comunidade médica mundial denominado Medicina Paliativa, que representa uma possibilidade de dar conforto ao paciente terminal que, diante do inevitável, terá uma morte menos dolorosa e mais digna; [iii] a ortotanásia não é considerada crime; e [iv] o direito à boa morte é decorrência do princípio da dignidade humana, consubstanciando um direito fundamental de aplicação mediata.

[...]

É o relatório. **Decido.**

Sobre muito refletir a propósito do tema vinculado nesta ação civil pública, chego à convicção de que a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto. Alinho-me, pois, à tese defendida pelo Conselho Federal de Medicina em todo o processo e pelo Ministério Público nas suas alegações finais, haja vista que traduz, na perspectiva da resolução questionada, a interpretação mais adequada ao Direito em face do atual estado de arte da medicina.”

## **7.5. Direito à igualdade**

Afirma o art. 5º, *caput*, CF:

**Art. 5º, *caput*, CF.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Afirma Rui Barbosa, segundo a Teoria da Justiça Distributiva de Aristóteles:

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualmente flagrante, e não igualdade real.”

Desigualdade/privilégio, portanto, seria tratar os iguais de maneira desigual ou tratar os desiguais de maneira igual.

**Espécies de igualdade.** São duas as espécies: (1) igualdade formal ou jurídica; (2) igualdade material, real ou marxista.

Aristóteles foi quem proporcionou primeiro a discussão acerca dos tipos de igualdade. Segundo ele, tratando do termo justiça, há duas classificações: (1) a Justiça Correlativa e (2) a Justiça Distributiva.

A Justiça, para o filósofo, parte da ideia de igualdade, não só de aspectos particulares, mas de todos os elementos dispostos no mundo. Esta ideia de igualdade



não se deve somente à divisão igualitária dos elementos em todos os casos (apesar de que há possibilidade de aplicação de tal justiça em determinadas situações), mas também à divisão equitativa, ou seja, dar a cada um o que se deve.

A Justiça Correlativa dá-se pelo significado mais simples de igualdade. É aquele em que  $2+2=4$  ou  $1=1$  e  $2=2$ , ou seja, formado por relações simples, relação aritmética. É a ideia de que todos têm o direito de receber partes iguais, independentemente das proporções.

A Justiça Distributiva, por outro lado, tem como objeto as relações proporcionais entre os elementos, como 2 está para 4, bem como 8 está para 16 –  $\frac{2}{4} = \frac{8}{16}$ , ou seja, relação geométrica. Nesta situação, há a divisão dos elementos proporcionalmente aos direitos relativos a determinado elemento, ou seja, dá-se parte do elemento de maneira proporcional ao direito que o indivíduo tem sobre o mesmo, em outras palavras, é a apresentação de uma variável que se deve levar em consideração, fazendo com que não mais se divida da mesma maneira.

**Igualdade formal ou jurídica.** Esta igualdade segue o princípio da Justiça Correlativa de Aristóteles, em que todos são tratados igualmente.

Como exemplo de igualdade jurídica, afirma o art. 5º, I e III, CF:

**Art. 5º, I, CF.** Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

[...]

**III.** Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Como afirma o próprio *caput*, “todos são iguais perante a lei”.

Este tipo de igualdade foi fomentado segundo a Revolução Francesa de que todos os indivíduos deviam ser tratados de maneira igual segundo as leis.

“A igualdade em sua face formal, contudo, é insuficiente, na medida em que desconsidera as peculiaridades dos indivíduos e grupos sociais menos favorecidos, não garantindo a estes as mesmas oportunidades em relação aos demais.

É nesse sentido que adveio a crise do liberalismo estatal, uma vez que o neutralismo do Estado criava inúmeras situações de injustiça, já que a igualdade puramente formalista favorecia tão somente uma parcela elitista da sociedade, em detrimento dos mais fracos.

Nesta esteira, com o advento do Estado Social, houve a reconstrução do sentido de igualdade. O Estado adquire uma feição

intervencionista com o fito de proteger os grupos menos favorecidos, efetivando os seus direitos fundamentais.”<sup>9</sup>

É nesse momento que se cria a chamada *igualdade material*.

**Igualdade material/ real/ marxista.** Esta igualdade segue a Teoria da Justiça Distributiva de Aristóteles. Segundo esta igualdade, deve-se analisar as desigualdades dos indivíduos, tratando-os conforme suas desigualdades para torná-los iguais.

É o sentido oferecido pela citação de Rui Barbosa acima referida: *A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar (partilhar) desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam.*

“Sabe-se que as pessoas possuem diversidades que muitas vezes não são superadas quando submetidas ao império de uma mesma lei, o que aumenta ainda mais a desigualdade existente no plano fático. Nesse sentido, faz-se necessário que o legislador, atentando para esta realidade, leve em consideração os aspectos diferenciadores existentes na sociedade, adequando o direito às peculiaridades dos indivíduos.”

Portanto, é necessário que o legislador averigue as diferenças existentes na sociedade, chegando a um elemento discriminador, o *discrímen*. Averiguando-se tal diferença, cabe a ele criar mecanismos que contornem tais divergências, tornando-os relativamente iguais.

A lei, portanto, deve ser desigual de acordo com as desigualdades sociais. Por exemplo, em concursos públicos não seria justificável um tratamento desigual entre homens e mulheres, pois possuem a mesma capacidade neste âmbito. Porém, tratando-se de um concurso que exige performance física, seria cabível a aplicação de avaliação distinta para as mulheres, visto que apresentam desvantagem física.

Devem se respeitar, porém, alguns critérios. Segundo Marcelo Novelino:

“Para ser compatível com o princípio da isonomia, o elemento discriminador, cuja adoção exige uma justificativa racional, deve ter por finalidade promover um fim constitucionalmente consagrado. O critério utilizado na diferenciação deve ser objetivo, razoável e proporcional.”

É necessário que o critério discriminador seja, portanto, (1) razoável e proporcional, bem como (2) objetivo, isto é, que atenda ao interesse público anteriormente averiguado.

---

<sup>9</sup> Disponível em: <[www.conteudojuridico.com.br/artigo,igualdade-formal-x-igualdade-material-a-busca-pela-efetivacao-da-isonomia,57812.html](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,igualdade-formal-x-igualdade-material-a-busca-pela-efetivacao-da-isonomia,57812.html)>

São alguns exemplos de desigualdades constitucionais:

**Art. 7º, CF.** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

**XX** – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

[...]

**Art. 37, CF.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

**VIII** – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

Todas são válidas, pois caracterizam ação do Poder Constituinte Originário. Estes exemplos acima são denominados *ações afirmativas*, ou seja, medidas legais, judiciais ou administrativas para que se conceda direitos à determinadas pessoas de forma provisória. Deixando de haver necessidades de tais direitos, extingue-se tal medida.

Afirma o Dicionário Jurídico Acquaviva:

“Expressão norte-americana que denomina normas jurídicas e condutas de entidades não governamentais, que buscam elevar grupos sociais e minorias historicamente discriminados (mulheres, minorias étnicas, religiosas e sexuais), a uma condição de igualdade.”

Como caso *sui generis*, temos *Brown v. Board of Education*:

“Em 1954, foi decidido um dos mais importantes julgamentos da história da Suprema Corte dos Estados Unidos. Considerado por muitos o julgamento do século. É o famoso caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954). O pai da estudante *Linda Brown* de 08 anos de idade ajuizou ação, pois sua filha teve a matrícula negada numa escola pública de brancos, por ser negra. A escola baseava-se numa decisão da Suprema Corte de 1892, o caso *Plessy v. Ferguson*. A decisão no caso *Plessy v. Ferguson* negou aos negros o direito de ter assento no mesmo vagão de trem dos brancos. A decisão baseava-se na doutrina do *separate but equal*, na qual ficou assentado que os brancos e negros eram iguais, mas deveriam permanecer separados. Tal odiosa doutrina de forma alguma garantia igualdade entre brancos e negros, mas apenas representava um verdadeiro *apartheid* social.

A Suprema Corte decidiu que a doutrina do *separate but equal* feria a XIV Emenda, considerando que a segregação praticada nas escolas públicas não propiciava às crianças negras as mesmas oportunidades das crianças brancas e causava um sentimento de inferioridade que poderia afetar a motivação de aprender.<sup>10</sup>”

No Brasil, temos como situação semelhante o caso das quotas para pessoas negras. Afirma a ADC nº 41/STF:

**“Ementa:** DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos.

1.1. Em *primeiro lugar*, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente.

1.2. Em *segundo lugar*, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator ‘raça’ como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma ‘burocracia representativa’, capaz de garantir que os pontos de vista e interesse de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais.

1.3. Em *terceiro lugar*, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros de administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014.”

---

<sup>10</sup> Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11777/a-luta-em-defesa-da-igualdade-e-das-liberdades-publicas-no-direito-norte-americano/>>

**Desigualdades infraconstitucionais e quanto às emendas à constituição.** As desigualdades normativas infraconstitucionais têm presunção de constitucionalidade, desde que sirvam como ações afirmativas e para a reversão de situações discriminatórias. Indo contra os preceitos constitucionais serão consideradas inconstitucionais.

**Destinatários do Princípio da Igualdade.** O princípio da igualdade é destinado (1) ao legislador – na criação das normas; (2) ao intérprete – na interpretação e aplicação das normas; (3) aos particulares – na eficácia e efetivo reflexo das normas.

## 7.6. Direito à Liberdade

**Art. 5º, caput, CF.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes...

Afirma Paulo Gustavo Gonet Branco:

“As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades.”

Nem sempre, porém, foi resguardado aos indivíduos o direito à liberdade. Na Idade Média, época conhecida como Idade das Trevas devido ao não avanço científico e filosófico, operavam os chamados Tribunais da Inquisição, sendo o mais conhecido o Tribunal do Santo Ofício ou Tribunal da Santa Inquisição, sustentado pela Igreja Católica.

“Com frequência, a Inquisição foi apoiada pelo peso da opinião pública dos países onde esteve instalada, principalmente quando manipulava os preconceitos raciais e religiosos contra os muçulmanos, os judeus e mesmo aos convertidos à fé católica. Os autos-de-fé, a execução das sentenças dos tribunais da Inquisição, tinham um apelo de mórbido divertimento público ao facultar a humilhação dos ‘condenados’, ou mesmo sua execução pública.

[...]

A probatória no processo da Inquisição era assentada sobre a tortura. ‘A tortura serve apenas como paliativo na falta de provas.’ A confissão é o objeto principal do inquisidor e a tortura o seu instrumento. Há sete regras sobre a aplicação da tortura: 1) tortura-se o acusado que vacilar nas respostas; 2) tortura-se o suspeito contra quem há uma só testemunha; 3) tortura-se o acusado que tenha contra si um ou vários indícios; 4) tortura-se quem tiver contra si um único depoimento em matéria de heresia; 5) tortura-se aquele que tiver contra si vários indícios de culpa; 6) tortura-se quem, além de tudo, ainda tiver contra si o depoimento de uma testemunha; 7) tortura-se quem tiver contra si uma difamação cumulada com uma testemunha adversarial e um único

indivíduo. Em suma, no regime inquisitorial todos podem ser torturados (Omnes torqueri possunt)”

Hoje, porém, o avanço dos Direitos Humanos garante aos indivíduos suas liberdades. Afirma o art. 1º, item 3, da Carta das Nações Unidas:

**Art. 1º.** Os propósitos das Nações unidas são:

[...]

3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

### 7.6.1. Liberdade de Expressão

Afirmam os arts. 5º, IV e V, e 220, *caput*, CF:

**Art. 5º, IV.** É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

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

[...]

**Art. 220, *caput*.** 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.

**Proteção ao pensamento e sua livre manifestação.** Um dos fundamentos da República, segundo o art. 1º, V, é o *pluralismo político*. Não se refere apenas à pluralidade quanto ao número de partidos políticos, mas também em relação à pluralidade de ideias disseminadas e discutidas. A liberdade de expressão é instrumento importantíssimo para a manutenção da democracia, visto que permite a presença desta pluralidade de ideias e de pensamento.

“O ser humano se forma no contato com o seu semelhante, mostrando-se a liberdade de se comunicar como condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa. O direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da sociabilidade, essencial ao ser humano.”

Como afirma o brocardo:

**“Cogitationis poenam nemo partitur<sup>11</sup>”**

---

<sup>11</sup> Ninguém deve ser punido por seus pensamentos.

**Direito fundamental não absoluto.** Como todos os outros direitos fundamentais, a liberdade de expressão não é absoluta, limitando-se à colisão com outros direitos. Por exemplo, *a liberdade de expressão não abrange a violência.*

Outro exemplo que podemos dar é caso do *hate speech*. Segue trecho do HC 82.424/STF:

**“EMENTA:** HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros ‘fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica [...] constitui crime de racismo.

[...]

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam.

[...]

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, §2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘*direito à incitação ao racismo*’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

[...]

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, indeferiu o habeas-corpus, vencidos os Senhores Ministros Moreira Alves, Relator, e Marco Aurélio, que concediam a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do delito, e o Senhor Ministro Carlos Britto, que a concedia, *ex-officio*, para absolver o paciente por falta de tipicidade de conduta.”

Como direito comparado, nos EUA o conceito de liberdade de expressão é mais amplo, sendo permitido o *hate speech*.

**Direito de ação e defesa.** O direito à liberdade de expressão não somente protege a disseminação e discussão de ideias, como também defende o indivíduo em

situações em que não queira se expressar. À título de exemplo, afirmam os arts. 5º, LXIII, CF e 8º, item 2, alínea g do Pacto de San José da Costa Rica<sup>12</sup>:

**Art. 5º, LXIII, CF.** O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de *permanecer calado*, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

**Art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica.** Garantias judiciais:

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:

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

**Sujeitos do direito à liberdade de expressão.** Tem-se como ideia principal sermos nós, cidadãos, os sujeitos detentores do direito e o Poder Público o sujeito contra quem tal direito é exercido.

**Limites do direito à liberdade de expressão.** Como já vimos, o direito à liberdade de expressão não será aplicado, uma vez que se choque com outro direito fundamental. No caso acima exposto, o *hate speech*, a liberdade de expressão choca-se com a dignidade da pessoa humana, prevalecendo a segunda.

A norma, porém, delimita expressamente uma barreira para a utilização do direito à liberdade de expressão: o *anonimato*.

O anonimato é o proferimento ou divulgação de determinada matéria sem que se saiba a fonte. Ou seja, os indivíduos não podem se expressar como querem se o fizerem de maneira furtiva, escondida, anônima.

Difícilmente ficará anônimo o indivíduo que profere ideias e pensamentos, pois sua identificação é de fácil percepção. Porém, é tarefa complicada descobrir a autoria daquilo que se escreve e não se tem a fonte. Por este motivo, tem-se uma discussão mais profunda acerca dos itens disposto a seguir:

#### 1) **Texto apócrifo:**

São objetos escritos cuja autoria é desconhecida. Não se protege tal meio de expressão, pois uma vez que haja o cometimento de excessos por meio destes, seria impossível punir os responsáveis por tal fato.

Façamos uma indagação. O que deverá acontecer se um meio de comunicação publicar um texto apócrifo?

---

<sup>12</sup> *Nemo tenetur se detegere* – ninguém será obrigado a produzir provas contra si mesmo.



Afirma o art. 28 da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67):

**Art. 28 da Lei de Imprensa.** O escrito publicado em jornais ou periódicos sem indicação de seu autor considera-se redigido:

I – pelo redator da seção em que é publicado, se o jornal ou periódico mantém seções distintas sob a responsabilidade de certos e determinados redatores, cujos nomes nelas figuram permanentemente;

II – pelo diretor ou redator-chefe, se publicado na parte editorial;

III – pelo gerente ou pelo proprietário das oficinas impressoras, se publicado na parte ineditorial.

§1º. Nas emissões da radiodifusão, se não há indicação do autor das expressões faladas ou das imagens transmitidas, é tido como seu autor:

- a) o editor ou produtor do programa, se declarado na transmissão;
- b) o diretor ou redator registrado de acordo com o art. 9º, inciso III, letra b, no caso de programas de notícias, reportagens, comentários, debates ou entrevistas;
- c) o diretor ou proprietário da estação emissora, em relação aos demais programas.

§2º. A notícia transmitida por agência noticiosa presume-se enviada pelo gerente da agência onde se origine, ou pelo diretor da empresa.

É por essa norma que os meios de comunicação, quando publicam textos de autores diversos, afirmam não seguirem as ideias, mas apenas dá publicidade.

Afirma trecho do HC 93.421/RO:

“As autoridades públicas não podem iniciar qualquer medida de persecução (penal ou disciplinar), apoiando-se, unicamente, para tal fim, em peças apócrifas ou em escritos anônimos.

[...]

Peças apócrifas não podem ser formalmente incorporadas a procedimentos, instaurados pelo Estado, salvo quando forem produzidas pelo acusado ou, ainda, quando constituírem, elas próprias, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no crime de extorsão mediante sequestro, ou como ocorre com cartas que evidenciam a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o ‘crimen falsi’, p. ex.)”

## 2) Textos Heterônomos/ Heterônimos:

São textos em que há identificação, porém esta não remete diretamente ao nome verdadeiro do autor, utiliza-se um *apelido*.

Para que se divulgue este texto, é necessário que o divulgador do texto exponha seu nome verdadeiro ou que o meio de comunicação propagador saiba o nome efetivo do autor. Numa efetiva extrapolação de direito de liberdade de expressão, o meio divulgador direciona o excesso ao efetivo autor.

### 3) Delação anônima:

A delação anônima é recurso que pode ser utilizado por qualquer cidadão para denunciar um crime, sem que tenha a sua integridade física e mental posta em risco pela ciência daqueles que praticaram o crime delatado por ele.

Afirma o HC 93.421/RO, já citado acima:

“Nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima (‘disque-denúncia’, p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, ‘com prudência e discrição’, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciadas, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da ‘persecutio criminis’, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas.

[...]

MINISTÉRIO PÚBLICO. AUTONOMIA INVESTIGATÓRIA. POSSIBILIDADE DE OFERECER DENÚNCIA INDEPENDENTEMENTE DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL.

O Ministério Público, independentemente da prévia instauração de inquérito policial, também pode formar a sua ‘opinio delicti’ com apoio em outros elementos de convicção – inclusive aqueles resultantes de atividade investigatória por ele próprio promovida – que evidenciem a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes da autoria, desde que os dados informativos que dão suporte à acusação penal não derivem de documentos ou escritos anônimos nem os tenham como único fundamento causal. Doutrina. Precedentes.”

**Princípio da liberdade de expressão na internet.** Afirmam os arts. 2º, caput, 3º, inciso I, da Lei 12.965 – Marco Civil da Internet:

**Art. 2º, caput, da Lei 12.965/14.** A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão...

[...]

**Art. 3º da Lei 12.965/14.** A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I – garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal.

[...]

Afirma o art. 241 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente:

**Art. 241 da Lei 8.069/90.** Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

**Pena** – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

**Art. 241-A da Lei 8.069/90.** Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança ou adolescente.

**Pena** – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

[...]

**Art. 241-B da Lei 8.069/90.** Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornografia envolvendo criança e adolescente.

**Pena** – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

[...]

**Art. 241-C da Lei 8.069/90.** Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual.

**Pena** – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

[...]

**Excesso de crítica.** Tal elemento aponta o caráter não absoluto do direito fundamental liberdade de expressão.

Afirma o art. 5º, V, CF:

**Art. 5º, V, CF.** É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

**Casos.** Serão dois os casos expostos aqui: (1) marcha para a legalização da maconha e (2) tatuagem em concursos públicos.

1) **Marcha da maconha:**

Afirma a ADPF 187/DF:

**“MÉRITO: “MARCHA DA MACONHA” – MANIFESTAÇÃO LEGÍTIMA, POR CIDADÃOS DA REPÚBLICA, DE DUAS LIBERDADES INDIVIDUAIS REVESTIDAS DE CARÁTER FUNDAMENTAL: O DIREITO DE REUNIÃO (LIBERDADE-MEIO) E O DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO (LIBERDADE-FIM) – A LIBERDADE DE REUNIÃO COMO PRÉ-CONDIÇÃO NECESSÁRIA À ATIVA PARTICIPAÇÃO DOS CIDADÃOS NO PROCESSO POLÍTICO E NO DE TOMADA DE DECISÕES NO ÂMBITO DO APARELHO DE ESTADO – CONSEQUENTE LEGITIMIDADE, SOB PERSPECTIVA ESTRITAMENTE CONSTITUCIONAL, DE ASSEMBLEIAS, REUNIÕES, MARCHAS, PASSEATAS OU ENCONTROS COLETIVOS REALIZADOS EM ESPAÇOS PÚBLICOS (OU PRIVADOS) COM O OBJETIVO DE OBTER APOIO PARA OFERECIMENTO DE PROJETOS DE LEI, DE INICIATIVA POPULAR, DE CRITICAR MODELOS NORMATIVOS EM VIGOR, DE EXERCER O DIREITO DE PETIÇÃO E DE PROMOVER ATOS DE PROSELITISMO EM FAVOR DAS POSIÇÕES SUSTENTADAS PELOS MANIFESTANTES E PARTICIPANTES DA REUNIÃO – ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL DE REUNIÃO PACÍFICA E O PONIBILIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO...”**

Afirma o art. 5º, XVI, CF:

**Art. 5º, XVI, CF.** 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.

2) **Tatuagem em concursos públicos:**

Afirma o RE 898.450/STF:

“1. O princípio da legalidade norteia os requisitos dos editais de concurso público.

2. O artigo 37, I, da Constituição da República, ao impor, expressamente, que ‘os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei’, evidencia a frontal inconstitucionalidade de toda e qualquer restrição para o desempenho de uma função pública contida em editais, regulamentos e portarias que não tenham amparo legal. [...]

3. O Legislador não pode escudar-se em uma pretensa discricionariedade para criar barreiras legais arbitrárias e desproporcionais para o acesso às funções públicas, de modo a ensejar a sensível diminuição do número de possíveis competidores e a impossibilidade de escolha pela Administração, daqueles que são os melhores.

4. Os requisitos legalmente previstos para o desempenho de uma função pública devem ser compatíveis com a natureza e atribuições do cargo. [...]

5. A tatuagem, no curso da história da sociedade, se materializou de modo a alcançar os mais diversos e heterogêneos grupos, com as mais diversas idades, conjurando a pecha de ser identificada como marca de marginalidade, mas, antes, de obra artística.

6. As pigmentações de caráter permanente inseridas voluntariamente em partes dos corpos dos cidadãos configuram instrumentos de exteriorização da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, valores amplamente tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro (CRFB/88, artigo 5º, IV e IX).

7. É direito fundamental do cidadão preservar sua imagem como reflexo de sua identidade, ressoando indevido o desestímulo estatal à inclusão de tatuagens no corpo.

8. O Estado não pode desempenhar o papel de adversário da liberdade de expressão, incumbindo-lhe, ao revés, assegurar que as minorias possam se manifestar livremente.

[...]

12. O Estado não pode considerar aprioristicamente como parâmetro discriminatório para o ingresso em uma carreira pública o fato de uma pessoa possuir tatuagens, visíveis ou não.

[...]

14. As restrições estatais para o exercício de funções públicas originadas do uso de tatuagens devem ser excepcionais, na medida em que implicam uma interferência incisiva do Poder Público em direitos fundamentais diretamente relacionados ao modo como o ser humano desenvolve a sua personalidade.

15. A cláusula editalícia que cria condição ou requisito capaz de restringir o acesso a cargo, emprego ou função pública por candidatos possuidores de tatuagens, pinturas ou marcas, quaisquer que sejam suas extensões e localizações, visíveis ou não, desde que não representem símbolos ou inscrições alusivas a ideologias que exteriorizem valores excessivamente ofensivos à dignidade dos seres humanos, ao desempenho da função pública pretendida, incitação à violência iminente, ameaças reais ou representem obscenidades, é incondicional.”

## **7.6.2. Princípio da Legalidade e da Reserva Legal**

**Princípio da legalidade ou da supremacia da escrita.** Afirma o art. 5º, II, CF:

**Art. 5º, II, CF.** Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Tal princípio procura limitar as ações abusivas dos funcionários do Estado que cerceiem o direito à liberdade, visto que os indivíduos somente deverão realizar determinada atividade, uma vez que a lei assim expresse. Caso contrário, não é necessário que o façam.

Quanto a isso, convém diferenciarmos a aplicação de tal princípio nas esferas pública e privada.

**Princípio da legalidade na esfera pública.** Nesta esfera, os funcionários públicos somente poderão fazer aquilo que estiver expressamente permitido na lei. Ainda que não seja expressamente proibido, caso não haja disposição quando a realização de determinada atividade, não deverá ser feita.

Ou seja, somente se faz aquilo que é expressamente permitido e não se deve fazer qualquer disposição que não esteja expressa na lei, bem como as ações expressamente proibidas.

**Princípio da legalidade na esfera privada.** Nesta esfera, diferentemente da anterior, poderá o indivíduo realizar tudo aquilo que não esteja expressamente proibido na lei.

Ou seja, somente será vedada a realização de atividades que estejam expressamente proibidas, podendo ser realizada qualquer outra atividade, bem como as que não possuem disposição quanto a sua proibição.

**Princípio da reserva legal.** Este princípio tem como objetivo destinar a normatização de determinado elemento a dispositivo legal específico, isto é, afirma que determinadas matérias somente poderão ser normatizadas por dispositivos legais específicos.

Segundo Luiz Flávio Gomes, são duas as espécies deste princípio: (1) absoluta e (2) relativa.

- 1) A **absoluta** ocorre quando determinada matéria é exclusivamente reservada a determinado dispositivo legal, excluindo-se a disposição por meio de qualquer outra fonte;
- 2) A **relativa** dá-se quando uma determinada matéria é, em parte, “admissível a outra fonte diversa da lei, sob a condição de que esta indique as bases em que aquela deva produzir-se validamente”.

À título de exemplo, podemos citar o artigo 5º, XXXIX, CF:

**Art. 5º, XXXIX, CF.** Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia combinação legal.

É o famoso brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Acerca disso, afirma Heleno Cláudio Fragoso:

“O direito de punir do Estado não se apresenta mais como um poder absoluto. No Estado contemporâneo, o exercício da soberania está

subordinado ao direito. O poder político penal de punir, originariamente absoluto e ilimitado, sendo juridicamente disciplinado e limitado, converte-se em poder jurídico, ou seja, em faculdade ou possibilidade jurídica de punir conforme ao direito. Não se admite que, num sistema de direito, o Estado imponha pena à ação não incriminada previamente.”

### 7.6.3. Liberdade de Crença

**Legislação.** Afirma o art. 5º, VI, CF:

**Art. 5º, VI, CF.** É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Este elemento é considerado por alguns doutrinadores como *liberdade de expressão qualificada* uma vez que se trata de liberdade de expressão quanto ao íntimo, subjetivo, do indivíduo que é protegido.

**Conceito.** Segundo o Dicionário Dicio:

“Ação de crer na verdade ou possibilidade de uma coisa.

Fé no âmbito religioso: crença em Deus, crença nos santos.

Convicção íntima; opinião que se adota com fé e convicção; certeza.”

Segundo uma concepção filosófica:

“Em filosofia, mais especificamente em epistemologia, **crença** é um estado mental que pode ser verdadeiro ou falso. Ela representa o elemento subjetivo do conhecimento.”

**Proteções.** São as proteções deste inciso:

- 1) Proteção à crença religiosa, qualquer que seja;
- 2) Proteção à convicção política e filosófica, inclusive o ceticismo, agnosticismo e o ateísmo.

**Código penal.** Afirma o art. 208, CP:

**Art. 208, CP.** Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso:

**Pena** – detenção, de um mês a um ano, ou multa.

**Parágrafo único.** Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.

### **Evolução da liberdade de crença:**

- 1) **Constituição de 1824:** apesar de não estabelecer a laicidade do país, permitia a liberdade de crença, sendo a primeira constituição a assim o fazer, apesar de limitar determinados direitos àqueles que não professassem a religião oficial.

Afirmam os arts. 5º, 95 e 179, V, da Carta de Lei de 25 de março de 1824:

**Art. 5º.** A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão admitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.

[...]

**Art. 95.** Todos os que podem ser Eleitores, abeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se:

- I. Os que não tiverem quatrocentos mil réis de renda líquida, na fórma dos Arts. 92 e 94;
- II. Os Estrangeiros naturalizados;
- III. Os que não professem a Religião do Estado.

[...]

**Art. 179.** A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:

[...]

- V. Ninguém póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

- 2) **Constituição de 1891:** passou a adotar a liberdade de crença em sua totalidade.

Afirmam os arts. 11, item 2º, e 72, §§ 3º, 5º e 29:

**Art. 11.** É vedado aos Estados, como à União:

[...]

2º) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos.

[...]



**Art. 72.** A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

**§3º.** Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.

[...]

**§5º.** Os cemitérios terão carácter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis.

[...]

**§29.** Os que allegarem por motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer onus que as leis da República imponham aos cidadãos e os que aceitarem condecoração ou títulos nobiliarchicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos.

A partir desta Constituição, todas as demais apresentaram a liberdade de crença.

**Casos.** Serão apresentados 12 casos: (1) Feriados religiosos e santos; (2) Ensino religioso nas escolas públicas; (3) Casamento perante autoridade religiosa com efeitos civis; (4) Transfusão de sangue em testemunhas de Jeová; (5) Fixação de crucifixos em espaços públicos; (6) Expressão “Deus seja louvado” nas cédulas de real; (7) Guarda sabática; (8) Imunidade tributária; (9) Curandeirismo; (10) Uso de véu pelas mulheres muçulmanas; (11) Matança de animais com fins religiosos/ santeria; (12) Consumo de substâncias entorpecentes com fins religiosos.

### 1) Feriados religiosos e santos:

Afirma o art. 215, §2º, CF:

**Art. 215, §2º, CF.** A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

Dispõe o art. 2º da Lei 9.093/95:

**Art. 2º da Lei 9.093/95.** São feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão.

Dispõe o art. 1º da Lei 6.802/80:

**Art. 1º da Lei 6.802/80.** É declarado feriado nacional o dia 12 de outubro, para culto público e oficial a Nossa Senhora Aparecida, Padroeira do Brasil.

Segundo Cláudio Maraschin, no artigo *O feriado como Direito Fundamental e elemento indispensável para o exercício da cidadania no âmbito do Estado Constitucional*, afirma:

“O feriado, para além de uma genealogia capitalista ou religiosa, possui um elemento transformador, essencial na formação do tecido social e, conseqüentemente, cultural, pois ele é a possibilidade de uma ascensão mundana diante de uma lógica que prega a abnegação ao trabalho como valor absoluto e imutável ou, por outro lado, de uma lógica que toma o feriado um subproduto de uma determinada religião.

[...]

Nos estudos de Dumazedier (1973), identificamos importantes elementos para desenvolver a perspectiva de feriado como elemento de significação, de compartilhamento e de pertencimento. Na sua obra *Lazer e Cultura Popular*, o autor mostra que os esquemas analíticos da sociedade que não consideram o fenômeno do lazer – e do feriado, acrescentamos – são limitados, e que o lazer deve ser considerado como elemento central da cultura vivida por milhões de trabalhadores, possuindo *‘relações sutis e profundas com todos os grandes problemas oriundos do trabalho, da família e da política’* (1973, 20).

[...]

O sentido que se deseja atribuir aqui ao tempo livre ou ao lazer é o de que ele pode se constituir – ou ser construído – como um valor em si, no sentido atribuído por Martha Wolfenstein, ou seja, de que o lazer abre a perspectiva para a ocorrência de práticas sociais e culturais indispensáveis para o fortalecimento dos valores fundamentais da sociedade e do Estado, expresso na Constituição Brasileira de 1988. Assim entendido, o lazer adquire a feição de um fenômeno que exerce conseqüências sobre o trabalho, a família e a cultura, constituindo-se ainda num conjunto de atividades diversas das atividades de produção e das obrigações sociais, trazendo, portanto, novos problemas a estas. O lazer, por assim dizer, apresenta-se como um elemento perturbador – arriscaria dizer, transformador – na cultura da nossa sociedade (Dumazedier, 2000, p. 28), ou seja, como incremento da cultura popular...”

Acerca dos feriados religiosos, afirma:

“Na seqüência do seu estudo, Häberle refere-se aos feriados que possuem certa relação com o Estado Constitucional no que se refere à sua fundação, à sua história, às suas constituições, ao seu desenvolvimento e feriados marcados por *‘contextos e processos histórico-culturais gerais, que têm seu fundamento, por exemplo, em uma distante época pré-constitucional’* (2008, 12).

Refere-se o autor, neste aspecto, aos feriados religiosos – Natal, Páscoa, etc. – ligados à tradição religiosa e que se apresentam diante do Estado Constitucional e da Teoria do Estado Constitucional Cultural como um ‘fator cultural caracterizador’ que, apesar de não terem relação concreta com a Lei Maior, poderia torná-los objetos de ‘patriotismo constitucional’ – pois o Estado brasileiro é laico – são feriados ‘culturalmente legitimados e motivados de forma especificamente religiosos’, mas que possuem relação com a Constituição, pois são feriados que remetem a valores caros para uma parte significativa do povo que compõe o Estado Constitucional.

Para além dos paradoxos levantados no âmbito das relações entre Estado e Religião, particularmente no que se refere ao Estado Laico, pensamos que uma teoria constitucional cultural não pode desconsiderar a existência de feriados que contribuem de maneira significativa para fortalecer o sentimento de comunidade, que auxiliam no processo de criação de vínculos comunitários, de pertencimento e de reconhecimento, mesmo que de tal lista de feriados alguns sejam religiosos.”

Portanto, segundo esta visão, é necessário que o feriado religioso não somente apresente caracteres religiosos, mas de alto valor sócio-cultural, possibilitando que os indivíduos criem vínculos sociais e progridam em relação à concretização de uma identidade nacional.

Não é esta, porém, a visão unânime em relação aos feriados religiosos. “*Para grande parte da doutrina, todavia, a oficialização de feriados religiosos é inconstitucional, por afrontar a liberdade religiosa daqueles que não professam a mesma religião em favor da qual o feriado foi instituído.*”<sup>13</sup>”

Segundo aqueles que são contra a instituição de feriados religiosos, tal disposição seria proibida com base no art. 19, I e III, CF:

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

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

[...]

III – criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

O fato da criação oficial de feriados para determinadas religiões, demonstraria um objetivo embaraço para a realização das demais religiões.

---

<sup>13</sup> Disponível em: <[www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/brasil-laicidade-e-liberdade-religiosa-desde-constituicao-da-republica-federativa-de-1988/](http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/brasil-laicidade-e-liberdade-religiosa-desde-constituicao-da-republica-federativa-de-1988/)>

Segundo Rafael Moraes, no artigo *Feriados religiosos – inconstitucionais ou não?*<sup>14</sup>:

“Os feriados seriam, então, formas de distinção entre os brasileiros, pois privilegiam certos agrupamentos – nesse caso, religiosos.”

Segundo Danilo Gonçalves Montemurro, em relação à Lei 6.802/80 (acima referida):

“A Lei 6.802/80, que cria o feriado de 12 de outubro pela veneração a Nossa Senhora Aparecida, dogma este bastante específico, tem, como texto: ‘culto público e oficial à Nossa Senhora Aparecida’. Não poderá haver um culto religioso oficial em um Estado leigo, sendo esse texto flagrantemente inconstitucional, por não ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Apesar de a referenciada lei ser inconstitucional e relacionar-se a culto bastante específico, possui caráter histórico e origina-se de religião que possui um grande número de seguidores (cerca de um terço da população), sendo sua revogação perigosa, podendo causar conflitos entre seus membros e o Estado, constituindo um assombroso pesadelo para aqueles que se preocupam com a interferência da igreja no Estado democrático.”

## 2) Ensino religioso nas escolas públicas:

Afirma o art. 210, §1º, CF:

**Art. 210, §1º, CF.** O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Afirma o art. 33 da Lei 9.394/96:

**Art. 33 da Lei 9.394/96.** 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.

**§1º.** Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores.

**§2º.** Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição do ensino religioso.

Segundo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439, o STF julgou improcedente a inconstitucionalidade do ensino confessional religioso nas escolas públicas.

---

<sup>14</sup> Disponível em: <[www.megajuridico.com/feriados-religiosos-inconstitucionais-ou-nao/](http://www.megajuridico.com/feriados-religiosos-inconstitucionais-ou-nao/)>

Segundo a ADI, proposta pela Procuradoria Geral da República, a ideia principal da contestação consistia “na exposição das doutrinas, das práticas, da história e de dimensões sociais das diferentes religiões – bem como de posições não-religiosas, como o ateísmo e o agnosticismo, sem qualquer tomada de partido por parte dos educadores.” Não se protegia, portanto, o ensino confessional das religiões, ou seja, não era defensora do ensino exclusivo de uma única religião, mas, como dito, das diferentes religiões.

O julgado improcedente possibilita a aplicação de ensino religioso confessional. Afirmou a Min. Cármen Lúcia em relação à proposta: “Não consigo vislumbrar as nas normas autorização para o proselitismo ou catequismo. Não vejo nos preceitos proibição que se possa oferecer ensino religioso com conteúdo específico sendo facultativo.”

Portanto, ficou definido da seguinte maneira<sup>15</sup>:

- I. Será facultativo ao aluno a participação nas aulas sobre religião, permanecendo o entendimento anterior disposto na CF e na Lei 9.394/96;
- II. Caberá à instituição de ensino definir quais as religiões que serão abordadas durante as aulas:

Tece interessante comentário o coordenador-geral do Fonaper (Fórum Nacional Permanente de Ensino Religioso), Elcio Cecchetti: “Isso deve privilegiar o catolicismo e certas igrejas evangélicas. O STF deu aval para que grupos majoritários adentrem as escolas – e as minorias seguirão excluídas e marginalizadas.”

- III. Caberá à instituição de ensino estabelecer os meios segundo os quais haverá a admissão dos professores que lecionarão tais matérias;
- IV. O aluno não poderá ser reprovado e repetir de ano por causa das matérias de ensino religioso, pois se trata de matéria facultativa, ficando, porém, submetido a uma avaliação em relação à matéria, sendo atribuído ao aluno uma nota;
- V. A decisão do STF já é válida, porém necessita da criação de regulamentação por parte dos Estados e Municípios juntamente com os respectivos Conselhos de Educação;
- VI. Os pais poderão escolher a escola cujo perfil se aproxima mais com o perfil da família em questão, devendo este assunto ser, igualmente, regulamentado pelos Estados e pelos Municípios;
- VII. Toda escola pública deverá apresentar em sua grade matéria referente ao ensino religioso, permanecendo esta facultativa.

---

<sup>15</sup> Disponível em: <[educaçao.uol.com.br/noticias/2017/09/28/o-que-muda-com-o-ensino-religioso-em-escolas-confira-perguntas-e-respostas.htm](http://educaçao.uol.com.br/noticias/2017/09/28/o-que-muda-com-o-ensino-religioso-em-escolas-confira-perguntas-e-respostas.htm)>

### 3) Casamento perante autoridade religiosa com efeitos civis:

Afirma o art. 226, §2º, CF:

**Art. 226, §2º, CF.** O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da Lei.

Afirma o art. 1º da Lei 1.110/50:

**Art. 1º da Lei 1.110/50.** O casamento religioso equivalerá ao Civil se observadas as prescrições desta Lei

Não é mais necessário que se realize a cerimônia cível para que se valide o casamento. Atualmente, é possível que os indivíduos somente apresentem documento comprobatório da realização da cerimônia religiosa, adquirindo efeitos civis desde a data da celebração.

Afirmam os arts. 4º, 5º e 6º da Lei acima referida:

**Art. 4º.** Os casamentos religiosos, celebrados sem a prévia habilitação perante o oficial do registro público, anteriores ou posteriores à presente Lei, poderão ser inscritos desde que apresentados pelos nubentes, com o requerimento de inscrição, a prova do ato religioso e os documentos exigidos pelo art. 180 do Código Civil.

**Parágrafo único.** Se a certidão do ato do casamento religioso não contiver os requisitos constantes dos incisos do art. 81 do Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, exceto o de número 5 (Lei dos registros públicos), os requerentes deverão suprir os que faltarem.

**Art. 5º.** Processado a habilitação dos requerentes e publicados os editais, na forma do disposto no Código Civil, o oficial de registro certificará que está findo o processo de habilitação sem nada que impeça o registro do casamento religioso já realizado.

**Art. 6º.** No mesmo dia, o juiz ordenará a inscrição do casamento religioso de acordo com a prova do ato religioso e os dados constantes do processo tendo em vista o disposto no art. 81 do Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939 (Lei dos registros públicos).

Convém destacar, por último, que qualquer religião poderá realizar as cerimônias de casamento, sendo todas elas válidas para a conquista dos efeitos civis.

### 4) Transfusão de sangue das testemunhas de Jeová:

Afirma declaração oficial dos Testemunhas de Jeová:

**“Por que as Testemunhas de Jeová não aceitam transfusão de sangue?”**

Isso é mais uma questão religiosa do que médica. Tanto o Velho como o Novo Testamento claramente nos ordenam a nos abster de

sangue. (Gênesis 9:4; Levítico 17:10; Deuteronômio 12:23; Atos 15:28, 29) Além disso, para Deus, o sangue representa a vida. (Levítico 17:14) Então, nós evitamos tomar sangue por qualquer via não só em obediência a Deus, mas também por respeito a ele como Dador da vida.<sup>16</sup>”

São alguns dispositivos normativos:

**Art. 5º, II, CF.** Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

**Considerações da Resolução CFM Nº 1.931/09.** CONSIDERANDO a busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade.

**Art. 15, CC.** Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

**Enunciado 403 da V Jornada de Direito Civil do CJF.** O direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da CF, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão de tratamento ou da falta dele, desde que observado os seguintes critérios:

- a) capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente;
- b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e
- c) oposição que diga respeito à própria pessoa do declarante.

Portanto, seguirá quatro procedimentos para a negação da transfusão:

- 1) **Se maior e capaz**, levar-se-á em conta a sua própria permissão para que se efetue a transfusão. Caso haja negação, será respeitado, sendo registrada a negação do indivíduo para que se afaste a responsabilidade dos médicos;
- 2) **Se maior e incapaz**, ou seja, em situação emergencial ou de urgência, seguir-se-á o disposto no Capítulo I, inciso VII e Capítulo V, art. 33 do Código de Ética Médica:

Afirma tal dispositivo:

**Capítulo I, VII.** O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

[...]

---

<sup>16</sup> Disponível em: <[www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-de-jeova-nao-transfusao-sangue/](http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-de-jeova-nao-transfusao-sangue/)>

**Capítulo V, art. 33.** Deixar de atender pacientes que procurem seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo.

- 3) Em caso de **menor em situação não emergencial ou de urgência**, caberá aos responsáveis autorizar a transfusão de sangue. Em relação a esta questão, afirma Celso Bastos no artigo *Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicções Religiosas*<sup>17</sup>:

“Quanto aos pais ou demais responsáveis, é preciso deixar certo que não há negligência ou qualquer espécie de culpa quando solicitam aos médicos que usem meios alternativos para o tratamento de sangue em seus filhos. A recusa a uma determinada técnica médica pelos pais ou responsáveis, quando não se tem algumas outras vias, que atingem até melhores resultados do que a técnica padrão (sempre presente um alto risco de contaminação por diversas doenças), não é suficiente para configurar a culpa em qualquer de suas modalidades. (...) Em verdade, o que os pais querem é salvar a vida dos seus filhos por métodos alternativos, sem que com isso tenha-se de pagar um alto preço que seria a violação de princípios religiosos que lhe são por demais caros.”

- 4) No caso de **menor em situação emergencial ou de urgência**, seguir-se-á os dispositivos do Código de Ética acima referidos, ainda que os pais neguem tal intervenção médica.

Por fim, existe um documento que pode ser carregado pelos Testemunhas de Jeová, especificando suas permissões em relação aos *cuidados médicos*:

“É norma que cada Testemunha de Jeová, desde que seja um membro batizado, adulto ou menor amadurecido, traga sempre consigo um documento de identificação onde está exposta a recusa em receber sangue total ou qualquer um dos seus quatro componentes principais, bem como a sua recusa em usar procedimentos clínicos que incluam armazenamento de sangue para posterior infusão.

Este documento, *Declaração/Procuração sobre Cuidados de Saúde* inclui também a decisão pessoal, segundo opções tomadas em consciência, sobre três áreas distintas:

- A aceitação ou recusa, total ou parcial, dos hemoderivados ou frações menores do sangue, dos quatro componentes principais.
- A aceitação ou recusa, total ou parcial, dos meios de tratamento que impliquem o manuseio do sangue, em circuito extracorpóreo ininterrupto.
- Decisões quanto ao que fazer caso o portador do documento se venha a encontrar num estado clínico de Morte Cerebral

---

<sup>17</sup> Disponível em: <[www.crianca.mppr.mp.br/pagina-634.html/](http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-634.html/)>



declarada, estando a vida dependente de máquinas, estabelecendo se estas devem ser desligadas ou não.<sup>18</sup>”

## 5) Fixação de crucifixos em espaços públicos:

Afirma o Diário de Justiça do Conselho Nacional de Justiça do dia 24/06/2016:

“O CNJ discutiu em 2011, em seminário organizado pelo então Conselheiro Ives Gandra Martins Filho, a questão da laicidade do Estado, aspecto de fundamental importância no presente caso.

Das discussões possíveis naquele encontro, e também das abalizadas posições doutrinárias, extrai-se que o Estado brasileiro é laico, o que significa dizer que há separação entre Estado e Igreja.

Porém, há aqueles que confundem Estado Laico com Estado Laicista, deturpação do primeiro, no qual se procura isolar o fator religioso à esfera puramente pessoal, proibindo ou cerceando as manifestações externas da religiosidade.

[...]

Bem se sabe o quanto as divergências religiosas já causaram guerras e destruição ao redor do mundo, em especial por conta da chamada intolerância religiosa, que deve ser combatida como um perigoso elemento desagregador da sociedade.

Nesse diapasão, entendo que os **símbolos religiosos são também símbolos culturais**, que corporificam as tradições e valores de uma cultura ou civilização, sintetizando-as. Nesse sentido, **o Crucifixo é um símbolo simultaneamente religioso e cultural**, consubstanciando um dos pilares – o mais transcendente – de nossa civilização ocidental.

[...]

Das várias formas de relação entre a Igreja e Estado no tempo e no espaço – Estado Confessional (que adota uma religião como oficial), Estado Ateu (que rejeita o fator religioso como constitutivo do ser humano) e Estado Laico (que vive a separação entre Igreja e Estado, mas com cooperação entre eles e respeito à liberdade religiosa), o Brasil adotou nitidamente esta última forma.

Ou seja, não há como ser elemento de exclusão ou de diminuída garantia às minorias que praticam outras crenças. Por outro lado, visto como símbolo cultural que é, o crucifixo não discrimina ou exclui ninguém.

**Até porque, ser laico não significa ser inimigo da religião, ou agir como se a mesma não existisse.**

---

18

Disponível

em:

<[www.testemunhas.wikia.com/wiki/Declaração Médica / Procuração sobre Cuidados Saúde/](http://www.testemunhas.wikia.com/wiki/Declaração_Médica_/Procuração_sobre_Cuidados_Saúde/)>

Documento disponível em: <[www.wol.jw.org/bzs/wol/d/r402/lp-lsb/1102017532/](http://www.wol.jw.org/bzs/wol/d/r402/lp-lsb/1102017532/)>

Portanto, resta claro que a presença do Crucifixo não significa uma mistura de religião e Estado, mas remete a uma questão histórico-cultural, sem ferir a liberdade religiosa ou a privilegiar apenas uma crença.”

## 6) Expressão “Deus seja louvado” nas cédulas de real:

Afirma a contestação da Advocacia-Geral da União, acerca da frase, no processo nº 0019890-16.2012.403.6100:

“Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da União e do Banco Central do Brasil, objetivando a prolação de provimento judicial que, inicialmente, conceda a antecipação dos efeitos da tutela *inaudita altera parte* para que, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, sejam os corréus compelidos à obrigação de fazer consubstancia na retirada da expressão “Deus seja louvado” de todas as cédulas de Real (ou outra moeda eventualmente adotada) que forem impressas decorrido tal prazo.

[...]

Defende que a partir do Decreto 119-A, de 07/01/1890 se rompeu o vínculo entre Estado e Igreja. Assim, desde 1891 está prevista a neutralidade do Estado em matéria religiosa, até chegar à Constituição em vigor. Nesta linha, entende que não se pode conceber a proeminência da ideologia de uma religião em detrimento das demais. Argumenta, ainda, que a liberdade de religião é garantida no artigo XVII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos artigos 2º, 3º e 4º da Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções e no artigo 12 do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos).”

Afirma a decisão do mesmo processo:

“No Brasil a longa tradição católica como religião oficial (mais de trezentos anos) deu nome a muitas cidades, institui vários feriados oficiais e delineou culturalmente o país.

Tanto é assim, que apesar de não existir uma religião oficial, o Cristo Redentor é símbolo do País e o Natal é comemorado com decorações pagas pelas Prefeituras na grande maioria das cidades.

Compete ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público Federal, sob o argumento de inconstitucionalidade, afastar todas essas práticas, mudando o nome das cidades, abolindo os feriados religiosos, impedindo que o Poder Público mantenha símbolos religiosos e comemorações afins?

Creio que não.

[...]

Seja qual for a linha que se adote, não comete ao Judiciário definir se esta inscrição pode ou não estar cunhada no papel moeda.

Ela, em si, não fere nenhum direito individual ou coletivo, ou impõe determinada conduta.”

## 7) Guarda sabática:

A guarda sabática consiste no período que se estende do pôr-do-sol de sexta-feira ao pôr-do-sol de sábado, considerado sagrado por adeptos de diversas religiões.

A pergunta que se deve fazer é *o que acontece se o indivíduo for obrigado, por lei, a exercer determinadas atividades neste período, indo contra a sua religião?*

São dois os casos mais pertinentes: (1) a realização de provas e concursos no sábado; (2) a realização de trabalho nos sábados por ordem da empresa ou órgão no qual se é empregado.

### 7.1) Realização de provas e concursos:

Afirma, por exemplo, o edital (2016) do ENEM acerca dos sabatistas:

**2.2.1.2.** Atendimento ESPECÍFICO: oferecido a gestantes, lactantes, idosos, estudantes em classe hospitalar e sabatistas (pessoas que, por convicção religiosa, guardam o sábado).

[...]

**2.5.** O PARTICIPANTE sabatista poderá solicitar atendimento ESPECÍFICO, informando a opção “Guardador de sábado por convicção religiosa” em campo próprio do sistema de inscrição.

**2.5.1.** É considerado PARTICIPANTE sabatista, para os fins estabelecidos neste Edital, aquele que, por convicção religiosa, guarda esse dia da semana, o sábado, reservando-o para o descanso e/ou a oração, desde que assim se declare em campo próprio do sistema de inscrição.

**2.5.2.** O Inep assegurará aos PARTICIPANTES que informarem a opção “Guardador de sábado por convicção religiosa” horário específico para aplicação do Exame do dia 5/11/2016, observados os itens 2.5.1 e 10.4 deste Edital.

**2.5.3.** O PARTICIPANTE que informar a opção “Guardador de sábado por convicção religiosa” deverá comparecer ao seu local de realização do Exame no mesmo horário dos demais PARTICIPANTES, às 12h00min (horário oficial de Brasília-DF), de acordo com o item 10.4 deste Edital.

**2.5.4.** O PARTICIPANTE que informar a opção “Guardador de sábado por convicção religiosa” deverá aguardar, em sala de provas, para iniciar as provas do primeiro dia, às 19h00min, horário oficial de Brasília-DF.

[...]

**2.5.5.** O PARTICIPANTE que informar a opção “Guardador de sábado por convicção religiosa” não poderá realizar qualquer espécie de consulta, de comunicação ou de manifestação a partir do ingresso na sala de provas até o término do Exame, sob pena de eliminação do Exame.

Houve mudança da data do ENEM a partir do ano de 2017, dispondo o item 1.3 do edital daquele ano:

**1.3.** A aplicação do Enem 2017, em todas as Unidades da Federação, ocorrerá em dois domingos consecutivos e obedecerá ao seguinte cronograma, conforme horário oficial de Brasília-DF:

Aplicação do Exame	05 e 12/22/2017
Abertura dos portões	12h
Fechamento dos portões	13h
Início das provas	13h30min

Manteve-se a aplicação em domingos consecutivos no Enem que será realizado neste ano (2018).

Segundo artigo publicado no site *Guia do Estudante* em 2017<sup>19</sup>:

**“Exame em dois domingos**

O exame passará a ser aplicado em dois domingos seguidos (em 2017, as provas serão em 5 e 12 de novembro).

[...]

A mudança do exame para domingo normaliza a prova para os sabatistas, que tradicionalmente tinham de esperar até as 19h do sábado para iniciar a prova. Segundo o MEC, os 76 mil candidatos sabatistas que fizeram a prova geraram um gasto de cerca de R\$ 646 mil.”

**7.2) Realização de trabalho por ordem de lei**

Aqui o caso é mais delicado, visto que não há legislação que disponha sobre tal assunto. Assim, é facultativo às empresas e órgãos públicos respeitarem ou não a guarda sabática de seus funcionários.

**8) Imunidade tributária:**

Afirma o art. 150, VI, b, CF:

**Art. 150, CF.** Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

**VI** – instituir imposto sobre:

[...]

**b)** templos de qualquer culto.

[...]

<sup>19</sup> Disponível em: <[www.guiadoestudante.abril.com.br/enem/entenda-todas-as-mudancas-do-enem-2017/](http://www.guiadoestudante.abril.com.br/enem/entenda-todas-as-mudancas-do-enem-2017/)>

§4º. As vedações expressas no inciso VI, alíneas “b” e “c”, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

Tal dispositivo foi criado, pois se entendeu que era necessário um estímulo para que houvesse o acontecimento da atividade religiosa no país.

Afirma Renata Ferreira Sucupira, no artigo *Imunidade do artigo 150, VI, b da Constituição Federal – extensão do termo templo*<sup>20</sup>:

“A ideia de templo é especificamente a de um lugar destinado às cerimônias sagradas e são utilizadas exclusivamente para esse fim.

Dado a origem da palavra e também ao seu uso comum, esse conceito é alvo de divergências, sendo duas as principais correntes. A primeira admite como templo somente o local dedicado ao culto religioso. Já a segunda corrente abrange também os conventos, as casas paroquiais, as residências dos religiosos etc.”

Convém esclarecer a diferença entre *imunidade* e *isenção*.

**Imunidade tributária.** Segundo o Dicionário Jurídico Acquaviva:

“Vedação constitucional da imposição de tributos sobre coisa, negócio, fato ou pessoa. Não se confunde com a isenção fiscal, porque se esta pode ser removida por simples lei ordinária, enquanto a imunidade só pode ser alcançada pela alteração da própria norma constitucional que a criou.”

**Isenção tributária.** Segundo mesmo dicionário:

“Dispensa legal do pagamento de um tributo. Pode ser extinta mediante lei ordinária, ao contrário da imunidade, somente atingida por alteração constitucional. Não se confunde, também, com a não incidência, pois, se a isenção é a dispensa legal do pagamento de um tributo, a não incidência implica a própria existência da obrigação fiscal, não havendo, portanto, fato gerador.”

## 9) Curandeirismo:

Afirma o art. 284, CP:

**Art. 284, CP.** Exercer curandeirismo:

I – prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância;

II – usando gestos, palavras ou qualquer outro meio;

III – fazendo diagnósticos;

**Pena** – detenção, de seis meses a dois anos.

---

<sup>20</sup> Disponível em: <[www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10722/](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10722/)>

**Parágrafo único.** Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa.

**Conceito.** Curandeiro é aquele que ministra, aplica ou prescreve medicamentos e procedimentos curativos, acreditando possuir capacidade para tal, porém, não possuindo especialização médica.

A discussão paira sobre a prática do curandeirismo em determinadas religiões como sendo parte efetiva das atividades daquela crença.

Sobre este assunto, afirma Anne Clarissa de Almeida Cunha, no artigo *Crime de curandeirismo*<sup>21</sup> :

“Em um país tão recheado de crenças e culturas que envolvem práticas de cura, como o Brasil, admite-se tipificação em seu Código Penal na qualidade de crime o Curandeirismo. Trata-se de uma situação, a priori, um tanto quanto equivocada, mas que deve, por ser tão delicada, ser meticulosamente analisada, para não incorrer em um injusto penal.

É, pois, questão de difícil trato, uma vez que, por exemplo, ‘no Candomblé e na Umbanda, as práticas não se resumem a rezas, orações, cultos, liturgias: há sim dimensão prática, empírica, em que se usam determinados elementos orgânicos e objetivos num ritualística própria, a exemplo dos animais, das imagens, dos atabaques, dos fetiches etc.’ Diante de tal, deve-se ter muito cuidado para não se estar infringindo um direito garantido pela Constituição Federal.

[...]

Apesar de existirem regras, princípios, padrões, há de se afirmar que todo conhecimento, por mais científico, tem por premissa um fenômeno de crença e de certeza indireta, no qual se depositam as expectativas antropológico-sociais dos modelos de conhecimento. E, dentre mil outros fatores, há uma necessidade quase que inconsciente do ser humano de se buscar caminhos alternativos e práticas alternativas para alcançar a sua cura.

Relevando o conteúdo pejorativo empregado, o curandeirismo não pressupõe erro, fraude ou qualquer tipo de engodo. De modo que, necessário seria, uma revisão crítica, a fim de evitar injustiças de quem age de boa-fé quanto ao exposto, e de aproximar a tipificação em tela à realidade social. Outrossim, pode-se constatar ser uma conduta plenamente ajustada às regras do convívio social, porque, ainda que prevalecendo os mecanismos de repressão, continuarão as pessoas dirigindo-se aos curandeiros para encontrar talvez a humanização e a solução por vezes inexistente nos tratamentos acadêmicos e científicos.”

Sobre a discussão, não se poderia acusar de curandeirismo aquele que pratica a cura por meio da liberdade de crença, sendo esta uma ação voltada para o culto em questão.

<sup>21</sup>

Disponível

em:

[www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8929/](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8929/)

### 10) Uso de véu pelas mulheres muçulmanas:

Foi criada a Lei Estadual de São Paulo nº 14.955/2013 cujo texto do art. 1º dispõe:

**Art. 1º.** Fica proibido o ingresso ou permanência de pessoas utilizando capacete ou qualquer tipo de cobertura que oculte a face nos estabelecimentos comerciais, públicos ou privados.

Porém tal lei atingiu os princípios fundamentais de liberdade de crença e de locomoção.

Acerca disso afirma Naíma Perrella Milani sob o título *A proibição de cobrir o rosto em estabelecimentos comerciais*<sup>22</sup>:

“Para impedir distorções como estas, é preciso atentar para que a lei estadual 14.955 não seja proibitiva da locomoção e da prática religiosa das mulheres muçulmanas, que devem ter a liberdade de entrar e permanecer em qualquer estabelecimento comercial, público ou privado. ‘A muçulmana usa o véu não por uma opção, escolha ou simplesmente por que acha que é bonito, e sim por uma obrigação religiosa, e isso deve ser respeitado, assim como também devem ser respeitadas todas as outras religiões’, comentou o Xeique Al-Khazraji, líder religioso do Centro Islâmico no Brasil.

[...]

Neste contexto, impedir a entrada e permanência dessas mulheres em estabelecimentos comerciais poderia ser entendido como um abuso de direito do comerciante. A figura do abuso de direito se caracteriza quando há uma situação em que a lei não é violada em sua literalidade, mas é extrapolada no que toca aos seus fundamentos e fins. Assim é que impedir uma muçulmana com o rosto coberto de entrar em uma loja, embora não seja contrário à letra fria da lei, está na contramão dos valores do ordenamento jurídico brasileiro e da finalidade específica da lei paulista, que é voltada principalmente a motociclistas, e que além de capacetes menciona bonés, capuzes e gorros.”

Acerca desse assunto, caberá aos estabelecimentos comerciais criar mecanismos capazes de contornar tal situação, não havendo violação do direito de crença, bem como do direito de locomoção.

### 11) Matança de animais com fins religiosos – santeria:

Afirma o art. 225, §1º, VII, CF:

**Art. 225, CF.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

<sup>22</sup> Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI176536,71043-A+proibicao+de+cobrir+o+rosto+em+estabelecimentos+comerciais/](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI176536,71043-A+proibicao+de+cobrir+o+rosto+em+estabelecimentos+comerciais/)

§1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Afirmam, também alguns dispositivos da Lei 9.605/98:

**Art. 29.** Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes de fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

**Pena** – detenção de seus meses a um ano, e multa.

[...]

**Art. 32.** Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

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

São alguns dispositivos da Lei das contravenções penais (Decreto-Lei 3.688-41):

**Art. 64.** Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo:

**Pena** – prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos réis.

Afirma Luciano Rosa Vicente no artigo intitulado *Direitos constitucionais de proteção aos animais e de liberdade religiosa: qual deve prevalecer quando se trata do abate de animais nos cultos de matriz africana?*<sup>23</sup>:

“Já que se está tratando de sacrifício de animais em liturgias de matriz africana, bom trazer à baila a lição do professor Yannick Yves Andrade Roberto sobre quais religiões estão nessa linha: ‘por religiões de matriz africana devemos compreender o Candomblé, o Batuque, o Omolokô, a Santeria e a Umbanda. A prática de sacrifício de animais é encontrada em todas essas religiões com exceção da Umbanda, na qual raramente se pratica’. Aproveitando a lição do professor e agora ingressando na dialética doutrinária especificamente sobre a tensão de direitos aqui estudada, ele leciona que não pode ser típico nem perante a lei de crimes ambientais nem perante a lei de contravenções penais o sacrifício ritual de animais nas religiões de matriz africana, pois ao realizá-lo o sacerdote não tem o dolo específico dos tipos penais: submeter os animais aos maus-tratos ou matá-los. A lei visa a proteger o animal da morte cruel, a morte que decorre de práticas levianas. Como não há nenhuma lei que proíba o sacrifício de animais para alimentação humana ou o simples sacrifício de animais domésticos (sem meios cruéis) pode-se,

---

<sup>23</sup> Disponível em: <[www.jus.com.br/artigos/66080/direitos-constitucionais-de-protecao-aos-animais-e-de-liberdade-religiosa-qual-deve-prevalacer-quando-se-trata-do-abate-de-animais-nos-cultos-de-matriz-africada/](http://www.jus.com.br/artigos/66080/direitos-constitucionais-de-protecao-aos-animais-e-de-liberdade-religiosa-qual-deve-prevalacer-quando-se-trata-do-abate-de-animais-nos-cultos-de-matriz-africada/)>



com base no princípio da legalidade assegurado no art. 5º, II, da CF/88, defender o sacrifício ritual de animais domésticos ou domesticados criados para este fim, finaliza o professor.”

Portanto, dever-se-á atentar para o quesito maus-tratos. Não poderá haver matança de animais silvestres com intuito religioso, uma vez que a mesma seja feita de maneira cruel ou de modo a maltratar os animais em questão.

## 12) Consumo de substâncias entorpecentes com fins religiosos:

Neste caso, somente será permitido o uso controlado no ambiente da celebração religiosa, em local privado, não podendo extrapolar para o ambiente público, sob pena de ser caracterizado crime.

### 7.6.3.1. Privação de direitos por motivo de crença

Afirma o art. 5º, VIII, CF:

**Art. 5º, VIII, CF.** 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.

Afirma o artigo que, *ninguém será privado de direitos por motivo de:*

- 1) Crença religiosa;
- 2) Convicção filosófica ou política.

Salvo para eximir-se de obrigação imposta a todos.

Veremos dois exemplos acerca de obrigação imposta a todos que não poderá ser contornada pelo direito à crença: (1) Serviço militar obrigatório; (2) Dever de votar.

**Recusa de serviço militar obrigatório por imperativo ou escusa de consciência e prestação alternativa.** Afirma o art. 143, CF:

**Art. 143, CF.** O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

**§1º.** Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

**§2º.** As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

Afirma a Lei 4.375/64:

**Art. 2º.** Todos os brasileiros são obrigados ao Serviço Militar, na forma da presente Lei e sua regulamentação.

Afirma, ainda, o art. 3º, §1º, do Decreto 8.239/91:

**Art. 3º.** O Serviço Militar inicial é obrigatório a todos os brasileiros, nos termos da lei.

**§1º.** Ao Estado-Maior das Forças Armadas compete, na forma da lei e em coordenação com os Ministérios Miliars, atribuir Serviço Alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência decorrente de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

Identifica, por último, a Portaria nº 2.681 do Cosemi acerca dos requisitos do Imperativo de consciência:

**Art. 15, §4º.** O requerimento será instruído com os seguintes documentos:

- 1) Cópia do Certificado de Alistamento Militar (CAM), autenticada no próprio órgão alistador;
- 2) Declaração de Imperativo de Consciência, redigida de próprio punho – ou “a rogo”, com o testemunho de dois funcionários da prefeitura ou de munícipes perfeitamente identificados e localizáveis, quando o alistado não puder expressar-se convenientemente por escrito – contendo, obrigatoriamente, a explicitação dos seguintes requisitos:
  - a) razões de sua objeção em prestar o Serviço Militar Obrigatório, explicitando religião, linha filosófica ou partido político, de acordo com cada caso;
  - b) aceitação de todas as condições impostas pela LPSA, regulamentos e normas para a execução do Serviço Alternativo; e
  - c) afirmação de estar ciente de que o não cumprimento do Serviço Alternativo ou os deveres, obrigações e disposições referentes aos optantes desta modalidade de Serviço implicará a suspensão de seus direitos políticos.

[...]

**§8º.** Aqueles que, em qualquer caso, recusarem-se, também, a prestar o Serviço Alternativo deverão apresentar uma Declaração de próprio punho, expressando tal recusa. Posteriormente receberão o Certificado de Recusa de Prestação do Serviço Alternativo, nos termos da LPSA e do §4º do art. 43 do presente regulamento, devendo, na oportunidade, fazer entrega de seus títulos eleitorais, os quais serão remetidos ao respectivo Tribunal Regional Eleitoral, juntamente com a cópia do Diário Oficial que publicará a suspensão dos direitos políticos de cada um.

**Imperativo ou escusa de consciência.** Segundo o Dicionário Jurídico Acquaviva:

“Arguição de circunstância, fundada em crença religiosa ou convicção político-filosófica, para a dispensa de obrigação legal a todos imposta.”

Aqueles que forem adeptos de crença religiosa ou convicção filosófica contrária à prestação do serviço militar, poderão isentar-se desta atividade. Em contrapartida, como afirma o §1º do art. 143, CF, a estes indivíduos poderá ser estipulado serviço alternativo, não podendo o indivíduo recusar-se novamente, sob pena de ter os direitos políticos anulados.

**Recusa quanto ao dever de votar por escusa de consciência e a prestação alternativa.** Segundo o art. 14, §1º, e 15, IV, CF:

**Art. 14, §1º, CF.** O alistamento eleitoral e o voto são:

I – obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II – facultativos para:

- a) os analfabetos;
- b) os maiores de setenta anos;
- c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

[...]

**Art. 15, CF.** É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

[...]

IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do artigo 5º, VIII.

Da mesma forma que no caso anterior, o indivíduo poderá alegar escusa de consciência, sendo direcionado à prestação alternativa. Não a realizando, terá seus direitos políticos anulados.

#### **7.6.4. Liberdade de atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação**

Afirmam os arts. 5º, IX, e 220, §2º, CF:

**Art. 5º, IX, CF.** É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

[...]

**Art. 220, CF.** 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

[...]

**§2º.** É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

**Liberdade intelectual.** Liberdade para produzir quaisquer materiais que exijam capacidade intelectual, como a criação de artigos, ensaios, ideias, fórmulas, materiais de diversas espécies etc.

**Liberdade artística.** Qualquer atividade que envolva meios artísticos, como a dança, o teatro, a música, o cinema, a arte etc.

**Liberdade científica.** Liberdade de produzir material científico e de pesquisa, como monografias, pesquisas, livros, desenvolvimento de estudos específicos etc.

**Liberdade de comunicação.** Liberdade relacionada à divulgação de informações, como a liberdade de imprensa etc.

**Casos.** Serão analisados três casos: (1) Biografias não autorizadas; (2) Limite do humor; e (3) Lei do humor.

**Biografias não autorizadas.** Afirma a ADI 4.815/STF:

**“EMENTA:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL)<sup>24</sup>. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉTIRO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PROVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO.

[...]

3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular.

4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações.

5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa.

6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.

---

<sup>24</sup> **Art. 20, CC.** Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão de palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. [...]

**Art. 21, CC.** A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 6º), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.

8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.

9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras bibliográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).

Portanto, não é necessário que haja autorização prévia para a produção de biografia.

#### **Limite do humor.** Afirma o Recurso Especial nº 1.487.089 – SP:

“Depreende-se da petição inicial que MARCUS BUAIZ, WANESSA GODOI CAMARGO BUAIZ e J M D C B (este último à época da propositura da demanda, em outubro de 2011, nascituro, e, atualmente, menor representado por seus pais) ajuizaram ação de indenização por danos morais em face de RAFAEL BASTOS HOCSMAN, igualmente conhecido pela alcunha de “Rafinha” ou “Rafinha Bastos”, em razão de, em data de 19/09/2011, na condição de apresentador do programa televisivo “CQC” – Custe o Que Custar transmitido pela Rede Bandeirantes de Televisão, após o comentário tecido pelo âncora Marcelo Tas acerca da beleza gravídica da autora, ter o réu, relativamente a Wanessa e o então nascituro, proferido a seguinte frase: ‘Eu comeria ela e o bebê, não tô nem aí! Tô nem aí!’, conduta essa, segundo os requerentes, capaz de denotar ter o apresentador o desejo/intenção de manter relações sexuais com a autora apesar de ela ser casada e estar grávida, o que geraria dano moral *in re ipsa*, e a consequente obrigação de indenizar visto a ausência de excludentes, sequer o *animus jocandi* (intenção de brincar, gracejar, zoar).

[...]

O Tribunal *a quo* negou provimento ao reclamo do réu, rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa do nascituro, bem como reconheceu o dano moral infligido aos autores. No que tange ao recurso adesivo, deu-lhe provimento a fim de **majorar a verba indenizatória para R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais)**, sendo R\$ 50.000,00 (cinquenta mil) para cada um dos autores.”

Neste caso, há um claro choque entre o direito à liberdade artística e o direito à imagem e à honra. No caso, ponderando-se, prevaleceu o direito à imagem e à honra, extrapolando os limites da liberdade de expressão.

Afirma o art, 5º, X, CF.

**Art. 5º, X, CF.** 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.

**Lei do humor.** Foi criada lei que alterava o disposto na Lei 9.504/97, impedindo a utilização de trucagem ou montagem em relação aos candidatos em tempo de eleições. Afirmava o art. 45 desta Lei:

**Art. 45 da Lei 9.504/97.** A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário:

[...]

II – usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular propaganda com esse efeito;

III – veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.

Afirma reportagem da Folha de S. Paulo<sup>25</sup>:

“O Supremo Tribunal Federal confirmou ontem (02 de setembro de 2010) a suspensão do artigo da lei que proibia os programas de humor de fazerem piadas com candidatos e partidos políticos em período eleitoral.

[...]

‘Vedar o humor: isso é uma piada’, disse Ayres Britto, citando frase atribuída ao presidente do tribunal, Cezar Peluso: ‘Os humoristas, sejam jornalistas ou não, podem ser considerados verdadeiros artistas da liberdade’, completou Celso de Mello.

Os ministros José Antonio Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio Mello optaram pela chamada ‘interpretação conforme’: votaram por validar o artigo, mas com a ressalva de que ele não poderia ser aplicado às sátiras, e aos programas jornalísticos ou de humor.

‘O humorista não ridiculariza, não degrada, não humilha, não agride, não ofende’, disse Dias Toffoli. ‘Ao suspender esse artigo, nós estamos dizendo que é permitido ridicularizar e degradar a imagem de um candidato, o que é inconstitucional’, argumentou Lewandowski.

Outra parte do artigo 45, que explica o que seria a trucagem e a montagem, também foi suspensa pelo que os ministros chamam de ‘arrastamento’ da decisão.”

---

<sup>25</sup> Disponível em: <[www.1folha.uol.com.br/fsp/poder/po0309201013.htm/](http://www.1folha.uol.com.br/fsp/poder/po0309201013.htm/)>

### 7.6.5. Inviolabilidade do domicílio

Afirma o art. 5º, XI, CF:

**Art. 5º, XI, CF.** A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

**Casa.** Afirmando os seguintes HCs:

1) HC 90.376/RJ:

“EMENTA: **PROVA PENAL – BANIMENTO CONSTITUCIONAL** DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) – **ILICITUDE** (ORIGINÁRIA E POR EQUIPAMENTOS **REALIZADA, SEM** MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL **AINDA OCUPADO – IMPOSSIBILIDADE – QUALIFICAÇÃO JURÍDICA** DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, **DESDE** QUE OCUPADO) **COMO “CASA”. PARA GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL. MESMO** EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL – ART. 5º, XI E CP, ART. 150, §4º, II) – **AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE** OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, **DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CP. ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO,** PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, **DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR – PROVA ILÍCITA – INIDONEIDADE JURÍDICA – RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.**

- **Para os fins** da proteção jurídica **a que se refere** o art. 5º, XI, da Constituição da República, **o conceito normativo de “casa”** revela-se abrangente **e, por estender-se** a qualquer aposento de habitação coletiva, **desde que ocupado** (CP, art. 150, §4º, II), **compreende**, observada essa **específica** limitação espacial, os quartos de hotel.

- **Sem** que ocorra **qualquer** das situações excepcionais **taxativamente** previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), **nenhum agente público** poderá, **contra** a vontade de quem de direito (*invicto domino*), **ingressar**, durante o dia, **sem** mandado judicial em aposento **ocupado** de habitação coletiva, **sob pena** de a prova **resultante** dessa diligência de busca e apreensão **reputar-se inadmissível**, porque **impregnada** de ilicitude **originária. Doutrina. Precedentes (STF).**”

2) HC 103.325/RJ:

“EMENTA: **FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – APREENSÃO** DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS **REALIZADA**, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS **SEM** MANDADO JUDICIAL – **INADMISSIBILIDADE – ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) – SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE “CASA” – NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO,** PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, **DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE**

DOMICILIAR – PROVA ILÍCITA – INIDONEIDADE JURÍDICA – “HABEAS CORPUS” DEFERIDO.

[...]

**A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – CONCEITO DE “CASA” PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL – AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS ESPAÇOS OS ESPAÇOS PRIVADOS NÃO ABERTOS AO PÚBLICO, ONDE ALGUÉM EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL: NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CE, ART. 5º, XI).**

- Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, **por estender-se** a qualquer compartimento privado **não aberto** ao público onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, §4º, III), **compreende**, observada **essa específica** limitação espacial (área interna **não acessível** ao público), os escritórios profissionais, **inclusive** os de contabilidade, “*embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita*” (NELSON HUNGRIA). **Doutrina. Precedentes.**”

O termo *casa*, portanto, abrange vários elementos, como os escritórios, quartos de hotéis, trailers, quartos de motel, barracas etc.

**Exceções.** Poder-se-á penetrar na casa mediante os casos a seguir referidos:

- 1) Consentimento do morador;
- 2) Flagrante delito:

Afirma o art. 302, CPP:

**Art. 302, CPP.** Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

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

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

- 3) Desastre ou para prestar socorro;
- 4) Determinação judicial (mandado<sup>26</sup>), durante o dia.

**Dia.** Há duas correntes acerca de tal elemento:

- 1) Segundo entendimento de José Afonso da Silva, dia é o intervalo entre as 6h e as 18h;
- 2) Segundo entendimento de Celso de Mello, dia é o intervalo entre a aurora e o crepúsculo. Afirma que a intenção da lei é preservar a publicidade do ato, não

---

<sup>26</sup> Somente o juiz de direito poderá ingressar com mandado de violação ao domicílio – cláusula de reserva jurisdicional.



havendo a violação do descanso noturno nem o abuso de autoridade, neste caso.

Se o padrão de intervenção não for respeitado, a prova conseguida será considerada ilícita e, portanto, não poderá ser utilizada no processo em questão, segundo o Código Penal.

Afirma o art. 157, CPP:

**Art. 157, CPP.** São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

**Caso.** Vejamos a seguinte lei que está em discussão quanto a sua constitucionalidade:

**Art. 1º da Lei 13.301/16.** Na situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika, a autoridade máxima do Sistema Único de Saúde – SUS de âmbito federal, estadual, distrital e municipal fica autorizada a determinar e executar as medidas necessárias ao controle das doenças causadas pelos referidos vírus, nos termos da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e demais normas aplicáveis, enquanto perdurar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN.

**§1º.** Entre as medidas que podem ser determinadas e executadas para a contenção das doenças causadas pelo vírus de que trata o caput, destacam-se:

[...]

**IV** – ingresso forçado em imóveis públicos e particulares, no caso de situação de abandono, ausência ou recusa de pessoa que possa permitir o acesso de agente público, regularmente designado e identificado, quando se mostre essencial para a contenção das doenças.

**§2º.** Para fins do disposto no inciso IV do §1º, entende-se por:

**I** – imóvel em situação de abandono: aquele que demonstre flagrante ausência prolongada de utilização verificada por suas características físicas, por sinais de inexistência de conservação, pelo relato de moradores da área ou por outros indícios que evidenciem a sua não utilização;

**II** – ausência: a impossibilidade de localização de pessoas que possam permitir o acesso ao imóvel na hipótese de duas visitas devidamente comunicadas, em dias e períodos alterados, dentro do intervalo de dez dias;

**III** – recusa: negativa ou impedimento de acesso do agente público ao imóvel

[...]

**Art. 2º.** O ingresso forçado será realizado buscando a preservação da integridade do imóvel e das condições de segurança em que foi encontrado.

**Art. 3º.** Nos casos de ingresso forçado em imóveis públicos e particulares, o agente público competente emitirá relatório circunstanciado no local.

A discussão paira sobre o choque entre dois direitos fundamentais: o direito à inviolabilidade do domicílio e o direito à saúde pública.

#### 7.6.6. Sigilo de correspondência, de dados e de comunicação telegráfica

Afirma o art. 5º, XII, CF:

**Art. 5º, XII, CF.** É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

**Sigilo de correspondência.** Primeiramente, cabe salientar que apesar de a Constituição proteger as correspondências, inicialmente referente às cartas e aos postais, protege, igualmente, as mensagens telefônicas, e-mails e todos os tipos de comunicação via internet ou rádio.

**Comunicação telegráfica.** Igualmente ao caso anterior, pensou-se, inicialmente, apenas em relação ao faz. Hoje, porém, faz-se uma interpretação extensiva.

**Sigilo de dados.** Dados pessoais que se encontram numa base de dados determinada. São dois os mais importantes: (1) sigilo de dados fiscais e (2) sigilo de dados bancários.

**Sigilo telefônico.** Proteção às informações transmitidas por meio de conversa telefônica.

**Sigilo de comunicação telemática.** Quaisquer instrumentos de comunicação via internet.

Afirma Elizangela Mara Caponi no artigo intitulado *O caráter relativo da inviolabilidade do sigilo de correspondência*<sup>27</sup>:

“Ademais, o telefone, hoje, com o avanço da tecnologia, também possibilita o contato por meio da escrita. É o que ocorre com o fac-símile. Qual a diferença entre a correspondência postal e aquela feita por fac-símile, que justifique a distinção quanto à possibilidade de quebra de apenas uma delas?

Das interpretações doutrinárias quanto ao alcance dado à ressalva constante do inciso XII do art. 5º da CF, extraem-se duas correntes: uma preconizando que o sigilo da correspondência é direito fundamental de caráter absoluto, e outra que lhe confere certa relatividade. Dentre os defensores da primeira corrente encontra-se Celso Ribeiro Bastos (Curso de Direito Constitucional, p. 210/211), que assevera ser a inviolabilidade absoluta, ficando excluídas quaisquer ressalvas em presídios ou mesmo nos hospícios. A segunda corrente, seguida por Alexandre de Moraes (Direito Constitucional, p. 52), defende a possibilidade de violação da

<sup>27</sup> Disponível em: <[www.jus.com.br/artigos/9911/o-carater-relativo-da-inviolabilidade-do-sigilo-de-correspondencia/](http://www.jus.com.br/artigos/9911/o-carater-relativo-da-inviolabilidade-do-sigilo-de-correspondencia/)>

correspondência, caso tenha por finalidade evitar ou apurar o cometimento de crimes.”

**Interceptação telefônica.** Ocorre quando terceiro grava a ligação de determinadas pessoas, não havendo a ciência destas.

Para que sejam lícitas, em regra, segundo o artigo da Constituição acime referido, é necessário que seja realizada por ordem judicial para fins de *investigação criminal e instrução processual penal*.

Afirma a Lei 9.269/96:

**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 de juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

**Parágrafo único.** O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

**Art. 2º.** Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

[...]

**Art. 6º.** Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

**§1º.** No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

[...]

**Art. 9º.** A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

[...]

**Art. 10.** Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar sigilo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

**Pena:** reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Portanto, são os requisitos para a interceptação/gravação lícita:

1) Autorização judicial prévia;

2) Finalidade: instrução processual ou investigação criminal.

**Gravação telefônica.** À título de exemplo, afirma a Resolução 632 da Anatel:

**Art. 26.** É obrigatória a gravação das interações entre Prestadora e Consumidor realizadas por meio de Centro de Atendimento Telefônico, independentemente do originador da interação.

**§1º.** A gravação deve ser mantida em curso até o atendimento ser finalizado, independentemente de transferência entre atendentes.

**§2º.** É obrigatória a manutenção da gravação pelo prazo mínimo de 6 (seis) meses da data de sua realização, durante o qual o Consumidor poderá requerer cópia do seu conteúdo.

**§3º.** A Prestadora de Pequeno Porte deve manter a gravação a que se refere o **caput** pelo prazo mínimo de 90 (noventa) dias, durante o qual o Consumidor poderá requerer cópia do seu conteúdo.

**§4º.** A disponibilização da cópia da gravação deve ocorrer no prazo máximo de 10 (dez) dias a contar da solicitação, no espaço reservado na página da Prestadora na internet, por meio eletrônico, por correspondência ou pessoalmente, a critério do Consumidor, sem qualquer ônus.

[...]

**Art. 28.** Quando a chamada for encaminhada ao atendente, a Prestadora deve inserir a seguinte mensagem: “Esta chamada está sendo gravada. Caso necessário, a gravação poderá ser solicitada pelo Consumidor”.

Ou seja, a gravação telefônica lícita, excepcionalmente, poderá ser feita quando as duas partes têm ciência da gravação. Portanto, havendo a ciência de somente uma das partes, considerar-se-á a gravação como sendo clandestina, salvo exceções que serão destrinchadas posteriormente.

**Portanto: Gravação clandestina ≠ Gravação lícita ≠ Interceptação ≠ Escuta:**

Gravação clandestina	Gravação lícita	Interceptação	Escuta
Realizada por uma das partes da comunicação, sem que haja ciência da outra.	Gravação realizada por meio de ordem judicial como instrumento de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como quando as duas partes têm ciência da gravação.	Quando indivíduo alheio à comunicação, ou seja, terceiro, realiza gravação sem que haja ciência das partes envolvidas.	Quanto indivíduo alheio à comunicação, ou seja, terceiro, realiza a gravação com a ciência de uma das partes.

**Casos.** Em especial, convém que nos atentemos a três casos específicos: (1) Gravação clandestina para prova do cometimento de crime; (2) Acesso da Receita Federal aos dados bancários; (3) Poder de investigação às CPIs.

**Gravação clandestina para prova de cometimento de crime.** Primeiramente, caso haja a utilização do sigilo de comunicação para o cometimento de crimes, prevalecerá o brocardo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, ou seja, ninguém se beneficiará da própria torpeza. Neste caso, segundo a teoria da única

prova, não havendo outros meios segundo os quais se poderá chegar a uma sentença, utilizar-se-á a prova ilícita.

A respeito desta discussão, afirma o RE 402.717/PR:

**“EMENTA:** PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. (...) Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. (...) Inexistência de ofensa ao art. 5º, XII, CF.

[...]

(...) não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversação telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, com a que, por exemplo, decorre de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior.”

**Acesso da Receita Federal aos dados bancários.** Afirma notícia do STF de 24 de fevereiro de 2016<sup>28</sup>:

**“STF garante ao Fisco acesso a dados bancários dos contribuintes sem necessidade de autorização judicial**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu na sessão desta quarta-feira (24) o julgamento conjunto de cinco processos que questionavam dispositivos da Lei Complementar (LC) 105/2001, que permitem à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial. Por maioria dos votos – 9 a 2 –, prevaleceu o entendimento de que a norma não resulta em quebra de sigilo bancário, mas sim em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos ao Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, portanto não há ofensa à Constituição Federal.”

Afirma a Lei Complementar referida na notícia:

**Art. 6º da Lei Complementar 105/01.** As autoridades e os 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 sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

**Parágrafo único.** O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

**Poder de investigação às CPIs.** Afirma o art. 58, §3º, CF:

**Art. 58, §3º, CF.** As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros

---

<sup>28</sup> Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310670/](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310670/)>

previstos nos regimes das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Segundo o Dicionário Jurídico Acquaviva:

“Órgão colegiado constituído por um grupo de parlamentares, que pode ser instituído pela Câmara dos Deputados, pelo Senado ou por ambas as Casas, a requerimento de um terço de seus membros, com funções especiais ou incumbido de tratar sobre determinado assunto situação na área de sua competência específica, em prazo certo, e com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994).”

Portanto, poderão as CPIs determinar o ingresso em residência ou a quebra de sigilo telefônico? Não! A lei é clara ao expressar “por ordem/determinação judicial”, ou seja, nestes casos é imprescindível que a autorização seja realizada por juiz competente. Nos demais sigilos, porém, as CPIs terão autonomia para quebrá-las.

#### **7.6.7. Liberdade de profissão**

Afirma o art. 5º, XIII, CF:

**Art. 5º, XIII, CF.** É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Ou seja, é possível que os indivíduos exerçam qualquer profissão, desde que lícitas, seguindo-se o disposto nas leis específicas de cada profissão, se houver.

**Casos.** Serão analisados três casos: (1) Exame da OAB; (2) Diploma de jornalista; (3) Associação de músicos.

**Exame da OAB.** Afirma o parecer emitido pelo Ministério Público Federal (RE 603.583-6) acerca da inconstitucionalidade do Exame da OAB em decorrência da violação do direito à liberdade de profissão:

**“I – IRREGULAR DELEGAÇÃO À OAB DE PODER REGULAMENTAR PRIVATIVO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL INEXISTENTE. II – Exame de ordem. Lei nº 8.906/94, art. 8º, iv. Restrição ao direito fundamental consagrado no art. 5º, XIII, da CF de 1988. Liberdade DE ESCOLHA E LIBERDADE DE EXERCÍCIO. LIMITAÇÃO DE ACESSO A OFÍCIO que se proteja diretamente sobre a liberdade de escolha da profissão. EXIGÊNCIA legal QUE REFOGE À AUTORIZAÇÃO Constitucional e que não se revela compatível com o postulado da concordância prática, com recurso ao princípio da proporcionalidade.**

3. O inciso XIII, do art. 5º, da CF, contempla reserva legal qualificada, pois o próprio texto constitucional impõe limitação de conteúdo ao legislador no exercício da competência que lhe confere. A restrição ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, portanto, se limitará às ‘qualificações profissionais que a lei estabelecer.’

4. A locução ‘qualificações profissionais’ há de ser compreendida como: (i) pressupostos subjetivos relacionados à capacitação técnica, científica, moral ou física; (ii) pertinentes com a função

a ser desempenhada; (iii) amparadas no interesse público ou social e (iv) que atendam a critérios racionais e proporcionais. Tal sentido e abrangência foi afirmado pelo STF no julgamento da Rp. Nº 930 (RTJ 88/760) em relação à locução ‘condições de capacidade’ contida no §23 do art. 153 da CF de 1967 e reafirmado pelo Plenário da Suprema Corte na atual redação do art. 5º, XIII, da CF (RE 591.511, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 13.11.09), com a expressa ressalva de que ‘as restrições legais à qualificações profissionais’, e que ‘a restrição legal desproporcional e que viola o conteúdo essencial da liberdade deve ser declarada inconstitucional.’

5. A Lei nº 8.906/94 impõe como requisito indispensável para a inscrição como advogado nos quadros da OAB a aprovação no exame da ordem. Tal exame não se insere no conceito de qualificação profissional: o exame não qualifica; quando muito pode atestar a qualificação.

6. O art. 5º, XIII, da CF traça todos os limites do legislador no campo de restrição ao direito fundamental que contempla. Por isso tem afirmado a jurisprudência do STF que as qualificações profissionais (**meio**) somente são exigidas daquelas profissões que possam trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos à direitos de terceiros (**fim**).

7. A inobservância do meio constitucionalmente eleito – das especiais condições estabelecidas pelo constituinte – resvala em prescrições legais exorbitantes, consubstanciando inconstitucionalidade por expressa violação dos limites da autorização constitucional, sem necessidade de se proceder a um juízo de razoabilidade para afirmar o excesso legislativo. Doutrina.

8. O direito fundamental consagrado no art. 5º, XIII, da CF assume, sob a perspectiva do direito de acesso às profissões, tanto uma **projeção negativa** (imposição de menor grau de interferência na escolha da profissão) quanto uma **projeção positiva** (o direito público subjetivo de que seja assegurada a oferta dos meios necessários à formação profissional). Constitui elemento nuclear da mínima concretização do preceito inscrito no art. 5º, XIII, da CF, a oferta dos meios necessários à formação profissional exigida, de sorte que a imposição de qualificação extraída do art. 133 da CF não deve incidir como limitação de acesso à profissão por parte daqueles que obtiveram um título público que atesta tal condição, mas sim como um dever atribuído ao Estado e a todos garantido de que sejam oferecidos os meios para a obtenção da formação profissional exigida.

9. O exame de ordem não se revela meio adequado ou necessário para o fim almejado. Presume-se pelo diploma de Bacharel em Direito – notadamente pelas novas diretrizes curriculares que dá ao curso de graduação não mais uma feição puramente informativa (teórica), mas também formativa (prática e profissional) – que o acadêmico obteve a habilitação necessária para o exercício da advocacia. A sujeição à fiscalização da OAB, com a possibilidade de interdição do exercício da profissão por inépcia (Lei nº 8.906/94, art. 34, XXIV c/c art. 37, §3º), se mostra, dentro da conformação constitucional da liberdade de profissão, como uma medida restritiva, suficiente para a salvaguarda dos direitos daqueles pelos quais se postula em juízo, até mesmo porque tal limitação se circunscreve ao exercício, sem qualquer reflexo sobre o direito de escolha da profissão. De qualquer modo, nada impede que a OAB atue em parcela com o MEC e com as IES, definindo uma modalidade mais direcionada de qualificação profissional que venha a ser atestada pelo diploma.

10. A exigência de aprovação no exame de ordem como restrição de acesso à profissão de advogado atinge o núcleo essencial do

direito fundamental à liberdade de trabalho, ofício ou profissão, consagrado pelo inciso XIII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988.”

Resumindo, o Ministério Público Federal ajuizou parecer, alegando que a Lei dos Advogados teria uma inconstitucionalidade – a realização do exame de ordem. Afirmava não ser possível a realização de um exame para a profissionalização de um indivíduo recém habilitado pela conclusão do bacharelado. Sugere que a OAB, juntamente com o MEC e as IES, crie mecanismos mais específicos para a qualificação dos profissionais da advocacia, pois esta deve se limitar à regulação da atividade advocatícia e não a sua efetivação.

Porém o STF, julgando tal parecer, decidiu unanimemente pelo não provimento deste recurso, defendendo a constitucionalidade do exame de ordem.

Segue trecho final do voto do Min. Marco Aurélio:

“Por essas razões, sob o ângulo ora examinado, tenho como constitucional o §1º do artigo 8º da Lei nº 8.906/94, seja porque não corresponde a autêntica delegação legislativa, a ponto de violar a parte final do inciso XIII do artigo 5º da Lei Maior, seja porque não representa usurpação da competência do Presidente da República versada no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal. A pretensão de exaurimento da matéria na lei não encontra respaldo no texto constitucional e tampouco parece medida de prudência.

Ante tais fundamentos, conheço do extraordinário e o desprovejo.”

**Diploma de jornalista.** A Lei de Imprensa apresentava as exigências para o exercício da atividade jornalística, porém tal lei foi julgada pelo STF como não recepcionada pela Constituição de 1988, segundo o julgado da ADPF 130/DF. A partir deste ponto, a regulamentação da atividade jornalística passou a não mais existir.

Por esta lacuna, apresentou-se PEC com o intuito de regulamentar tal profissão.

Apresenta o Projeto de Emenda à Constituição nº 206/2012:

**Art. 1º.** O art. 220 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 7º e 8º:

“Art. 220.....

§7º. A profissão de jornalista é privativa de portador de diploma de curso superior de Jornalismo, expedido por instituição oficial de ensino, e ser exercício será definido por lei.

§8º. A exigência de diploma a que se refere o §7º não é obrigatória ao colaborador, assim entendido aquele que, sem relação de emprego, produz trabalho de natureza técnica, científica ou cultural, relacionado com a sua especialização, para ser divulgado com o nome e a qualificação do autor.”

Portanto, a partir da alteração da Constituição Federal, aqueles que exercem atividade jornalística, deverão, obrigatoriamente, apresentar diploma de formação no curso de Jornalismo. A PEC segue em tramitação na Câmara dos Deputados.



**Associação de músicos.** Criou-se uma lei que dispunha a exigência de que, para formalizar contratos, o músico deveria estar inscrito na Ordem dos Músicos do Brasil (OMB), pagando uma anuidade para o exercício da profissão. A não inscrição impossibilitaria a realização de contrato.

O STF, porém, no julgamento do RE 795.467 negou tal exigência.

Afirma notícia do STF do dia 16 de junho de 2014<sup>29</sup>:

**“STF reafirma não obrigatoriedade de inscrição na Ordem dos Músicos**

O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal reafirmou jurisprudência no sentido de que a atividade de músico é manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão, e, portanto, é incompatível com a Constituição Federal a exigência de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil (OMB), bem como de pagamento de anuidade, para o exercício da profissão. A decisão foi tomada nos autos do Recurso Extraordinário (RE) 795467, de relatoria do ministro Teori Zavascki, que teve repercussão geral reconhecida.

[...]

Em sua manifestação, o ministro Teori citou a emenda da decisão no RE 414426, relatado pela ministra Ellen Gracie (aposentada), no qual se afirma que nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionados ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. ‘A regra é a liberdade’, afirmou a ministra naquele julgamento. ‘A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão’. O ministro Teori ressaltou que essa mesma orientação já foi adotada pelas duas Turmas do STF e, portanto, a decisão do TRF-3 estaria em desconformidade com o entendimento do Supremo.”

### 7.6.8. Direito à liberdade de informação

Afirma o art. 5º, XIV, CF:

**Art. 5º, XIV, CF.** É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Afirma Priscila Coelho de Barros Almeida no artigo intitulado *Liberdade de expressão e liberdade de informação: uma análise sobre suas distinções*<sup>30</sup>:

“No Estado Democrático de Direito é imprescindível a participação popular, e essa só é possível a partir do momento em que o homem tem conhecimento dos fatos e notícias que ocorrem no mundo social em que vive, podendo livremente informar a outros indivíduos, formando-se a opinião pública. Daí a importância que a liberdade de informação adquiriu na Carta Constitucional brasileira, sendo assegurada como direito fundamental.

A informação, aqui, deve ser entendida em seu sentido amplo, comportando todos aqueles fatos e notícias veiculadas que podem formar a opinião pública, bem como a utilização de todos os meios possíveis, e

<sup>29</sup> Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=269293/](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=269293/)>

<sup>30</sup> Disponível em: <[www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8283](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8283)>

realizada por todos os organismos que compõem a sociedade, sendo acima de tudo livre, para não se criar uma opinião pública manipulada e fraudulenta.”

Portanto, é imprescindível, como dito no texto, a disseminação de informações, sejam elas por meio de meio de comunicação, como telejornais, revistas, artigos etc, como as informações veiculadas de indivíduo para indivíduo, no cotidiano.

Tais informações geram uma consciência coletiva quanto aos elementos que ocorrem na sociedade, formando a chamada opinião pública.

Além dessas informações, esse direito tem impacto no poder público, visto que os cidadãos podem, por exemplo, ter acesso aos recursos econômicos, como os gastos e ganhos do Governo, salários de funcionários públicos etc, gerando uma consciência geral quanto à utilização do dinheiro público em relação ao país.

São três as ações protegidas por tal dispositivo: (1) a liberdade de informação, ou seja, o direito de informar e ser informado passivamente; (2) o direito à informação, ou seja, o direito coletivo de acesso à informação; e (3) o direito de se informar, ou seja, o direito que o indivíduo tem em ir em busca da informação ativamente.

Por fim, convém atentarmo-nos à parte final do artigo: “*resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional*”.

Como exemplo para esse caso, podemos citar o sigilo da fonte de informação jornalística ao profissional do jornalismo. Ou seja, não é necessário que o jornalista revele quem é a sua fonte.

#### **7.6.9. Liberdade de locomoção**

Afirma o art. 5º, XV, CF:

**Art. 5º, XV, CF.** 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.

Trata-se de direito de primeira geração contra a arbitrariedade do Estado em relação à livre locomoção dos indivíduos.

Por esse motivo, afirmam os arts. 5º, LIV, e 93, IX, CF:

**Art. 5º, LIV.** Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

[...]

**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 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 à informação.

Porém, como todo direito fundamental, não é uma norma absoluta. No caso do direito à liberdade de locomoção, trata-se de norma de eficácia plena, podendo

dispositivo infraconstitucional estabelecer a privação de tal direito, como no caso dos agentes de infrações penais, segundo o Código Penal.

Afirma Bruna Luísa Santos no artigo intitulado *Direito de ir e vir – liberdade de locomoção*<sup>31</sup>:

“Para melhor entendermos cabe-nos lembrar que esta liberdade se aplica em tempo de paz, logo no Estado de sítio este direito é declinado. Temos também as restrições nos casos de estrangeiros que ao ingressarem no Brasil podem ser impedidos de nele adentrar tendo em vista que esta permissão é concedida sob ato de discricionariedade da administração pública. Na esfera penal temos o flagrante delito, crime propriamente militar e transgressão militar Art. 5º, LXI, CF<sup>32</sup>. Na esfera tributária temos o pedágio, tarifa cobrada por uma concessionária responsável pelos cuidados de uma via pública, que ainda pertencem ao Estado, mas que não estão sob sua tutela por tempo determinado em lei Art. 150, V, CF<sup>33</sup>.”

#### 7.6.10. Direito de reunião

Afirma o art. 5º, XVI, CF:

**Art. 5º, XVI, CF.** 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.

Segundo Paulo Gonet Branco:

“A liberdade de reunião pode ser vista como ‘instrumento da livre manifestação de pensamento, aí incluído o direito de protestar’. Trata-se de ‘um direito à liberdade de expressão exercido de forma coletiva’. Junto com a liberdade de expressão e o direito de voto, forma o conjunto das bases estruturantes da democracia.”

**Elementos.** São seis os elementos do direito de reunião: (1) elemento subjetivo e (2) elemento formal; (3) elemento teleológico; (4) elemento temporal; (5) elemento objetivo; (6) elemento espacial.

**Elemento subjetivo.** É necessário que haja um agrupamento de pessoas.

**Elemento objetivo.** É necessário que haja um mínimo de coordenação neste agrupamento, sendo exigido convocação prévia e a informação da realização para o Poder Público.

---

<sup>31</sup> Disponível em: <[www.brunaluísa.jusbrasil.com.br/artigos/112114831/direito-de-ir-e-vir-liberdade-de-locomocao/](http://www.brunaluísa.jusbrasil.com.br/artigos/112114831/direito-de-ir-e-vir-liberdade-de-locomocao/)>

<sup>32</sup> **Art. 5º, LXI, CF.** 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.

<sup>33</sup> **Art. 150, CF.** Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] **V** – estabelecer limitações de tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público.

**Elemento teleológico.** É necessário que as pessoas estejam reunidas conscientemente para um fim comum, seja ele de cunho político, religioso, artístico ou filosófico.

**Elemento temporal.** É necessário que a reunião tenha hora marcada, sendo desarranjada ao final deste interstício. Havendo continuidade, tornar-se-á associação.

**Elemento objetivo.** É necessário que a reunião seja pacífica e sem armas, seja elas brancas, instrumentos que possam ser utilizados em confronto físico, como pedaços de madeira ou de metal, bem como armas químicas e de fogo, propriamente ditas.

**Elemento espacial.** É necessário que a reunião tenha local preestabelecido, ainda que se trate de reunião cuja manifestação se dá por meio do deslocamento das pessoas nela contidas.

Como continua o doutrinador acima referido:

“O fato, afinal, de a Constituição aludir a encontros em lugares abertos não deve ser visto como restrição aos encontros em ambientes privados. Estes últimos são livres dos condicionantes previstos na norma constitucional sobre direito de reunião e estão protegidos por outras cláusulas, como a da liberdade geral (art. 5º, II, da CF), a da inviolabilidade do domicílio, a da privacidade e a da liberdade de associação.”

**Limites do direito de reunião.** São dois os elementos exigidos para que não haja a limitação do direito de reunião:

- 1) É necessário que a reunião não frustrate outra previamente convocada para o mesmo local;
- 2) É necessário que o acontecimento da reunião seja previamente notificado ao Poder Público.

Ambas as exigências passam a ideia de não mitigação do direito de reunião. No caso da primeira exigência, o fato de que uma segunda pretensão de reunião não venha a impedir o acontecimento de uma primeira, anteriormente notificada. No caso da segunda exigência, convém a notificação para que o Poder Público possa apresentar situação favorável para o total usufruto deste direito fundamental.

Portanto, não há o que se falar em permissão do Poder Público, mas apenas uma notificação. O Poder Público não tem autoridade para impedir o usufruto do direito de reunião, salvo em casos de violência ou uma vez que a reunião suprima outros direitos fundamentais mais importantes, dependendo do caso, mas, sim, de criar ambiente favorável para a total organização e acontecimento da reunião pacífica.

“O direito de reunião engendra pretensão de respeito, não somente ao direito de estar com outros numa mesma coletividade organizada, mas também de convocar a manifestação, de prepará-la e de organizá-la. O direito de reunião exige respeito a todo processo prévio ao evento e de execução de manifestação. O Estado não há de interferir nesse exercício – tem-se, aqui, o ângulo de direito a uma abstenção dos Poderes Públicos (direito negativo).”

Como instrumentos utilizados pelo Poder Público para o total usufruto deste direito, afirma segundo Paulo Gonet Branco:

“Assim, por exemplo, a Administração deverá, sendo o caso, dispor sobre medidas necessárias para assegurar o tráfego de pessoas e de veículos no espaço marcado para a reunião, bem assim cuidar dos aspectos de segurança pública.”

Não há, contudo, lei específica que disponha sobre a notificação da reunião. O doutrinador acima referido cita tais exigências:

“É possível, pelo exame das funções que exerce o aviso, descobrir-lhe o conteúdo que deve apresentar. Além do lugar, do itinerário, da data e do horário de início e da duração prevista para o evento, é indispensável que o aviso indique o objetivo da reunião. Como o direito de reunião é exercido a partir da convocação de líderes ou associações (e essa convocação já é exercício de direito), cumpre também que se apontem quem são os organizadores do ato, e se informem os respectivos domicílios – não somente para que as autoridades públicas saibam com quem tratar, em caso de ajustes necessários para a realização do ato, como também para que se fixem os responsáveis civis por danos causados a terceiros, decorrentes de omissões dos organizadores da manifestação. Por isso, também, sempre que cabível, o instrumento do prévio aviso deverá especificar as medidas de segurança que a organização do evento pretende adotar e quais as que sugere sejam assumidas pelos órgãos de segurança pública.”

Por fim, ainda que não haja prévia notificação, não cabe ao Poder Público encerrar a reunião ou fazê-la acabar. Somente será possível tal ato uma vez que a reunião venha a impedir o acontecimento de outra ou, como dito anteriormente, tornar-se violenta ou suprimir o exercício de outros direitos fundamentais por parte de terceiros.

**Caso.** Nas manifestações de 2016, marcadas pela movimentação parlamentar acerca do processo de Impeachment realizado contra a então Presidente Dilma Rousseff, houve a reunião de inúmeras pessoas, eram elas contra ou pró impeachment. O caso é: cabia ao Estado possibilitar a presença pacífica das duas manifestações, sem que uma pudesse ou pretendesse dirimir o direito da outra.

Acerca disso:

“O direito de reunião possui, de outra parte, um aspecto de direito a prestação do Estado. O Estado deve proteger os manifestantes, assegurando os meios necessários para que o direito à reunião seja fruído regularmente. Essa proteção deve ser exercida também em face de grupos opositores ao que se reúne, para prevenir que perturbem a manifestação.”

Porém, surgiu uma indagação na época, expressa em entrevista realizada pelo site Carta Capital<sup>34</sup>:

“**CartaCapital:** A primeira manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre o direito de reunião foi em 1919, quando decidiu-se que a polícia não

---

<sup>34</sup> Texto disponível em: <[www.cartacapital.com.br/politica/nao-se-pode-dispensar-manifestacoes-por-vontade-politica/](http://www.cartacapital.com.br/politica/nao-se-pode-dispensar-manifestacoes-por-vontade-politica/)>. Carta Capital em entrevista feita ao professor de Direito Constitucional da FGV-SP Roberto Dias.

*poderia proibir ou determinar o local de reunião dos manifestantes. Em São Paulo, a Secretaria de Segurança Pública chegou a proibir a manifestação Fora Temer marcada para domingo 4 por conta da passagem da tocha paraolímpica no mesmo local e horário. Depois, chegou-se a um entendimento e a manifestação ocorreu. Afinal, do ponto de vista jurídico, a PM pode proibir ou determina um trajeto?*

**Roberto Dias:** A meu ver, a polícia não pode determinar o trajeto. Mesmo porque, ao se fazer uma manifestação, o manifestante não pede qualquer autorização para o poder público, apenas comunica, essa é a previsão que a Constituição faz. Ele comunica que fará a manifestação e o poder público então toma as medidas para viabilizar que esse direito seja exercido de forma plena – e não o contrário. O poder público não atua de modo a impedir que as manifestações possam acontecer.”

#### 7.6.11. Direito de associação

Afirma o art. 5º, XVII a XXI, CF:

**Art. 5º, XVII.** É plena a liberdade da associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

**Art. 5º, XVIII.** 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, 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;

**Art. 5º, XX.** Ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

**Art. 5º, XXI.** As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

**Conceito.** A coligação voluntária de pessoas, em caráter estável, sob direção comum, para fins lícitos, por meio de pessoa jurídica ou não, é a associação.

Como conceitua Pontes de Miranda:

“No sentido do texto brasileiro – diz o jurista –, associação é toda coligação voluntária de algumas ou de muitas pessoas físicas, por tempo longo, com o intuito de alcançar algum fim (lícito), sob direção unificante.”

Segundo Paulo Gonet Branco:

“A liberdade de associação presta-se a satisfazer necessidades várias dos indivíduos, aparecendo, ao constitucionalismo atual, como básica para o Estado Democrático de Direito. Quando não podem obter os bens da vida que desejam, por si mesmo, os homens somam esforços, e a associação é a fórmula para tanto. Associando-se com outros, promove-se maior compreensão recíproca, amizade e cooperação, além de se expandirem as potencialidades da autoexpressão. A liberdade de associação propicia autoconhecimento, desenvolvimento da personalidade, constituindo-se em meio orientado para a busca da autorrealização. Indivíduos podem-se associar para alcançar metas

econômicas, ou para se defenderem, para mútuo apoio, para fins religiosos, para promover interesses gerais ou da coletividade, para fins altruísticos, ou para se fazerem ouvir, conferindo maior ímpeto à democracia participativa. Por isso mesmo, o direito de associação está vinculado ao preceito de proteção da dignidade da pessoa, aos princípios de livre iniciativa, da autonomia da vontade e da garantia da liberdade de expressão.”

**Faculdades.** De acordo com os artigos acime referidos, são quatro as faculdades protegidas pela Constituição acerca das associações, além da dissolução excepcional das mesmas: (1) Constituição de associações; (2) Ingresso nas associações; (3) Abandono ou não participação nas associações; (4) Auto-organização e livre desenvolvimento das atividades da associação.

**Constituição de associações.** As associações poderão ser criadas por quaisquer indivíduos, sendo necessário que haja a colaboração de dois ou mais entes, visto que a sociedade unipessoal não está protegida por tal direito.

**Ingresso nas associações.** Qualquer pessoa pode associar-se por livre e espontânea vontade, ou seja, por ato de vontade, desde que esteja de acordo com o estatuto, não sendo considerada associação a reunião de pessoas por obrigação legal. Neste caso, deve-se prevalecer o Princípio da liberdade geral e de profissão.

Segundo Salvador Coderch, Ingo von Munch e Josep Ferrer i Riba:

“Quem pretende assumir a condição de porta-voz ante as instâncias públicas e nas relações sociais dos interesses de uma certa coletividade de pessoas deve permitir que confluem à formação da vontade do grupo todas as correntes de opinião que se formam no conjunto das pessoas que dizem representar.”

**Abandono ou não participação nas associações.** Da mesma forma, e já dito, ninguém poderá ser obrigado a participar ou permanecer em associação, visto que, como visto, prevalece o princípio da liberdade geral e de profissão. Uma vez que o indivíduo queira desassociar-se, basta que notifique a associação acerca da retirada.

**Auto-organização e livre desenvolvimento.** Os associados poderão estabelecer qualquer objetivo ou atividade para a associação, desde que tal atividade seja lícita, podendo ser de natureza comercial ou não.

Como determinação expressa na lei, além de todas as ilicitudes e atividades que podem ir contra os bons costumes e que agridam os preceitos penais, está o caráter paramilitar. O principal motivo para que não seja possível a criação de associações para este fim é o monopólio das Forças Armadas sobre esta matéria.

A respeito disso:

“O caráter paramilitar que torna imprópria a associação, afinal, não tem que ver necessariamente com a finalidade do ente, mas com o modo como desenvolve as suas atividades, em desafio ao monopólio da força bruta pelo Estado. O caráter paramilitar liga-se ao desempenho de atividades bélicas pela associação, tenham os seus membros armas ou não.

É típico da associação paramilitar a adoção de estrutura interna similar às das forças militares regulares – apresentando hierarquia bem definida e adotando o princípio da obediência.”

É necessário que os associados estejam de comum acordo quanto ao objetivo da associação, colaborando para a sua execução, visto que não havendo o encontro de vontades, não estará constituída a associação.

Exemplifica Paulo Gonet Branco:

“Assim, por exemplo, não haverá associação, no sentido constitucional, na reunião esporádica de pessoas que, por acaso, possuem interesses comuns. Não forma uma associação o conjunto de espectadores de uma partida de futebol, que não componha uma *torcida organizada*.”

**Proteção do Estado.** Como vimos, a associação poderá autodeterminar-se, criando e regulamentando a atividade que exercerá. O Estado, porém, deve agir de modo a permitir que o direito de associação seja plenamente usufruído, não sendo necessário, contudo, que se adeque aos objetivos daquela associação. Diante deste elemento, convém que, de certa forma, ainda que não formalize a criação de pessoa jurídica, a associação siga as normas criadas pelo legislador para este tipo de agrupamento.

A respeito disso, afirma Gilmar Mendes:

“A Constituição outorga, não raras vezes, garantia a determinados institutos, isto é, a um complexo coordenado de normas, tais como a propriedade, a herança, o casamento etc. Outras vezes, clássicos direitos de liberdade dependem, para sua realização, de intervenção do legislador. Assim, a liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII) depende, pelo menos parcialmente, da existência de normas disciplinadoras do direito de sociedade (constituição e organização de pessoa jurídica, etc).”

**Dissolução da associação.** O Poder Executivo, estimando ser ilícita a finalidade da associação, poderá ingressar com ação judicial para que a atividade seja encerrada. Somente mediante o provimento e o trânsito em julgado da sentença a atividade estará encerrada.

**Classificação das associações e o caráter não absoluto.** Afirma Paulo Gonet Branco:

“Tem-se traçado uma classificação das associações com vistas a mensurar o grau de interferência do Estado em certos aspectos da sua economia interna. Às sociedades *expressivas* (de cunho espiritual, ideológico) contrapõem-se as *não expressivas* (de finalidades profissionais ou comerciais). Neste último grupo incluem-se as associações que se dedicam a viabilizar certas atividades essenciais aos associados, de forma monopolizadora. São também *não expressivas* as associações que exercem, com marcado predomínio na sociedade, uma função social ou econômica relevante. Estas associações, ao contrário das *expressivas*, estão sujeitas a imposições estatais relacionadas com o seu modo de existir, em virtude da pertinência a elas de outros valores constitucionais



concorrentes. Já se disse, a esse respeito que ‘quanto menos *privada* é uma associação, mais penetrante é a intervenção judicial’ que enseja.”

**Representatividade das associações.** Segundo disposição da Constituição, a associação poderá representar seus associados judicial ou extrajudicialmente. O STF, porém, delimitou tal representação à consciência dos associados, concordando estes por votação em assembleia geral disposta no estatuto da associação em questão.

Por último, convém citar que a associação somente poderá representar seus associados no âmbito cível.

**Titularidade judicial.** Para que a associação obtenha personalidade jurídica, é necessário que tenha, no mínimo, um ano de atividade comprovada.

#### **Associação ≠ Reunião:**

<b>Associação</b>	<b>Reunião</b>
É necessário a finalidade coincidente dos participantes	É necessário a finalidade coincidente dos participantes
União estável	União transitória
Não é necessário o elemento espacial (encontro físico)	É necessário o elemento espacial (encontro físico)

#### **7.7. Das provas ilegais**

Afirma o art. 5º, LVI, CF, 369, CPC e 157, CPP:

**Art. 5º, LVI, CF.** São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

**Art. 369, CPC.** As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para aprovar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

**Art. 157, CPP.** São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

**Conceito de prova.** Segundo o Dicionário Jurídico Acquaviva:

“Do latim *probare*, convencer, tornar crível, estabelecer uma verdade, com/provar.

Em sentido amplo, todo meio suscetível de demonstrar a verdade de um argumento. Segundo o dicionarista Antonio de Moraes Silva, ‘razão ou razões: testemunho, documento, com que se mostra a verdade de alguma asserção ou tese, ou artigo de petição, ou de libelo, demonstração’ (*Diccionario da língua portuguesa*. 7. ed. v. II). No Direito, em sentido *objetivo*, todo meio lícito empregado pela parte ou interessado na demonstração daquilo que alega.

[...]

A prova judicial reveste-se de um conteúdo finalístico marcante, qual seja, o convencimento do juiz.”

Afirma o brocardo: *qui probare non potest nihil habet*, ou seja, quem não pode provar nada tem.

**Elementos.** Neste estudo, serão destrinchados dois elementos, espécies do gênero *provas ilegais*: (1) as provas ilícitas e (2) as provas ilegítimas.

**Provas ilícitas.** Como dito nos artigos acima referidos, é a prova obtida por meio de violação de norma constitucional ou legal, ou seja, obtidas por meio de violação de direito material, como a violação do sigilo de correspondência, violação do sigilo telefônico, prova adquirida por meio de furto, roubo, confissão por meio de coação absoluta etc.

Havendo esta espécie de prova no processo, como afirma o artigo do Código de Processo Penal referido, é necessário que sejam desentranhadas do processo, desconsiderando-as o juiz na sentença.

Afirma o §3º, do art. 157, CPP:

**Art. 157, §3º.** Preclusa a decisão do desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Convém discutirmos acerca das provas ilícitas por derivação ou a chamada *Teoria do the fruits of the poisoness tree* (Teoria das frutas da árvore envenenada). Tal teoria é disposta pelo art. 157, §1º, CPP:

**Art. 157, §1º, CPP.** São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

**§2º.** Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Ou seja, neste caso, a obtenção da prova em si não é considerada ilícita, mas, sim, a origem da coleta destas provas, como, por exemplo, a busca e apreensão mediante mandado ilegal.

Nesta situação, a origem ilícita da produção da prova atinge a prova em si, tornando-a igualmente ilícita.

Tal teoria surgiu no caso *Silverthorne lumber & Co v. United States*:

“No caso em comento, a Suprema Corte Americana considerou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base em uma informação obtida por meio de uma busca ilegal. Desta forma, a acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente de busca ilegal,

nem a obtida indiretamente por meio da intimação baseada nesta busca e apreensão.<sup>35</sup>”

**Provas ilegítimas.** Também incorporadas pelo dispositivo descrito no inciso LVI da Constituição Federal, são aquelas obtidas por meio de violação de direito processual, ou seja, produzidas por meio de uma falha na apresentação da prova no processo, como a apresentação de perícia ou prova de júri fora do prazo estipulado, a apresentação do falecimento de pessoa que não seja o atestado de óbito etc.

Neste caso, permanecerão no processo, não sendo valorados, ou seja, não serão utilizadas na sentença do processo.

**Jurisprudência quanto a admissibilidade das provas ilícitas.** São duas as correntes:

**1) Legítima defesa *pro reo*/ Legítima defesa de direitos fundamentais:**

Afirma José Olindo Gil Barbosa em artigo intitulado *As provas ilícitas no processo brasileiro*<sup>36</sup>:

“A prova que venha a ser obtida por meios ilícitos, em matéria penal, quando favorável ao acusado, ou seja, *pro reo*, vem, sistematicamente, sendo acolhida com calmaria não apenas junto aos doutrinadores como também à jurisprudência, em obediência ao direito de defesa e ao princípio do *favor rei*. Como se vê, essa posição suaviza, indubitavelmente, o rigorismo da não aceitação incondicional das provas ilícitas. Nessas hipóteses o sujeito encontrar-se-ia em circunstância de verdadeiro estado de necessidade, que é uma das causas, como sabemos, de exclusão da antijuridicidade, vendo-se compelido ao uso de prova ilícita em defesa da sua liberdade.”

**2) Teoria da única prova:**

Essa teoria afirma que, não havendo mais meios para que se prove fato revelado por prova ilícita, em defesa do réu, poder-se-á utilizar tal prova, ainda que ilícita.

---

<sup>35</sup> Disponível em: <[www.annacgs.jusbrasil.com.br/artigos/152372951/teorias-norte-americanas-relacionadas-as-provas-ilicitas-por-derivacao/](http://www.annacgs.jusbrasil.com.br/artigos/152372951/teorias-norte-americanas-relacionadas-as-provas-ilicitas-por-derivacao/)>

<sup>36</sup> Disponível em: <[www.sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/AS%20PROVAS%20IL%20CDCITAS.pdf](http://www.sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/AS%20PROVAS%20IL%20CDCITAS.pdf)>