

Livro Eletrônico

www.igepp.com.br



Estado e Políticas Públicas

[IPEA Pós-Edital 2023]

**Princípios, direitos e garantias
fundamentais na Constituição
Federal**



**Profa:
Nelma Fontana**



DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

1. INTRODUÇÃO

Primeiro, dentre os capítulos que integram o título “Direitos e Garantias Fundamentais”, o artigo 5º da Constituição Federal reúne a maior parte dos direitos e garantias individuais e, por conseguinte, a maioria dos direitos fundamentais de primeira geração.

Não há nesse artigo direitos coletivos, embora conste no capítulo a expressão “coletivos”. O que se tem, na verdade, **são direitos e garantias individuais, sendo que alguns deles têm expressão coletiva**. Podemos citar como exemplos o direito de reunião e o direito de associação. Ambos são direitos individuais, mas de expressão coletiva. O exercício desses direitos pressupõe a atuação de uma pluralidade de sujeitos, já que ninguém se reúne sozinho e ninguém se associa a si mesmo.

No artigo 5º da Constituição, são encontrados direitos fundamentais clássicos de inspiração liberal, que objetivam assegurar aos indivíduos uma proteção em face do arbítrio estatal. São direitos negativos, que exigem a inércia do Estado, um não fazer, a fim de que a liberdade individual possa ser materializada.

Com efeito, os direitos individuais **têm natureza de princípios e não de regras**, de forma que a determinação de sua incidência requer não só a identificação de seu conteúdo, mas também a definição dos limites externos, para que se coadunem com outros bens jurídicos também constitucionalmente consagrados.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS BÁSICOS

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

O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal garante aos brasileiros e aos estrangeiros¹ residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Os cinco direitos enumerados (vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade) são classificados como direitos fundamentais básicos (ou raízes), pois dão origem a todos os outros. Desses direitos, em conjunto ou separadamente, os demais direitos individuais surgem. Essa é a razão de constarem na cabeça do artigo.

Do direito à vida, por exemplo, nascem as vedações à pena de morte e a proibição à tortura e ao tratamento desumano ou degradante. Do direito à liberdade advém a liberdade de crença religiosa, o direito de informação, o direito de reunião, a liberdade de locomoção, dentre outros. Ao tempo em que se assegura a propriedade, em suas variadas formas (bem móvel ou imóvel; corpóreo ou incorpóreo), também se determina que a propriedade cumpra a sua função social, razão por que são admitidas a desapropriação e a requisição. Nota-se, nesse ponto, a conjugação do direito de propriedade com o direito à igualdade.

Estudaremos a seguir, um a um, os direitos básicos e os seus desmembramentos.

¹ Na verdade, como já estudado, os direitos fundamentais também são destinados aos estrangeiros não residentes no Brasil e às pessoas jurídicas, dada a característica da universalidade.

2.1 DIREITO À VIDA

Vida é o **mais básico dentre os direitos fundamentais**, uma vez que dá origem a todos os outros. Trata-se de direito fundamental autônomo.

4

O conceito de vida contido no artigo 5º da Lei Maior abarca a existência humana, a vida do homem, e não de qualquer forma de existência. **Trata-se da proteção biológica da vida do ser humano, desde a vida uterina.**

O direito à vida tem dupla acepção, uma negativa e uma positiva.

Em sua **acepção negativa**, garante o direito de estar vivo, de permanecer vivo, de forma que nem o Estado e nem o particular poderão intervir na existência física de alguém. Essa é a razão pela qual a pena de morte é, em regra, vedada (art. 5º, inciso XLVII) e o aborto, o infanticídio, o homicídio e a instigação ao suicídio são crimes sujeitos ao Tribunal do Júri (art. 5º, inciso XXXVIII), quando praticados dolosamente.

A **acepção positiva** garante a vida digna, de modo que não basta estar vivo, mas viver com a dignidade própria de um ser da espécie humana. Essa acepção garante aos indivíduos o direito de exigir que o Estado desenvolva políticas públicas capazes de assegurar o mínimo existencial. Paralelamente, a todo indivíduo é dado o direito de exigir que o Poder Público reprima, por meio de lei e de ações concretas, comportamentos incompatíveis com a dignidade da pessoa humana.

O direito à vida deve ser tutelado tanto em sua dimensão subjetiva (o indivíduo em face do Estado) quanto em sua dimensão objetiva (a comunidade em face do indivíduo e/ou do Estado). Dito de outra forma, cabe ao Estado desenvolver obras e programas de ação que tutelem a continuidade da existência do indivíduo na sociedade, por meio de medidas de proteção contra práticas atentatórias da dignidade humana, independentemente de quem as praticar, seja o Poder Público, seja a própria comunidade.

O direito à vida, embora seja o mais fundamental dos direitos, **não é absoluto**, de modo que, no caso concreto, em hipótese de colisão com outros bens, poderá sofrer a relativização. As restrições ao direito à vida ora resultam de lei, ora de decisão judicial, ora da própria Constituição. Analisemos:

Pena de morte

A pena de morte é uma das penas proibidas pela Constituição Federal (art. 5º, XLVII), mas em caso de guerra declarada, na forma da lei, poderá ser aplicada. Nos termos do artigo 56 do Código penal Militar, a pena de morte se dá por fuzilamento.

Vale enfatizar que nem mesmo emenda à Constituição será capaz de instituir outras hipóteses de pena de morte, eis que a garantia constitucional da vida é cláusula pétrea.

Aborto

O aborto é tema bastante controvertido e não foi tratado diretamente na Constituição Federal. A opção da Constituinte, dentre as teses apresentadas para debate, foi a de que a Lei Maior não deveria dispor sobre o assunto, nem para proibir e nem para admitir.

Com efeito, o tema deve ser tratado pela lei infraconstitucional, especialmente a legislação penal. Evidentemente, a legalização e a descriminalização do aborto passam pela compreensão de quando a vida começa. Até o momento, não há consenso a respeito do assunto. Até a ciência não tem acordo a respeito de quando a vida se inicia.

Nos termos dos artigos 124 e 126 do Código Penal, o aborto é crime. Todavia, a redação do artigo 128 do mesmo diploma jurídico aborda duas hipóteses de aborto não puníveis: o aborto terapêutico (a má-formação do feto coloca a vida da gestante em risco) e o aborto sentimental (a gravidez é proveniente de estupro).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 54/DF, **declarou inconstitucional qualquer interpretação que considere a interrupção da gestação de feto anencéfalo crime de aborto**. Na decisão, ficou assente que embora não haja consenso a respeito do momento em que a vida se inicia (na concepção; na nidação; décimo quarto dia após a concepção; 24ª semana de gestação; dentre outras teses), para a ciência, nos termos da Lei 9.434/1997 e da Resolução 1.480/1997 do Conselho Federal de Medicina, a ausência de atividade cerebral significa morte. Dessa forma, o feto anencéfalo, dada a impossibilidade de desenvolver atividade cerebral, não pode ser considerado um humano vivo. Por conseguinte, a interrupção da gravidez não pode materializar o crime de aborto, uma vez que este é a interrupção da vida uterina.

Em maio de 2020, o Supremo Tribunal Federal rejeitou, por unanimidade, por perda de objeto, o julgamento de mérito da ADI 5.581, que tratavam da possibilidade de aborto de feto com microcefalia decorrente do zika vírus. A rejeição se deu em decorrência de revogação da lei questionada. O mérito não foi discutido pelo Tribunal, mas para todos os efeitos, inclusive de prova, **a microcefalia não autoriza o aborto. Cuidado para não confundir com a anencefalia!**

Questão delicada é a decisão proferida pela 1ª Turma do STF no HC 124.306, pois o órgão fracionário deu interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal, para excluir de seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada nos três primeiros meses.

A descriminalização do aborto, no caso citado, teve como embasamentos, em resumo, os seguintes: a) os direitos sexuais e reprodutivos da mulher; b) a autonomia da mulher; c) a integridade física e psíquica da gestante; d) a proporcionalidade; e) a criminalização da mulher pobre.

Agora, convém destacar que a decisão não é vinculante, pois se deu apenas no âmbito do controle incidental. Dessa forma, o aborto continua a ser conduta tipificada no Código Penal e gera responsabilidade para aqueles que a praticarem.

Há, todavia, até o momento da publicação desta lição, pendente de julgamento, a ADPF 442, de relatoria da Ministra Rosa Weber. A referida ação foi proposta pelo PSOL e objetiva descriminalizar o aborto praticado até a 12ª semana de gestão. Caso julgada procedente, seus efeitos serão *erga omnes* e vinculante. Aguardemos.

Uso de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos

O STF, na ADI 3.510, declarou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, quando embriões inviáveis ou quando congelados há três anos ou mais.

A ação foi proposta pelo Procurador Geral da República, para questionar a violação ao direito à vida e dignidade da pessoa humana. A maioria dos Ministros da Corte Constitucional entendeu não existir afronta à Constituição, pois o embrião congelado não tem atividade cerebral, razão por que ainda não pode ser considerado pessoa; tampouco pode ser considerado nascituro, porque não foi implantado em útero materno.

“Lei do abate”

O artigo 303, parágrafo 2º, da Lei 7.565/1986, regulamentado pelo Decreto 5.144/2004, prevê que aeronaves classificadas como hostis ou suspeitas de tráfico de drogas, após esgotamento dos meios coercitivos legalmente previstos, sejam abatidas. Tem-se aqui clara restrição ao direito à vida, consubstanciada na segurança nacional e no interesse público.

Excludentes de antijuridicidade

O estado de necessidade, a legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal excluem a ilicitude do ato, mesmo quando atentatório à vida de alguém. É o caso daquele que mata para se defender de injusta agressão; ou para garantir a própria vida, dada a impossibilidade de manter a de terceiro; ou do policial que mata o sequestrador para salvar a vítima (artigo 23 do Código Penal).

2.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)

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

A Constituição Federal declara que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. O que significa tal expressão? Se todos são iguais perante a lei, qual a razão de haver reserva de vagas para negros no serviço público? Por que há, nas carreiras militares, menos vagas para as mulheres?

A resposta para tais indagações passa pela mutação da ideia de igualdade, que tem trilhado um caminho de constante evolução. A primeira acepção de igualdade constitucional data do século XVIII, na vigência de um Estado Liberal, inaugurada pelas declarações de direitos, mormente a Declaração de Direitos da Virgínia (“todos os homens nascem igualmente livres e independentes”), em 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Na antiguidade, os direitos e deveres dos indivíduos foram concebidos a partir do grupo social ao qual integravam. Reinavam a estratificação social e os privilégios das classes dominantes, sem qualquer questionamento por parte da sociedade. Já no período medieval, a monarquia absolutista foi pautada pelo direito divino de governar por meio de seu representante: o rei. O monarca exerceu poderes ilimitados.

Para extirpar os privilégios de origem estatamental e afirmar a igualdade de todos perante a lei, surgiram concepções iluministas que impulsionaram as revoluções causadoras do declínio do absolutismo. Havia uma forte preocupação de impedir uma atuação do Estado em detrimento do indivíduo. Daí falar-se em direitos fundamentais de primeira geração, pautados nas liberdades individuais.

É de se notar, entretanto, que **a primeira acepção de igualdade foi apenas formal**, no sentido de exigir idêntico tratamento a todos os seres humanos, sem distinção oriunda de nenhuma circunstância ou condição. É a igualdade jurídica. **A igualdade perante a lei.**

Diz-se igualdade formal o tratamento equânime dado pela lei a todos os indivíduos, independentemente de etnia, sexo, religião ou capacidade econômica. Trata-se de uma perspectiva apenas negativa, que objetiva subordinar a todos ao crivo da lei.

A segunda acepção de igualdade teve início no século XX, com o advento do Estado Social. No período, notou-se que a igualdade formal igualou pessoas que se encontravam em condição totalmente desigual, o que provocou grandes injustiças. Evidentemente, patrões e empregados não podem ser tratados da mesma forma, pois estes representam a parte frágil da relação, são hipossuficientes. De igual maneira, pobres e ricos; analfabetos e letrados; homens e mulheres não podem sempre ser igualados pela lei, pois há diferenças naturais entre esses grupos.

Nesse diapasão, a **igualdade material**, inspirada na lógica aristotélica, buscou igualar a todos na qualidade de seres humanos, mas reconheceu as diferenças existenciais entre os diferentes grupos ou classes sociais. Daí falar-se em Estado Social, Estado que intervém na economia e busca amparar os hipossuficientes.

Com efeito, a igualdade material buscar proporcionar tratamento igualitário aos que estão em condição de igualdade e tratamento desigual aos que estão em condição de desigualdade, à medida de suas próprias desigualdades.

Rui Barbosa (2003) proferiu palavras bastante esclarecedoras sobre a temática. Vejamos:

“ (...) a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualdade aos desiguais, na medida em que se desigualem. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante. E não igualdade real.”

A igualdade material vincula não apenas o legislador, que deve estabelecer no texto da lei idêntico tratamento a todos os que se encontram na mesma situação, mas também o aplicador e o intérprete da lei, que devem oferecer tratamento igual aos que a lei considerou iguais. **Assim, a igualdade material não apenas assegura a igualdade perante a lei (destinada ao legislador), mas também a igualdade na lei (destinada ao intérprete).**

Princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal apregoou o princípio da igualdade no *caput* do artigo 5º e no inciso primeiro do mesmo dispositivo. A igualdade é um dos direitos fundamentais básicos e dá origem a vários outros direitos e garantias fundamentais, dentre os quais podemos enumerar a igualdade tributária (artigo 150, II, da CF); o acesso a cargos e empregos públicos mediante concurso (artigo 37, II, da CF); a igualdade salarial para

os que exercem a mesma função (artigo 7º, XXX, da CF); a reserva de vagas para deficientes na Administração Pública (artigo 7º, XXXI, da CF) e a vedação ao racismo (artigo 5º, XLII, da CF).

Base do estado Democrático de Direito, o princípio da igualdade determina que a lei deve reger, com iguais disposições, as mesmas vantagens e as mesmas obrigações para todos os que se encontrarem em idêntica condição, mas deve criar situações distintas para os que estiverem também em condição de desigualdade.

Não obstante o *caput* do artigo 5º utilize a expressão “perante a lei”, José Afonso da Silva (2007) aponta que no direito brasileiro não há qualquer diferença ente as expressões “igualdade na lei” e “igualdade perante a lei”, de forma que aplicador, intérprete e legislador estão impedidos de oferecer tratamento desigual aos iguais e tratamento igual aos desiguais.

Dito de outra forma, **a Lei Maior primou por uma igualdade material e não apenas por uma igualdade jurídica.** Essa é a razão de a Constituição ter garantido no inciso I do artigo 5º que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” e no artigo 7º, inciso XX, a proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos.

O princípio da igualdade está consubstanciado em duas dimensões: uma objetiva e outra subjetiva.

Em sua **dimensão objetiva**, a igualdade impõe ao Poder Público a adoção de medidas que reduzam as desigualdades sociais e regionais e de medidas que amparem a todos quantos estiverem em situação de desigualdade.

Por outro lado, em sua **dimensão subjetiva**, o princípio da igualdade assegura prestações negativas (o indivíduo tem o direito de defesa perante o Estado, de modo que este não aja arbitrariamente por meio de igualizações) e prestações positivas (grupos têm o direito de exigir políticas públicas que minimizem a desigualdade de fato, como por exemplo, quotas para negros nas universidades e quotas para deficientes na Administração Pública).

É na perspectiva dessas dimensões que surgem as chamadas **“ações afirmativas do Estado”**, que consistem em políticas públicas ou programas de ação que buscam a redução das desigualdades decorrentes de discriminação étnica, de gênero, de classe social, ou por deficiência física ou mental, por meio da concessão de uma vantagem compensatória. É o caso da “Lei Maria da Penha”, por exemplo, que reconhece a desigualdade histórica e física entre homens e mulheres e trata as mulheres de modo desigual.

As ações afirmativas, em geral, **são temporárias**, têm prazo de duração. A partir de um estudo denso em que se constate a impossibilidade de, num espaço curto de tempo,

um determinado grupo conseguir a sua inserção social, o Poder Público promove as suas ações. É de se notar que tal temporariedade tem o propósito de impedir que se promova a discriminação reversa, isto é, prejudicar o direito dos que não foram contemplados pelas ações do Estado.

A seguir, analisaremos algumas dessas ações afirmativas, à luz da legislação pátria e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

➤ **Ações em defesa das mulheres**

Com vistas a garantir uma real igualdade entre gêneros e combater a violência doméstica, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da **Lei Maria da Penha** (Lei 11.340/2006), dadas a peculiaridades físicas e morais da mulher e em razão da cultura do povo brasileiro.

Na mesma decisão (ADI 4.424), ficou asseverado que **os crimes descritos na lei, salvo ameaça, são de ação penal pública incondicionada (a atuação do Estado não depende da vontade da vítima), mesmo a lesão corporal leve e a culposa.**

No HC 129446, a 2ª Turma do STF, por decisão unânime, não admitiu o pedido do impetrante (condenado à pena de três meses de detenção) de substituição de pena privativa de liberdade por sanção restritiva de direitos. O órgão entendeu que a Lei Maria da Penha tem o propósito de tutelar com maior rigor a integridade física das mulheres, razão por que **não é crível a substituição da pena.**

Outro exemplo de ação afirmativa do Estado em defesa das mulheres é a alteração dada pela Lei 13.105/2015 ao artigo 121 do Código Penal, para incluir o **feminicídio como qualificadora do crime de homicídio.** Diz-se feminicídio a violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e de submissão (quer seja por homem ou por mulher) sobre mulher em situação de vulnerabilidade.

Podemos citar também a **Consolidação das Leis do Trabalho**, que regulamenta o inciso XX ao artigo 7º da Constituição, para conceder proteção ao mercado de trabalho das mulheres. Podemos citar como exemplos os seguintes: a) concessão de 15 minutos de intervalo antes da prorrogação da jornada normal; b) instalação de bebedouros, sanitários, cadeiras e bancos em número suficiente, a fim de que as mulheres possam trabalhar sem grande esgotamento físico; c) proibição de contratação de mulheres para serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 quilos para trabalho contínuo; d) proteção ao emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante, desde a confirmação da gravidez até o quinto mês após o parto (artigos 384, 389 e 390 da CLT e 10 do ADCT, respectivamente).

Por último, o artigo 10, parágrafo 3º, da Lei 9.504/1997, determina que quando do registro de candidaturas para os cargos de deputados federais, estaduais e distritais e para vereadores, os partidos políticos respeitem o **percentual mínimo de 30% para**

candidaturas de mulheres. A respeito de tal percentual (30%), vale citar a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida na ADI 5.617, em que se deu ao artigo 9º da Lei 13.165/2015 interpretação conforme a Constituição, para determinar a utilização de 30% do Fundo Partidário alocado a cada partido, para eleições proporcionais e majoritárias, para candidaturas do sexo feminino. Na hipótese de o percentual de candidatas, por partido, superar a trinta por cento, proporcionalmente a destinação do Fundo Partidário deverá ocorrer.

11

➤ **Ações em defesa de negros e pardos**

O artigo 207 da Constituição Federal garante às universidades autonomia didático-científica. À luz do dispositivo constitucional somado à Lei 9.394/1996, cabe às universidades o estabelecimento dos critérios que devem ser utilizados na seleção dos estudantes.

Algumas universidades resolveram reservar percentual de suas vagas para estudantes negros, para corrigir as desigualdades históricas entre brancos e negros. A primeira delas foi a Universidade de Brasília.

O Supremo Tribunal Federal, duas vezes, declarou **a constitucionalidade da reserva de vagas**, a fim de que o objetivo contido no artigo 3º da Lei Maior fosse atingido nesse quesito: construir uma sociedade justa e solidária. As cotas, para o Tribunal Constitucional, podem ser adotadas por todas as universidades, **desde que respeitem a razoabilidade, a proporcionalidade e a temporalidade** (ADPF 186 e RE 597.285/RS).

Na mesma toada, a Lei 12.990/2014 reservou percentual de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e concursos públicos no âmbito da Administração Pública Federal (direta e indireta) para negros.

A referida lei foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADC 41. Na ocasião, o STF entendeu que a reserva de vagas é compatível com o princípio da igualdade material, eis que fundada na superação do racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira. A distribuição mais equitativa de bens sociais tem o propósito de amparar a população afrodescendente.

Vale enfatizar que o Supremo Tribunal Federal validou a utilização de critérios subsidiários de **heteroidentificação** (avaliação feita por comissão do concurso) além da autodeclaração, desde que se respeite a dignidade da pessoa humana e sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

No citado julgamento, ficou consubstanciado que **a Lei 12.990/2014 deve ser aplicada a toda a Administração Pública Federal, quer seja no âmbito do**

Executivo, do Legislativo, do Judiciário, do Ministério Público ou das Forças Armadas. A lei não se entende a estados, DF e municípios, embora os entes federativos possam escolher por sua aplicação.

➤ **Ações em defesa dos desfavorecidos economicamente**

Algumas universidades reservam percentual de suas vagas para alunos oriundos de escolas públicas. É o caso da Universidade do Rio Grande do Sul, por exemplo. Seguindo a mesma lógica já explanada no caso de quotas para negros, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser **compatível com a igualdade material a ação afirmativa voltada a critérios econômicos**, pois é sabido que a maioria dos alunos egressos de escolas públicas integram famílias menos abastadas economicamente, motivo por que custear despesas com formação superior pode ser impossível para boa parte delas.

A Lei 11.096/2005 instituiu o programa Universidade para Todos (PROUNI), destinado à concessão de bolsas de estudo para estudantes de cursos de graduação em instituições privadas de ensino superior. Nos termos do artigo 3º do referido diploma, poderão ser contemplados pelo programa alunos oriundos de escolas públicas ou de escolas particulares, mas neste caso, os que tenham bolsa integral. Conclusão lógica é a exclusão do programa de alunos que estudaram em escolas particulares.

O STF, na ADI 3.330, declarou a constitucionalidade do dispositivo, dada a sua finalidade de promover o reequilíbrio social por meio de uma desigualação compensatória que adota critério socioeconômico.

A respeito do princípio da igualdade, conheça algumas decisões do Supremo Tribunal Federal:

- 1.** “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.” (Súmula Vinculante 37).
- 2.** “É constitucional a regra que veda, no âmbito do SUS, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio SUS, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes.” (RE 581.488)
- 3.** É inconstitucional a fixação de segunda chamada em etapa de concurso público em razão de situações pessoais do candidato. Assim, caso o candidato não faça a prova porque chegou atrasado em razão de acidente de trânsito que congestionou

a via, ou porque estava internado, não terá direito a segunda chamada, tendo em vista a impessoalidade e o interesse público (RE 630.733).

4. O Supremo Tribunal Federal reconheceu, em tese de repercussão geral, o direito de candidatas gestantes à remarcação de testes de aptidão física em concursos públicos, independentemente de haver previsão legal (RE 1058333).

5. É inconstitucional a atribuição excessivamente valorizada de pontos na prova de títulos em concurso público pelo simples exercício anterior de cargos públicos (AI 830.011).

6. “Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial.” (Súmula Vinculante 6). A CF não estendeu aos militares a garantia de remuneração não inferior ao salário mínimo, como o fez para outras categorias de trabalhadores. A obrigação do Estado quanto aos conscritos limita-se a fornecer-lhes as condições materiais para a adequada prestação do serviço militar obrigatório nas Forças Armadas.

7. O estabelecimento de limite de idade para inscrição em concurso público apenas é legítimo quando justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido (ARE 678.112). Assim, é constitucional o limite máximo de idade para ingresso nas carreiras militares.

8. “A adoção de critérios diferenciados para licenciamento dos militares temporários, em razão do sexo, não viola a isonomia.” (RE 489.064).

9. O artigo 25 da Lei 12.485/2011 é inconstitucional, porque ao proibir a oferta de canais que veiculem publicidade comercial direcionada ao público brasileiro contratada no exterior por agência de publicidade estrangeira, estabelece uma completa exclusividade em proveito das empresas brasileiras, o que fere a isonomia (ADI 4.747).

2.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

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

O inciso II do artigo 5º da Constituição Federal enuncia o princípio genérico da legalidade, segundo o qual direitos e obrigações só decorrem de lei. A garantia individual precípua do dispositivo é a de impedir ações e medidas arbitrárias tomadas pelo Estado em face dos indivíduos.

Diz-se princípio genérico de legalidade, porque a partir dele outros foram criados: princípio da legalidade penal; princípio da legalidade administrativa e princípio da legalidade tributária. Nessa lição, apenas trataremos do que consta no artigo 5º da Constituição Federal.

O princípio exige, para a criação de obrigação de fazer ou de deixar de fazer, a elaboração de lei em sentido formal, ou seja, dependente de uma atuação legislativa. Todavia, à luz conjunto normativo da Constituição, “lei” deve ser interpretada em sentido amplo, de forma a contemplar não apenas a lei ordinária, mas todas as espécies normativas previstas no artigo 59 da Constituição Federal (emendas, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções). Devem ser acrescentadas ainda, embora não possam ser consideradas leis em sentido formal, as espécies normativas que têm valor de lei, como os decretos autônomos (artigo 84, inciso VI, da CF), os regimentos internos dos tribunais, as resoluções do Conselho Nacional de Justiça e as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral.

Depreende-se do dispositivo que a legalidade assegura a liberdade aos indivíduos, tendo em vista a garantia ampla de poderem fazer tudo aquilo que não for proibido por lei. Cabe dizer que o agente público só pode fazer aquilo que a lei determinar, pois a legalidade administrativa tem outro significado, como será melhor estudado no capítulo pertinente à organização do Estado.

Assim como os demais direitos fundamentais, **a legalidade não é absoluta e pode ser afastada durante os chamados estados de legalidade extraordinária: estado de defesa (artigo 136 da CF) e estado de sítio (artigo 137 da CF).**

1. “Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.” (Súmula 686 do STF).
2. “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.” (Súmula 636 do STF).

O princípio da legalidade não se confunde com o princípio da reserva legal. O primeiro assevera a submissão à lei e o segundo determina que determinadas matérias sejam disciplinadas por lei formal.

Quando o texto constitucional exige expressamente a regulação de algum assunto por lei formal (quer seja complementar ou ordinária), tem-se a chamada **“reserva legal”**.

Em muitas situações, são encontradas no texto constitucional as expressões: “na forma da lei”; “por meio de lei”; “lei disporá”; “lei tratará”; “lei definirá”; “nos termos da lei”; “mediante lei”.

Nota-se que o princípio da legalidade tem maior abrangência que o princípio da reserva legal. Enquanto legalidade consiste na subordinação às espécies normativas primárias, a reserva legal alcança apenas campos materiais específicos que dependem de lei (sentido estrito).

A reserva legal pode ser classificada a partir de dois distintos parâmetros: 1) absoluta ou relativa; 2) simples ou qualificada.

Quando a Constituição exige a regulamentação integral de seus dispositivos por meio de lei, tem-se a **reserva legal absoluta**. É o que se vê, por exemplo, no inciso XIX do artigo 37 da Constituição Federal:

*“XIX – **somente por lei específica** poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;” (Grifou-se).*

Por outro lado, se a Constituição exigir lei que apenas fixe os parâmetros de atuação de sua norma e estes puderem ser complementados por espécie infralegal, tem-se a **reserva legal relativa**. Temos um exemplo no artigo 150, parágrafo 1º, que autoriza o Presidente da República a mudar alíquotas de impostos, atendidas as condições e os limites contidos em lei. Nesse caso, o Chefe do Executivo age por decreto. Veja:

“§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.”

No campo de proteção de direitos fundamentais, a **reserva legal simples** ocorre quando a Constituição se limita a autorizar a intervenção legislativa sem fazer nenhuma exigência quanto ao conteúdo ou finalidade. É o que se percebe no inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal:

“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;”

Por último, a **reserva legal qualificada** se dá quando as condições para a restrição vêm fixadas na Constituição, que estabelece os fins a serem perseguidos e os meios a serem utilizados. Por exemplo, tem-se reserva legal qualificada no dispositivo que prevê a quebra de sigilo de conversa telefônica (artigo 5º, inciso XII), que depende de ordem judicial, nos casos previstos em lei, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

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

16

Ainda acerca dos direitos fundamentais, convém citar o inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual a *"lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais."*

Princípio da legalidade penal/princípio da anterioridade penal

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

Ramificação do princípio genérico da legalidade é o princípio da legalidade penal, postulado do Estado Democrático de Direito, segundo o qual somente a lei formal, criada por representantes do povo, para retratar os anseios de uma determinada sociedade, pode descrever, crimes, contravenções penais e penas.

Nessa toada, espécies normativas secundárias não são capazes de fazer tipificação penal. Nos termos do artigo 62 da Constituição Federal, nem mesmo a medida provisória poderá dispor sobre matéria penal, apenas a lei formal (parágrafo 1º, inciso I, alínea b).

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, **as convenções internacionais, como a Convenção de Palermo, não são aptas a tipificarem crimes e nem a fixarem penas, pois somente lei interna é fonte formal e direta de direito penal (RHC 121.835).**

Cabe dizer que a competência para legislar sobre direito penal é privativa da União (artigo 22, I, da CF).

A respeito da fixação de crimes e de penas, para criminalizar alguém, não apenas é suficiente a lei, mas é necessário que a lei seja anterior à conduta da pessoa (anterioridade penal), eis que ninguém pode ser surpreendido por uma atuação punitiva legislativa do Estado.

Princípio da irretroatividade das leis

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

O princípio da irretroatividade da lei tem o propósito de garantir segurança jurídica por meio da proteção de situações definitivamente consolidadas. A lei penal também se sujeita à irretroatividade, exceto a mais benéfica para o réu.

A lei penal mais nova que abrande pena ou que deixe de descrever um fato como crime será sempre retroativa, mesmo que já em fase de cumprimento de pena (ou mesmo em caso de pena já cumprida!).

Vale citar aqui a Súmula 611 do STF: *"Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna."*

Por outro lado, nos termos da jurisprudência do STF, o juiz não pode combinar lei nova com lei antiga para criar uma regra mais favorável ao réu, porque não cabe ao Judiciário atuar como legislador. Deve o juiz avaliar qual das leis é mais favorável ao réu e então aplicá-la integralmente (RE 600.817, com repercussão geral).

Por último, a Súmula 711 STF enuncia que a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, quando o agente inicia a prática do crime ainda na vigência da lei mais branda, mas esta vem a ser revogada por outra mais gravosa que entra em vigor enquanto ainda estava sendo praticado o crime.

2.4 LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA, DE EXPRESSÃO E DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

"IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;"

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

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

A Constituição Federal assegura a todos os indivíduos a liberdade para pensar, para ter as próprias convicções religiosas, políticas, ideológicas, artísticas, científicas ou que mais for. Em seu sentido mais abrangente, a liberdade de pensamento é caracterizada por meio de sua exteriorização, eis que o homem, muitas vezes, não quer reter as próprias opiniões, mas quer externá-las a terceiros e, dependendo das circunstâncias, inclusive, pretende convencer a outros de que suas convicções são as mais acertadas.

A manifestação do pensamento deve ser livre, de forma que **é vedado ao Poder Público condicionar a sua manifestação a qualquer forma de licença**. De igual modo, a censura (controle de informação que pode ou não ser divulgada, a partir de análises de cunho moral, político ou religioso) é vedada, quer seja prévia ou repressiva.

Um dos aspectos externos da liberdade de opinião (de consciência, de pensamento) é a liberdade de manifestação do pensamento, razão por que o artigo 220 da Constituição Federal dispõe que a manifestação do pensamento, sob qualquer forma, processo ou veiculação não sofrerá restrição, de maneira que qualquer forma de censura é vedada (política, ideológica ou artística).

Estão compreendidos no âmbito de tal liberdade a comunicação entre pessoas (conversa, diálogo); a comunicação de um indivíduo para outros (palestras, discursos); entre pessoas determinadas (carta, telefonema, mensagens via *WhatsApp*) ou de uma pessoa para um grupo indeterminado de pessoas (livros, revistas, rádio, canal no *YouTube*). Acrescente-se que a liberdade de manifestação do pensamento também contempla o direito de não manifestá-lo.

A liberdade de manifestação do pensamento também tem seu ônus e pode gerar a responsabilidade civil e/ou criminal para quem inadvertidamente a utilizar e ainda dá ao ofendido o direito de resposta. Essa é a razão de a Constituição vedar o anonimato. Deve o indivíduo identificar-se, assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, a fim de que, se for o caso, repare o dano causado a terceiros.

A respeito da vedação ao anonimato, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de não admitir a utilização de escritos e de notícias apócrifos como atos de natureza processual, porque não têm caráter oficial (STF – Inquérito 1.957/PR). Disso resulta a impossibilidade de o Estado, tendo por únicos fundamentos tais escritos apócrifos, dar início, somente por meios deles, à *persecutio criminis* (instaurar inquérito policial ou oferecer denúncia).

Por outro lado, as peças apócrifas e as delações anônimas, segundo o STF (Inquérito 1.957/PR), podem até ser utilizadas como provas formais, quando produzidas pelos próprios acusados ou para constituir o corpo de delito do crime (bilhetes de pedido de resgate, cartas para ameaçar, etc).

As **delações anônimas** (“denúncias apócrifas”) não podem ser desprezadas, pois os crimes são cada vez mais complexos e os criminosos estão cada dia mais organizados, de modo que, por motivo de segurança, é natural que as pessoas comuns não queiram ser identificadas ao fazerem a comunicação de crime.

Com efeito, em caso de “denúncias apócrifas”, a autoridade policial deverá realizar investigações preliminares para confirmar a veracidade da informação recebida. Uma

vez sendo constata a procedência da informação, o inquérito poderá ser instaurado. Note que a simples delação não identificada não é suficiente para instaurar o inquérito.

O Superior Tribunal de Justiça entende não existir ilegalidade na instauração de processo administrativo com fundamento em denúncia anônima, dado o poder-dever de autotutela da Administração. Assim, caso a autoridade tenha dúvida entre arquivar e investigar, deverá optar por investigar, em razão da prevalência do interesse público, desde que, evidentemente, tenha agido com cautela quando do exame da denúncia. O assunto já está sumulado:

Súmula 611: “Desde que devidamente motivada e com amparo em investigação ou sindicância, é possível a instauração de processo administrativo disciplinar com base em denúncia anônima, em face do poder-dever de autotutela imposto à Administração.”

Convém reforçar que o direito de liberdade de manifestação do pensamento **não é absoluto**, de forma que o abuso na utilização de tal direito, mormente em razão de confronto com outros direitos de terceiros, pode gerar a responsabilidade civil (dever de indenizar por dano moral e/ou material), a responsabilidade penal (responder por crime contra a honra, por racismo, por apologia ao crime) e o direito de resposta ao ofendido.

Nos termos do inciso V do artigo 5º da Constituição Federal, o direito de resposta deve guardar proporcionalidade com o agravo sofrido, isto é, deve ser exercido no mesmo meio de comunicação em que o agravo foi praticado e atingir o mesmo alcance.

A Lei 13.188/2015 regulamentou o direito de resposta e fixou prazo decadencial de 60 dias para que o ofendido o requeira. Nos termos da lei, qualquer notícia, nota ou reportagem divulgada em meio de comunicação social gera o direito de resposta, quando atentatória à honra, à intimidade, à reputação, ao nome, à marca ou à imagem de alguém, quer seja pessoa natural ou pessoa jurídica.

1. Em 2018, no período eleitoral, várias decisões proferidas por juízes eleitorais autorizaram a busca e apreensão, em universidades, de panfletos e material de campanha eleitoral e proibiram aulas com temática eleitoral, a pretexto de cumprimento da Lei 9.504/1997. O Supremo Tribunal Federal, na ADPF 548, suspendeu tais decisões, dada a ofensa à livre manifestação do pensamento, à divulgação de ideias e ao direito de reunião dos cidadãos.

2. Para o STF, é inconstitucional dispositivo de lei que proíbe as emissoras de rádio e televisão de usarem montagem ou brincadeiras que, de alguma forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação. De igual modo, não poderá haver restrição legal à difusão de opinião favorável ou contrária a candidato ou partido (ADI 4.451). Para o Tribunal, a intervenção do Estado seria censura prévia.

3. A liberdade de pensamento permite a exteriorização da fé religiosa, que não é exercida apenas em âmbito privado, mas também no espaço público, e inclui o direito de tentar convencer os outros, por meio do ensinamento, a mudar de religião. O serviço de radiodifusão comunitária pode ser utilizado para divulgar discurso proselitista. (ADI 2.556).

4. É inconstitucional a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes, porque ofende o direito fundamental de reunião, o direito de informação e as liberdades de expressão e manifestação do pensamento (ADI 4.274).

5. A liberdade de expressão religiosa permite a utilização de discurso proselitista, mediante persuasão, para alcançar o outro, ainda que por meio da comparação entre diversas religiões, inclusive com explicitação de certa animosidade. Esse foi o posicionamento do STF quando do julgamento do RHC 134.682, em que se avaliou a publicação de um livro, escrito por um padre, em que se percebe a incitação da comunidade católica a empreender resgate religioso direcionado à salvação de adeptos do espiritismo, em atitude que, a despeito de considerar inferiores os praticantes de fé distinta, o faz sem sinalização de violência, escravização ou redução de direitos fundamentais.

6. A liberdade de informação e o direito de crítica que dela emanam permitem a crítica jornalística aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral (as pessoas públicas, investidas ou não de autoridade governamental), por mais duras e veementes que possam ser, o que não induz responsabilidade civil (AI 705.630 AgR).

2.5 LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA E ESCUSA DE CONSCIÊNCIA

"VI – 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;"

"VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;"

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

A Constituição Federal assegura a todos ampla liberdade religiosa, que compreende a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa.

A liberdade de crença assegura o direito de **ter ou não uma crença**, de modo que o indivíduo está livre para escolher uma religião ou seita, para mudar de religião, ou para não ter religião alguma. É a liberdade de crença que garante o direito do **ateu e do agnóstico**.

É também compatível com a liberdade de crença a tentativa de **convencimento de indivíduos de outra fé** à conversão a uma determinada religião, ainda que por meio persuasivo, mormente pela indicação de que sua escolha religiosa é equivocada.

A liberdade de culto assegura a liberdade de ritos, de cerimônias, de tradições, conforme a religião escolhida. Tal liberdade não se restringe a locais privados; antes, pode ser exercida em lugares públicos ou abertos ao público, desde que, evidentemente, sejam respeitados outros regramentos e leis. Assim, é perfeitamente possível a utilização de praças públicas e de parques para a prática eventual de um culto religioso (conjugação com o direito de reunião). Com efeito, discursos, pregações, cânticos e orações **podem ocorrer além dos templos religiosos, inclusive por meio da utilização de emissoras de rádio e de televisão**.

A Constituição protege expressamente no artigo 5º, VI, a liturgia dos cultos e o templo religioso. A respeito dos templos religiosos, há a garantia de autonomia quanto à sua organização interna, estrutura e funcionamento. Não cabe ao Estado interferir nos dias e horários de abertura dos templos e nem mesmo nas cerimônias que são abertas ou não ao público. De igual maneira, as vestimentas exigidas para a entrada no templo, bem como o uso ou não de calçados ou véus estão contemplados pela liberdade.

Outro aspecto merecedor de destaque é o de que a Constituição Federal, no artigo 150, VI, b, estatuiu imunidade tributária para templos religiosos, inclusive quando ociosos ou alugados a terceiros, desde que o valor dos alugueis seja aplicado nas atividades para as quais se destinam. Nesse sentido há súmula vinculante:

Súmula Vinculante 52: "Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, "c", da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas."

A liberdade de organização religiosa, segundo José Afonso da Silva (2007), compreende a "possibilidade de estabelecimento e organização de igrejas e suas relações com o Estado."

O artigo 19, I, da Constituição Federal, veda que as pessoas políticas (União, estados, DF e municípios) estabeleçam ou subvençionem cultos religiosos ou igrejas, embarquem o seu funcionamento ou mantenham com eles relação de aliança ou dependência. Desse dispositivo, é extraído o sistema adotado pelo Brasil para nortear a relação Estado-Igreja, qual seja: a separação, **o Estado laico**.

É de se notar que o mesmo dispositivo que separa o Estado da religião é o que assegura a liberdade de organização religiosa, ao proibir que o Poder Público embarque o funcionamento de igrejas.

Merece também ser pontuada a hipótese de o Estado manter aliança, nos casos autorizados por lei, com instituições religiosas, para preservar o interesse público. Dessa forma, é perfeitamente possível o **convênio** entre o estado de Goiás, por exemplo, e uma igreja cristã, para promover educação, sem fim lucrativo. Poderia a organização religiosa arcar com as despesas materiais (terreno, edificação, mobília, material escolar) e o ente político arcar com as despesas com professor, eis que há interesse público.

O povo brasileiro, em sua maioria, notadamente, é religioso. A religiosidade faz parte da cultura e da tradição do brasileiro. Com efeito, não é então de se estranhar que tal herança cultural influencie o legislador, o gestor público e os diferentes órgãos julgadores.

Podemos analisar, por exemplo, a preservação de feriados religiosos, não obstante o fato de o Brasil ser Estado-laico. O artigo 1º da Lei 6.802/1980 assim estabelece: “É declarado feriado nacional o dia 12 de outubro, para culto público e oficial a Nossa Senhora Aparecida, Padroeira do Brasil.” Na mesma linha, temos o 1º da Lei 662/1949, que define 25 de dezembro como feriado nacional.

O preâmbulo da Constituição Federal tem a seguinte redação; “(...) promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” Eis aqui mais um exemplo de como a cultura é retratada na legislação. Ora, o preâmbulo da Constituição expressa anseios e valores da sociedade brasileira quando da promulgação da Constituição.

Nomes de Estados-membros, municípios e ruas também seguem a mesma lógica: Espírito Santo; Vitória; São Paulo. A exposição de monumentos (Cristo Redentor), crucifixos, bíblias em lugares públicos, bem como a utilização da expressão “Deus seja louvado!” nas cédulas de Real guardam sintonia com a laicidade do Estado, pois apenas retratam manifestações culturais dos brasileiros e não induzem ninguém a adotar uma crença religiosa. Esse é o pensamento dominante, até o momento.

Imperioso é, pois, **diferenciar Estado laico de Estado laicista**. O primeiro é o que não adota uma religião oficial, mas uma neutralidade perante a religião. O segundo é o que não se harmoniza bem com a religião, apenas a tolera.

O Brasil não é laicista; é apenas laico. Há boa convivência entre Estado e a religião, por isso são preservados feriados religiosos, símbolos religiosos em lugares públicos e as referências a Deus na moeda e no preâmbulo da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal novamente externou essa percepção do Estado brasileiro quando do julgamento ADI 4.439, proposta pelo Procurador Geral da República, para requerer interpretação conforme a Constituição aos artigos 1º, 2º e 33 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/1996), a fim de assentar que o ensino religioso nas escolas públicas não pode ser vinculado a religião específica e que fosse proibida a admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas. O Ministério Público sustentou que a disciplina ensino religioso prevista no artigo 210 da Constituição Federal, cuja matrícula é facultativa, deve ser dedicada ao estudo da história e da doutrina de variadas religiões e deve ser ministrada de forma laica. O Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco, julgou a ação improcedente e **garantiu um ensino confessional, ministrado por um professor religioso, em escolas públicas.** O Tribunal entendeu não haver qualquer ofensa à liberdade de crença e à laicidade do Estado, porque ninguém está obrigado a fazer sua matrícula na disciplina.

Por fim, convém mencionar outros dispositivos da Constituição que demonstram uma boa relação do Estado com as diversas religiões: a) o artigo 5º, inciso VII, assegura a assistência religiosa em casas de internação coletiva, civis e militares; b) o artigo 226, parágrafos 1º e 2º, dá efeito civil ao casamento religioso.

Escusa de consciência

O inciso VIII do artigo 5º da Constituição Federal garante que, em regra, ninguém poderá ser privado de direitos por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política. Trata-se de mais uma vertente do direito de liberdade, que assegura ao indivíduo o direito de se recusar a cumprir determinadas imposições que contrariem as suas convicções filosóficas ou religiosas sem sofrer restrição de direitos.

Com efeito, obrigações legais a todos imposta podem não ser cumpridas por aquele que alegar o imperativo de consciência. Todavia, caso a lei criadora da obrigação também estabeleça uma alternativa para aquele que arguir a liberdade de consciência, essa alternativa deverá ser cumprida, sob o risco de restrição de direitos.

É de se notar que a escusa de consciência é garantida **sem a necessidade de regulamentação infraconstitucional.** Dito de outra forma, a norma constitucional é de eficácia contida, razão por que sua aplicabilidade é imediata e direta, embora seu alcance possa ser reduzido por lei ou por outra norma constitucional. Assim, o exercício da liberdade será amplo, até que uma lei fixe a prestação alternativa que o restrinja.

Clássico exemplo é o insculpido no artigo 143, parágrafo 1º, da Constituição Federal, que cria o serviço militar obrigatório para os homens (excluídos os eclesiásticos, em

tempo de paz), mas aos que alegarem imperativo de consciência, em tempo de paz, será ofertado serviço alternativo, na forma da lei.

"Art. 143. 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."

24

Depreende-se do dispositivo, que em tempo de guerra declarada, a escusa de consciência não poderá ser arguida, pois tal liberdade não é absoluta e, na ponderação dos bens jurídicos, deve prevalecer a defesa do Estado. Agora, em tempo de paz, a fim de que o indivíduo não sofra grave tormento moral causado pelo cumprimento da obrigação legal, a prestação alternativa deverá ser ofertada. Todavia, caso haja ainda a negativa de cumprimento do serviço alternativo, haverá como consequência a aplicação da restrição de direitos políticos, nos termos do artigo 15, IV, da Constituição.

2.6 DIREITO À PRIVACIDADE

"X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"

Da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, emanam os direitos da personalidade. Estes objetivam resguardar a autonomia de vontade, de maneira a garantir que cada indivíduo escolha como pretende conduzir a própria vida, sem a interferência do Estado ou de terceiros.

A privacidade é um dos direitos da personalidade, do qual se originam os seguintes direitos: intimidade, vida privada, honra e imagem. Nota-se que a privacidade é o gênero do qual são espécies a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. Todos esses direitos são invioláveis, a fim de que se respeite o livre-arbítrio e se limite a curiosidade alheia.

Diz-se **intimidade** o direito relacionado à individualidade, ao modo de ser, às escolhas de alguém, afastando-se a intervenção de terceiros. O sigilo de correspondência, a inviolabilidade da casa e o segredo profissional são decorrentes do direito a intimidade.

A **vida privada** retrata a vida exterior, o indivíduo em sociedade, o indivíduo se relacionando. Trata do direito de ser, de viver a própria vida, de modo que o segredo da vida privada (personalidade) e a liberdade de vida privada estão garantidos.

A **honra**, por sua vez, é um conjunto de qualidades que caracterizam a boa reputação, o bom nome, o respeito perante a comunidade, a credibilidade. Todos têm o direito de preservar a sua dignidade, de se proteger de ataques de terceiros. A honra tanto garante a concepção que o indivíduo tem de si mesmo (**honra subjetiva**), quanto a sua reputação perante o meio social (**honra objetiva**).

Não se pode confundir honra com imagem. O primeiro direito está relacionado a qualidades de um determinado perante os seus concidadãos. O segundo consiste no amparo das questões físicas, aquilo que se vê, as características físicas, o retrato.

Tomando-se por base a teoria das esferas, de acordo com a área da personalidade afetada, há uma variação do grau de proteção da privacidade. Dessa forma, quanto mais próxima for da identidade do indivíduo, maior proteção deverá ser dada à esfera.

Dito de outra forma, a privacidade contempla três esferas de proteção: a esfera íntima, a esfera privada e a esfera da publicidade.

A esfera íntima diz respeito ao modo de ser de cada pessoa, à sexualidade, à autoestima. Compreende os segredos pessoais, as informações confidenciais, como por exemplo, as confissões feitas em um diário.

A esfera privada ultrapassa o âmbito intrapsíquico e se refere às relações do indivíduo com o meio social. É de se notar que embora a vida privada esteja relacionada à convivência social, há situações em que o indivíduo não tem interesse na divulgação. É o caso de dados bancários, fiscais, telefônicos.

Por último, a esfera da publicidade diz respeito a duas situações: 1) atos praticados em local público com o ânimo de torná-los públicos; 2) fatos de domínio público. Conforme o ambiente, público ou privado, a privacidade poderá receber maior ou menor proteção. Por certo, os atos praticados em local reservado encontram uma proteção mais intensa do que os ocorridos em locais públicos.

A violação ao direito à privacidade enseja o **dever de indenizar**, nos termos do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. A indenização poderá ser por dano moral, material ou por ambos, cumulativamente.

1. A publicação da fotografia sem o consentimento da pessoa, para fins comerciais ou não, quando causar desconforto, aborrecimento ou constrangimento implica em dever de indenizar por dano moral. Não há a necessidade de comprovação de ofensa à

reputação da pessoa, basta o desconforto (ou aborrecimento) causado em razão da divulgação da fotografia. (RE 215.924).

2. Constitui prova **lícita** a coleta de material biológico da placenta, com o propósito de fazer exame de DNA, para averiguação da paternidade do nascituro, mesmo sem o consentimento da mulher extraditanda, porque o direito à privacidade não é absoluto. De forma que, se de um lado há o direito à intimidade da mulher, por outro lado, há direito à honra dos policiais que foram acusados de estupro e o direito à imagem da Polícia Federal, dado que o estupro teria ocorrido nas dependências da própria instituição. (Rcl 2.040 QO).

2.7 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

A Emenda à Constituição 115/2022, acrescentou ao artigo 5º, o inciso LXXIX, para incluir ao rol de direitos individuais a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais. Esse direito nada mais é do que um desmembramento dos direitos à intimidade e à vida privada, já garantidos no texto constitucional.

Desde o ano de 2018, com a entrada em vigor da Lei 13.709/2018, conhecida como LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), o tema ganhou destaque, notadamente para assegurar respeito à privacidade, a autodeterminação informativa e a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião.

Agora, além de previsão legal, a proteção de dados pessoais ganhou amparo constitucional, o que assegura maior eficácia ao dispositivo.

Cabe ressaltar que a EC 115/2022 atribuiu a União a competência material para organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais (art. 21, XXVI, da CF/88) e para legislar sobre o tema (art. 22, XXX, da CF/88).

2.8 INVIOLABILIDADE DA CASA

27

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

A Constituição Federal, ao estabelecer que a casa é o asilo inviolável do indivíduo, objetivou garantir uma das vertentes do direito à privacidade. Asilo é lugar de abrigo, de proteção, de maneira que a todo indivíduo é garantido o direito de encontrar, em sua casa, proteção à individualidade e à vida privada.

O **conceito de casa é abrangente e ultrapassa a moradia**. Contempla qualquer local fechado, habitado e não aberto ao público. Nessa toada, alcança escritórios profissionais, consultórios, estabelecimentos comerciais e industriais, hotéis, motéis, barcos, trailer, barracas, dentre outras hipóteses. Agora, para ser casa, para fins constitucionais, é preciso que o ambiente não seja aberto a terceiros, de maneira que quando se pensa em estabelecimentos comerciais ou industriais, a proteção constitucional seria reservada aos locais restritos ao público, como escritórios de direção ou local em que se guarda o cofre e documentos, por exemplo. É também aplicada a garantia da inviolabilidade domiciliar quando as atividades diárias já foram encerradas (fábrica fechada). De igual maneira, a recepção de um hotel não pode ser considerada casa, eis que aberta ao público, mas o quarto de hotel, após a locação, materializa o direito à privacidade. Note que o ânimo de permanecer se opõe ao ânimo de locomover e não exige um tempo mínimo de permanência.

A entrada na casa de alguém depende, em regra, de autorização, ressalvadas as hipóteses taxativamente descritas na Constituição Federal. O consentimento para entrada no domicílio só poderá ser dado por morador (não proprietário; não empregado). Deve ser sempre espontâneo e manifestado pelo titular do direito, pelo ocupante do local.

Excepcionalmente, sem que haja consentimento do ocupante, é permitida a entrada na casa, a qualquer hora, em casos de flagrante delito (próprio ou impróprio), desastre (inundações, desmoronamentos) ou prestação de socorro.

Durante o dia, sem autorização do morador, será possível ainda entrar na casa mediante ordem judicial. Nesta hipótese, nota-se a reserva de jurisdição: somente por

ordem judicial. Autoridades administrativas, policiais ou membros do Ministério Público apenas poderão requerer a entrada no domicílio às autoridades judiciais. Determinações administrativas de buscas e apreensões de documentos, ainda que haja indícios de existência de provas contundentes, são inconstitucionais e geram provas ilícitas.

A respeito do conceito de “dia”, não há na doutrina consenso, mas a doutrina é tendente a conceituar que “dia” a partir do critério físico-astronômico, que compreende o interregno que vai da aurora ao crepúsculo.

Vejamos agora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto:

1. Repercussão Geral reconhecida com julgamento de mérito (RE 603.616): “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas “a posteriori”, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.”

No caso de crime permanente, como o crime está em curso, a entrada na casa não depende de autorização judicial. Situação analisada pelo STF foi a de crime de tráfico de drogas (Lei 11.343/2006), em que a droga estava depositada na casa, o que caracterizou flagrante e a consequente entrada da polícia, sem ordem judicial.

Para garantir a inviolabilidade domiciliar e ao mesmo tempo a atividade policial, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a seguinte interpretação: a entrada na casa, a pretexto de flagrante de crime, depende da demonstração de “fundadas razões”, nos termos do artigo 240, parágrafo 1º do CPP. É preciso existir elementos que justifiquem a suspeita de flagrante. Não basta a constatação de flagrante posterior à entrada forçada no domicílio.

2. Escritório de advocacia, quando o advogado é o investigado, pode ser alvo de busca e apreensão, nos termos da decisão judicial. Todavia, tratando-se de local onde existem documentos que dizem respeito a outros sujeitos não investigados, é indispensável a especificação do âmbito de abrangência da medida, que não poderá ser executada sobre a esfera de direitos de não investigados. (HC 91.610).

3. A entrada à noite, em escritório de advocacia, mediante ordem judicial, para instalação de equipamento de escuta ambiental, quando o advogado é suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado em seu escritório profissional, não configura prova ilícita e não fere a inviolabilidade domiciliar. (Inquérito 2.424).

4. Qualquer que seja a espécie de flagrante, próprio ou impróprio, é permitida a prisão, mediante entrada forçada na casa do indivíduo, sem ordem judicial. (RHC 91.189).

5. O atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo poder público em sede de fiscalização tributária. Assim, nenhum agente público poderá entrar, inclusive os da administração tributária, contra a vontade de quem de direito, em espaço privado em que se exerce atividade profissional, sem ordem judicial. (HC 93.050).

2.9 SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA E DE COMUNICAÇÃO TELEGRÁFICA

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

Em decorrência do direito de intimidade, a Constituição assegura a inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral, quer seja correspondência (carta, aviso bancário), de comunicação telegráfica (telex, telegrama), de comunicação telemática (*internet, intranet*) e telefônicas (telefones fixos ou móveis).

O sigilo de correspondência é inviolável. Tal garantia não é absoluta, embora a reserva legal ("nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer") e a reserva jurisdicional ("por ordem judicial") contidas no artigo 5º, inciso XII, da CF, não façam referência ao sigilo de correspondência.

Com efeito, nos casos de decretação de estado de defesa (artigo 136 da CF) e de estado de sítio (artigo 139, III, da CF), o sigilo de correspondência poderá ser quebrado por decreto do Presidente da República.

De igual modo, poderá haver a quebra de sigilo de correspondência, nos termos da jurisprudência do STF, sempre que tais direitos estiverem sendo utilizados como salvaguarda de práticas ilícitas.

É o caso da interceptação de cartas enviadas/recebidas por presidiários feitas pela administração penitenciária (HC 70.814-5/SP). Veja:

"A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei 7.210/1984, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas."

30

Vale dizer que não obstante a **Comissão Parlamentar de Inquérito** (CPI) tenha poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, não está apta a quebrar o sigilo de correspondência.

As comunicações telegráficas são igualmente indevassáveis. Poderá haver a quebra de sigilo nos casos de decretação do estado de defesa ou de sítio ou, por ordem judicial, naqueles em que a lei permita, para fins de investigação criminal ou prova processual penal.

2.10 SIGILO DE DADOS E DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA

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

Do sigilo de dados

Em garantia do direito de intimidade, a Constituição Federal assegura a inviolabilidade do sigilo de dados. O conteúdo de extratos bancários (dados bancários), registro de ligações telefônicas (dados telefônicos), de arquivos de computadores (dados informáticos) e de declarações de imposto de renda (dados fiscais) deve ser mantido sob sigilo. É garantido ao indivíduo o direito de ver resguardado o conteúdo das informações a seu respeito, contidas em diversos tipos de documentos.

Havendo fundadas razões (elemento material), é possível que as autoridades estatais legitimadas, conforme a situação concreta (elemento formal), intervenham no campo privado, para obter dados bancários, fiscais, telefônicos ou informáticos de pessoa investigada.

São legitimados a promoverem a quebra de sigilo de dados as autoridades judiciais e a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI). Note que autoridades fiscais, autoridades policiais, Tribunais de Contas e o Ministério Público não poderão diretamente fazer a quebra de sigilo de dados. Apenas por ordem judicial ou por determinação de CPI, informações particulares poderão ser por terceiros acessadas.

Reza o artigo 58, parágrafo terceiro, da Constituição Federal, que a CPI tem poderes de investigação próprios das autoridades judiciais. Depreende-se do dispositivo que a Comissão Parlamentar de Inquérito poderá fazer algumas das atividades inerentes ao Judiciário (não todas!), sendo uma delas a quebra de sigilo de dados. Esse é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, como se nota no MS 24.817/DF. **Perceba:** a CPI pode fazer quebra de sigilo de dados (inclusive telefônicos), mas não pode fazer quebra de sigilo da comunicação telefônica (interceptação telefônica).

O Tribunal de Contas da união não tem legitimidade para quebrar sigilo bancário, dada a inexistência de autorização legal para tal (MS 22.801; MS 22.934). Por outro lado, o sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos. **“Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário** a que alude a LC 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da CF.” **Nas hipóteses em que as operações financeiras envolvem dinheiro público, o TCU poderá ter acesso diretamente, sem a necessidade de ordem judicial, a tais informações, não havendo falar em quebra de sigilo** (MS 33.340/2015).

Na mesma linha, podemos concluir que não cabe ao Ministério Público fazer quebra de sigilo de dados, inclusive bancários; antes, cabe ao *Parquet* fazer ao Judiciário a solicitação. Todavia, o Supremo Tribunal Federal entendeu que **se a investigação envolver receitas públicas, poderá o Ministério Público requisitar diretamente tais informações**, afastando-se, pois, a cláusula de sigilo bancário e aplicando-se a publicidade, princípio que rege a Administração Pública (MS 21.729/DF).

O STF, no RE 1.055.941, colocou fim à discussão a respeito da Lei 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro) segundo a qual o COAF deve comunicar ao Ministério Público a existência de crimes em razão da movimentação suspeita de dinheiro. O ponto discutido foi: pode o *Parquet* obter diretamente, sem ordem judicial, do COAF dados bancários de contribuinte? O Tribunal entendeu que sim e aprovou a seguinte tese (na data da tese, COAF era UIF):

“É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento de fiscalização da Receita Federal com as polícias e o Ministério Público, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial. Deve ser resguardado o sigilo das informações

e as investigações estão sujeitas a controle posterior da Justiça O compartilhamento de relatórios financeiros pela UIF e pela Receita deve ser feito por um sistema oficial de comunicação, com garantia de sigilo e instrumentos que permitam apurar desvios.”

Por último, na mesma toada, **as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do artigo 6º da Lei Complementar 105/2001, poderão ter acesso direto, sem a necessidade de ordem judicial, a dados de instituições financeiras, quando indispensáveis para a apuração de ilícitos.** Os dados obtidos deverão ser mantidos sob sigilo (não poderão ser revelados a terceiros).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 601.314, em 2016, revisou posicionamento tomado em 2010 e por decisão de nove dos onze ministros, declarou a constitucionalidade do artigo 6º da LC 105/2001. Para o Tribunal, a norma não configura quebra de sigilo bancário, mas sim transferência de informações entre bancos e o Fisco, ambos protegidos contra o acesso de terceiros. Na decisão, ficou determinado que os entes federativos deverão instaurar processo administrativo e deverão notificar previamente os contribuintes sobre a abertura do processo, para que tenham amplo acesso aos autos. Terão, ainda, que adotar sistema seguro e que certifique o acesso do agente público, a fim de que sejam evitadas manipulações indevidas e desvio de finalidade.

A Constituição Federal assegura a inviolabilidade do sigilo de dados. Todavia, havendo fundados elementos de suspeita de prática de atos ilícitos, tal sigilo poderá ser quebrado, eis que os direitos fundamentais não são absolutos.

O sigilo de dados poderá ser quebrado por ordem judicial e por determinação de Comissão Parlamentar de Inquérito.

Tribunais de Contas e o Ministério Público não poderão, diretamente, sem ordem judicial, quebrar sigilo de dados. Caso a investigação seja referente a transações subsidiadas com dinheiro do erário público, a cláusula de sigilo deve ser afastada, porque devem prevalecer os princípios da Administração Pública, mormente a publicidade. Movimentações financeiras que envolvem recursos públicos não estão contempladas por sigilo bancário.

Autoridades e os agentes fiscais tributários, no curso de processo administrativo, poderão ter acesso direto a dados bancários dos contribuintes, não incidindo na hipótese, quebra de sigilo, mas apenas movimentação de dados.

1. O sigilo de comunicação de dados telemáticos (*e-mail*) está garantido pelo artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal. Todavia, como inexitem garantias absolutas,

para combater a prática de atos ilícitos, tal sigilo poderá ser quebrado, por ordem judicial. (RHC 132.115)

2. Para a 2ª Turma do STF, **a comunicação telefônica não se confunde com o registro telefônico**, de modo que a proteção aos dados, contida no artigo 5º, XII, da CF, não diz respeito ao registro, ao depósito registral, mas à comunicação dos dados. **Dito de outra forma: o sigilo é da comunicação dos dados e não dos dados em si.** Dessa maneira, **a autoridade policial, nos termos do artigo 6º do CPP, para colher elementos de prova, poderá proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos telefônicos devidamente apreendidos.** (HC 91.867)

3. Em sentido diverso, a 5ª Turma do STJ, ao julgar o RHC 89.981, em 2019, entendeu ser **ilícita a prova obtida por meio da análise de mensagem contida no aplicativo WhastApp de aparelho telefônico apreendido pela polícia, sem autorização do interessado ou sem ordem judicial.** Para o Colegiado, a autoridade policial deveria ter requerido autorização judicial para a quebra de sigilo de dados armazenados, em razão da garantia da inviolabilidade da intimidade.

Do sigilo da comunicação telefônica

O sigilo da comunicação telefônica está guardado pelo manto constitucional da intimidade. No entanto, o próprio texto constitucional excepcionou tal proteção ao dispor que poderá haver a quebra de sigilo, por ordem judicial, nos casos que a lei admitir, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal.

Não se pode confundir sigilo de comunicação telefônica com sigilo de dados telefônicos. Na primeira situação, temos conversa telefônica entre "A" e "B", que não poderá ser ouvida por "C", terceira pessoa não autorizada. Na segunda situação, temos o registro telefônico, como uma conta telefônica detalhada, em que se visualizam os números para os quais foram feitas chamadas, os horários e o tempo de duração.

O sigilo de comunicação telefônica tem uma proteção mais abrangente que o sigilo de dados, de maneira que só poderá ser quebrado se preenchidas três exigências: **1)** existência de lei que regulamente as hipóteses e na forma da interceptação (reserva legal), pois a norma é de eficácia limitada; **2)** ordem judicial específica; **3)** investigação criminal ou instrução processual penal.

A Lei 9.296/1996 regulamentou o dispositivo e estabeleceu que a quebra de sigilo só poderá ser feita quando houver indícios de autoria ou participação em crimes puníveis com pena de reclusão. É preciso individualizar quem sofrerá a quebra de sigilo. O prazo é de quinze dias, admitindo-se prorrogação, desde que sempre por ordem judicial fundamentada.

Vale dizer que, como se trata de **norma constitucional de eficácia limitada** (a parte referente à quebra de sigilo de comunicação telefônica e não a parte referente aos sigilos de dados, correspondência e comunicação telegráfica e telefônica), a quebra de sigilo da comunicação telefônica só pode ser feita nas hipóteses da lei, de modo que foram declaradas provas ilícitas todas as que foram produzidas antes da Lei 9.296/1996, embora mediante ordem judicial, e tiveram que ser retiradas dos autos.

É de se notar que além da reserva legal, há também a reserva de jurisdição, de maneira que somente a autoridade judicial competente poderá promover a quebra de sigilo de comunicação telefônica. A autoridade policial, o Ministério Público e a CPI não têm legitimidade para autorizar quebra de sigilo.

Imperioso também observar que a interceptação de conversa telefônica tem o objetivo de produzir prova para ser utilizada numa investigação criminal ou numa instrução processual penal. Note: não se admite quebra de sigilo de comunicação telefônica para instrução de processo civil, processo trabalhista ou processo administrativo. Apenas para investigação criminal ou instrução processual penal.

Lado outro, o Supremo Tribunal Federal já admitiu a utilização de interceptação telefônica, legitimamente produzida, na modalidade prova emprestada, a outros processos criminais, ainda que as condutas sejam puníveis com detenção (HC 83.515/RS), e até mesmo a processos administrativos disciplinares ou fiscais (RMS 28.774/DF).

Para a doutrina, há distinção conceitual de interceptação telefônica, gravação telefônica e interceptação ambiental. Na primeira situação, temos a captação de diálogo entre duas pessoas, por terceira pessoa não autorizada. Na gravação telefônica, um dos interlocutores faz a gravação, mas sem o consentimento do outro. Na interceptação ambiental é feita a captação de diálogo no local em que se realiza, sem o consentimento de, pelo menos, um dos interlocutores.

Tais distinções são relevantes para que se compreenda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Como já visto, a interceptação telefônica somente poderá ser feita mediante ordem judicial e nos casos estabelecidos por lei. Já a gravação clandestina será considerada prova lícita, desde que não utilizada exclusivamente com o objetivo de incriminar um dos interlocutores, de maneira a instigá-lo a praticar ato ilícito. O interlocutor tem o direito de gravar a sua própria conversa, havendo ou não o consentimento da outra parte. Evidentemente, a reserva legal específica de exigência de sigilo deve ser respeitada. Por exemplo, regra geral, não é razoável gravar a conversa com um padre (durante uma confissão) ou a conversa com o advogado, com o médico.

Por último, as interceptações ambientais devem ser consideradas lícitas quando não violarem a expectativa da privacidade. Assim, a captação de diálogo em locais públicos ou abertos ao público (vias públicas, estabelecimentos comerciais, áreas comuns de

prédios residenciais) não viola o direito à privacidade. Agora, se a captação se der em local privado, haverá ilicitude na prova, não obstante possa ser utilizada como *notitia criminis* (HC 87.341/PR).

1. Lei estadual que obriga a identificação telefônica da sede da empresa ou do proprietário de veículo destinado a transportar carga ou passageiro, na traseira do veículo, por meio de adesivo ou pintura, não contraria a Constituição, pois não configura quebra de sigilo telefônico. (ADI 2.407/2007).
2. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova. (Inquérito 2.424 QO-QO. Ministro Barroso).

2.11 LIBERDADE PROFISSIONAL

" XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer."

No Brasil, não existe predestinação profissional, de maneira que a qualquer indivíduo, a qualquer tempo, é dado o direito de livremente escolher ofício, trabalho ou profissão.

O exercício da liberdade profissional não está vinculado à existência de lei que regulamente o ofício, pois a norma constitucional é de eficácia contida, isto é, tem aplicabilidade direta e imediata, embora possa sofrer redução de alcance por lei.

Nota-se, então, que a lei, quando regulamenta a profissão, exige qualificações profissionais que deverão ser atendidas pelos indivíduos. Porém, **a inexistência de lei não impede o exercício de profissão**; antes, possibilidade uma ampla liberdade.

Tomemos como exemplo a seguinte situação: hoje, a profissão de dentista é regulamentada pela Lei 5.081/1966, que exige do cirurgião-dentista a habilitação em faculdade reconhecida e inscrição no Conselho Regional de Odontologia. Antes da referida lei, o "prático" (técnico da área, não habilitado em faculdade) não encontrava impedimento para o exercício da profissão.

Ainda não há lei regulamentadora da profissão de garçom, cozinheiro, manicure, dentre várias outras, mas a inexistência de regulamentação não impede o exercício de tais profissões.

Convém deixar claro que a reserva legal qualificada (“atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”) não se destina a autorizar o exercício da liberdade profissional, mas a limitá-la (MI 6.113 AgR).

Por outro lado, a limitação estabelecida por lei não pode ser a tal ponto de afetar o exercício do próprio direito. As qualificações profissionais devem sempre ser razoáveis e diretamente associadas ao risco trazido para a coletividade.

Nessa toada, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 414.426 (repercussão geral admitida com julgamento de mérito), declarou **a inconstitucionalidade da exigência de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil, bem como de pagamento de anuidade**, para o exercício de tal profissão, porque afronta a manifestação artística, a liberdade de expressão e a própria liberdade profissional. Ora, há pessoas que têm um talento nato e as exigências legais são absolutamente desproporcionais. Ademais, a profissão de músico não provoca nenhum impacto social, não causa nenhum prejuízo à coletividade.

No mesmo sentido, a Corte Constitucional, no RE 511.961, entendeu não haver espaço para a regulação estatal, quanto às qualificações profissionais, da **profissão de jornalista**, porque o jornalismo está vinculado ao pleno direito da liberdade de expressão, e o controle do Estado implicaria censura prévia. Dessa forma, foi declarada a não recepção da lei de imprensa, que exigia a formação superior em comunicação como condição de exercício da profissão de jornalista.

Por outro lado, no julgamento do RE 603.583, o STF declarou a constitucionalidade do artigo 8º, IV, da Lei 8.906/1994, **que exige do bacharel em direito a provação em Exame de Ordem como condição de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil**. No caso, a exigência legal é razoável, porque a advocacia é profissão de relevo social, capaz de provocar impacto social relevante. No julgamento, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o fato de não existir lei que exija a mesma coisa do engenheiro, por exemplo, não torna a lei que já existe para o advogado inconstitucional.

De igual maneira, a ADI 803/DF foi julgada improcedente e o artigo 3º da Lei 8234/1991, que define atribuições privativas de **nutricionistas**, foi declarado constitucional. A profissão de nutricionista requer conhecimento técnico e científico específicos, que não se confundem com aquelas desempenhadas por outros profissionais de nível médio.

1. Programa Mais Médicos: não contraria a liberdade profissional e não configura exercício ilegal de medicina a dispensa contida na Lei 12.871/2013 de revalidação do

diploma estrangeiro do médico intercambista, eis que a obrigatoriedade de revalidação não consta da Constituição, mas somente de lei. Ademais, o médico intercambista será fiscalizado pelo Conselho de Medicina. (ADI 5.035 e ADI 5.037).

2. É vedado o exercício da atividade de advocacia por quem desempenhe direta ou indiretamente serviço de caráter policial. (ADI 3.541).

3. Bacharel em direito que exerce o cargo de assessor de desembargador não pode exercer a advocacia. (RE 199.088)

2.12 DIREITO DE INFORMAÇÃO

"XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional."

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

A liberdade de comunicação possibilita não apenas a difusão do pensamento, mas também a coordenação desembaraçada e livre da informação. Todos têm o direito de receber dos órgãos e/ou agentes públicos informações de interesse particular ou de interesse coletivo. De igual maneira, todos têm o direito de receber ou de divulgar informações de interesse geral, sem qualquer restrição por parte da Administração Pública, desde que, evidentemente, sejam observados os dispositivos constitucionais.

Do recebimento de informações pessoais e/ou coletivas

Pessoas físicas (brasileiras ou estrangeiras) e pessoas jurídicas têm o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível para a segurança do Estado e da sociedade.

Dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato são considerados informação.

Nos termos da Lei 12.527/2011, é dever do Poder Público conceder, de imediato, acesso à informação. Não sendo possível, o órgão ou entidade que receber o pedido deverá, em até vinte dias, comunicar a data, o local e o modo de obtenção das informações ou explicar as razões da recusa de seu fornecimento.

38

O Poder Público só poderá guardar sigilo dos dados/documentos imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, como as que podem pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas; dentre outras hipóteses descritas no artigo 23 da Lei de acesso à informação (Lei 12.527/2011).

Os prazos máximos de restrição de acesso à informação, nos termos da citada lei, são: 25 anos para informações ultrassecretas; 15 anos para informações secretas e 5 anos para informações reservadas.

Aquele que tiver requerido informação pessoal e não tiver obtido êxito poderá impetrar habeas data, para tentar combater a suposta abusividade da negativa. Caso sejam negadas informações de interesse geral, será cabível o mandado de segurança.

Para ilustrar, tomemos o caso do RMS 23.036: advogados, atuando em causa própria, impetraram mandado de segurança contra o Superior Tribunal Militar, que restringiu o acesso dos então impetrantes aos documentos e arquivos fonográficos relacionados às sessões públicas de julgamentos do STM ocorridas na década de 1970. A ação constitucional foi julgada originariamente pelo próprio tribunal militar, que indeferiu o pedido. Foi interposto Recurso Ordinário ao STF, que ao julgar o recurso procedente, determinou que em razão do princípio da publicidade, as gravações dos áudios dessas sessões deveriam ser disponibilizadas aos impetrantes, também no que se refere aos debates e votos proferidos pelos julgadores. Na decisão, ficou assente que o direito à informação, a busca pelo conhecimento da verdade sobre sua história, sobre os fatos ocorridos em período grave contrário à democracia, integra o patrimônio jurídico de todo cidadão, constituindo dever do Estado assegurar os meios para o seu exercício.

Da liberdade de imprensa

Nenhuma lei poderá embaraçar a plena liberdade de informação jornalística, bem como a publicação de veículo impresso não depende de licença de autoridade, embora os serviços de radiodifusão dependam de autorização, concessão ou permissão do Executivo Federal, sob supervisão do Congresso Nacional.

Toda e qualquer forma de censura (ou de licença) é vedada pela Constituição Federal. Acrescente-se, ainda, o fato de os meios de comunicação não poderem ser objeto de monopólio.

A liberdade de informação compreende o direito de informar e de ser informado. Quanto ao direito de informar, tem-se a liberdade para dar notícia de fatos, ideias, conhecimentos e opiniões. A respeito ao direito de ser informado conclui-se que a sociedade e os indivíduos devem ter conhecimento de fatos e de atos de interesse coletivo ou individual.

O acesso de todos à informação é um direito individual. Na liberdade de informação jornalística está concentrada a liberdade de informar e em decorrência desta o direito de ser informado.

A liberdade de informação jornalística ultrapassa a liberdade de imprensa (publicação de veículo impresso de comunicação) e assegura qualquer forma de difusão de notícias, fatos, opiniões, independentemente do veículo de comunicação social (redes sociais, jornais, revistas, televisão, rádio).

Note que a liberdade de informação tanto garante o exercício de atividade por parte do dono da emissora e do jornalista quanto a liberdade da sociedade de ser informada. A liberdade do jornalista é reflexa, pois encontra guarida apenas no direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. Dessa forma, é dever do jornalista propagar notícias verdadeiras, sem alteração de conteúdo ou de sentido, pois do contrário não haverá informação, mas deformação.

Com efeito, **a liberdade de imprensa não resguarda o anonimato**. O excesso no exercício de tal liberdade provocará para os responsáveis (jornalista/comunicador social e/ou empresa) o dever de indenizar a pessoa ofendida e o de assegurar-lhe o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de uma eventual responsabilização criminal. É dever do jornalista checar os fatos antes de divulgar a matéria.

Não se pode confundir o anonimato, que é vedado, com a garantia de sigilo da fonte. O jornalista assina pela matéria publicada. O que a Constituição resguarda, para garantir a liberdade profissional, é o sigilo da fonte, isto é, o jornalista não estará obrigado a revelar a fonte de onde obteve a informação publicada.

2.13 LIBERDADE DE LOMOÇÃO

"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."

A liberdade de locomoção compreende o direito de **ir, vir e o de permanecer** em determinado local. É livre a locomoção no território nacional, em tempo de paz. Em situação de guerra declarada, não há falar em liberdade de locomoção.

Qualquer pessoa, brasileira ou estrangeira, poderá, nos termos da lei, entrar e sair do Brasil, bem como transitar no território nacional, com os seus bens.

40

É de se notar que o exercício da liberdade de locomoção contempla também os bens da pessoa, que poderá transitar em território brasileiro levando consigo as próprias coisas.

Tal liberdade é de aplicabilidade imediata e direta, mas sofre restrição vinda de lei (norma de eficácia contida). A reserva legal contida no inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal limita a entrada e a permanência de estrangeiros (migrantes ou visitantes) e apátridas no Brasil. A Lei 13.445/2017 regula esse assunto.

Embora a locomoção seja uma das ramificações da liberdade, como os direitos fundamentais não são absolutos, mesmo em tempo de paz, será possível restringir a circulação no território nacional. A decretação de estado de sítio pode impor a obrigação de permanência em determinada localidade (artigo 137, I, da CF). O estado de defesa, igualmente, limita a locomoção, dada a possibilidade de prisão por crime de Estado determinada pelo executor da medida (artigo 136, parágrafo 3º, inciso I, da CF).

Acrescente-se ainda o fato de o direito de ir e vir poder ser reduzido sempre que houver uma fundamentação baseada em outros direitos de hierarquia constitucional, como por exemplo, a determinação de "toque de recolher" numa situação de calamidade pública ou o confinamento compulsório de pessoas contaminadas por radiação ou por epidemia, a fim de que a vida e a saúde da coletividade não sejam afetadas.

Para combater ato ilegal ou abusivo que esteja ferindo ou que ameace ferir a liberdade de locomoção será cabível *habeas corpus*.

2.14 LIBERDADE DE REUNIÃO

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

A reunião de duas ou mais pessoas, num determinado local franqueado ao público, para uma finalidade compartilhada, caracteriza o direito de reunião.

É a todos assegurado o direito de agremiação pacífica, sem a necessidade de autorização do Poder Público, bastando apenas a prévia comunicação, para que uma reunião não frustrasse outra previamente marcada.

41

A liberdade de reunião é corolária da liberdade de manifestação do pensamento. Nesses termos, deve ser interpretada de modo amplo. Contempla manifestações, passeatas, protestos, eventos religiosos, de lazer, culturais, dentre outros.

Entende-se por “locais abertos ao público” logradouros públicos, estádios de futebol, praças, parques, avenidas, dentre outros. Cabe aos participantes a escolha do local. Agora, evidentemente, o direito não é absoluto, de forma que seu exercício não pode ferir outros direitos. É preciso respeitar a propriedade privada e os bens públicos. Por exemplo, não é razoável fazer uma manifestação, nas principais rodovias de uma determinada cidade, por meio de seu fechamento, num dia de semana, em horário de intenso movimento. Também não seria razoável a escolha do Plenário do Supremo Tribunal Federal para um protesto.

A existência do direito de reunião está condicionada aos seguintes elementos: 1) elemento teleológico; 2) finalidade pacífica; 3) ausência de armas.

A tão simples aglomeração de pessoas não caracteriza o direito de reunião. Cinquenta pessoas podem estar juntas numa rodoviária à espera do ônibus. Isso não caracteriza a reunião pontuada no inciso XVI do artigo 5º da Constituição Federal, porque falta o elemento teleológico, isto é, falta uma finalidade compartilhada. Por exemplo, se as mesmas cinquenta pessoas estivessem reunidas na rodoviária, para protestar contra o aumento das passagens, teríamos o liame entre os manifestantes, um propósito comum, uma mesma finalidade. Aí sim teríamos uma reunião.

Quanto à finalidade pacífica, os participantes devem manter um estado de tranquilidade, sem desordem e nem perturbação, para que a ordem e a segurança pública não sejam afetadas. É necessário respeitar os direitos individuais, tanto dos manifestantes quanto de terceiros, e o patrimônio público. É verdade que pequenas perturbações são comuns quando se reúne multidão, de maneira que serão aceitáveis e não serão capazes de por si só impedir a continuidade do evento.

A utilização de armas, de fogo ou brancas, não será tolerável. O direito de reunião não está garantido a grupos armados, que poderão perturbar toda a ordem pública, por meio de atos belicosos. Não se alegue nesse ponto o porte de armas. Agentes penitenciários, por exemplo, a pretexto de fazerem uma manifestação para reivindicar melhores condições de trabalho, não poderão exercer o direito de reunião se estiverem armados. Evidentemente, deve prevalecer o interesse público. Agora, por certo, que se um dos agremiados estiver armado, tal fato não será suficiente para pôr termo ao

evento, basta que as autoridades públicas tomem providências para desarmá-lo e retirá-lo do local. O que se veda é a presença de grupo armado.

Por último, a respeito da **necessidade de prévio aviso às autoridades competentes contida no inciso XVI do artigo 5º da lei Maior, o Supremo Tribunal Federal, no RE 806.339, entendeu não ser indispensável**, uma vez que o objetivo da exigência é o de que uma reunião não frustrasse outra. Assim, a simples falta de prévia comunicação não é suficiente para obstar o exercício do direito, desde que, evidentemente, não haja frustração de outra reunião. Cabe ainda dizer que, para o STF, a comunicação prévia pode ocorrer por meio informal, sendo suficiente que a Administração Pública tomou ciência.

42

Atendidos a todos os requisitos para a materialização do direito (finalidade compartilhada, fim pacífico e sem armas; não frustração de outra reunião já marcada), é possível que a liberdade de reunião sofra limitação, pois o decreto de estado de defesa (artigo 136 da CF) ou de estado de sítio (artigo 137 da CF) é capaz de restringir direitos fundamentais.

Caso alguma autoridade pública, de modo ilegal ou abusivo, prejudique o exercício do direito de reunião, será cabível a impetração de mandado de segurança.

1. A proibição de manifestação favorável à legalização e à descriminalização do uso de entorpecente é incompatível com a liberdade de reunião. (ADI 4.274).
2. É inconstitucional a proibição de manifestações públicas que utilizem carros, aparelhos e objetos sonoros em logradouros públicos, porque fere a liberdade de reunião. (ADI 1.969).

2.15 LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

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

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

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

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

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

43

O direito de associação, assim como o direito de reunião, constitui direito individual de expressão coletiva, já que a sua materialização depende da atuação de duas ou mais pessoas. Enquanto o direito de reunião pressupõe eventualidade, o direito de associação indica continuidade, porque a coligação de pessoas tem um propósito comum sem prazo determinado. O direito de associação dista do direito de reunião também porque pode ser consubstanciado numa agremiação de pessoas jurídicas e não apenas de pessoas naturais. Ademais as associações podem configurar entes personalizados, caso sejam legalmente constituídas; as reuniões, não.

O texto constitucional assevera que **é plena a liberdade de associação para fins lícitos**. Se a finalidade da agremiação for ilícita, não há falar em direito. A liberdade plena permite ampla destinação, de modo que a associação pode ter a finalidade de educar crianças carentes, oferecer terapias ocupacionais a idosos, estudar a Bíblia, desenvolver técnicas de culinária, treinar profissionais, promover debates políticos, estudar filosofia, dentre tantas outras finalidades. **Basta não existir ilicitude e não ter caráter paramilitar.**

Como o direito é fruto de liberdade, a criação de associações é livre e **não depende da autorização do Estado**. Tal liberdade possibilita a coexistência de mais de uma associação, representante de uma mesma classe ou categoria profissional, ou com mesma finalidade, dentro da mesma base territorial. Assim, é possível ter em um município **várias associações** de médicos, várias associações de moradores, várias associações de mulheres cristãs.

Cuidado para não confundir associação com sindicato! Os direitos são parecidos, até por que ambos são frutos de liberdade, mas não iguais. O sindicato tem a finalidade de representação profissional e tem limitação numérica (um sindicato, por categoria profissional, por base territorial, sendo a menor delas a que compreende a área de um município). As associações não se destinam à representação profissional e não têm restrição numérica.

Com efeito, a liberdade de associação possui duas dimensões, uma **dimensão positiva**, que assegura a qualquer pessoa (física ou jurídica) o direito de associar-se e de formar associações, e uma **dimensão negativa**, pois garante a qualquer pessoa o direito de não se associar, nem de ser compelida a filiar-se ou a desfiliar-se de determinada entidade.

Nessa toada, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo de lei (Lei 10.779/2003) que condicionou o recebimento de seguro desemprego, por pescador, no período do defeso, à comprovação de filiação à colônia de pescadores. A lei exigiu, ainda que indiretamente, que o pescador estivesse associado e ninguém pode ser obrigado a se associar (ADI 3.464).

A liberdade de associação também possui **função inibitória**, projetando-se sobre o próprio Estado, na medida em que se veda, claramente, ao poder público, a possibilidade de interferir na intimidade das associações e, até mesmo, de dissolvê-las, compulsoriamente, a não ser mediante regular processo judicial.

A interferência do Estado no funcionamento de uma associação só poderá ocorrer em duas hipóteses: **1) prática de atos ilícitos; 2) caráter paramilitar**. No mais, é plena a liberdade de associação. Agora, mesmo nos casos em que poderá o Poder Público interferir, é preciso cuidar para que o procedimento seja judicial e não administrativo. Destarte, **uma associação só poderá ser compulsoriamente dissolvida ou ter as suas atividades suspensas compulsoriamente mediante sentença judicial, exigindo-se no primeiro caso o trânsito em julgado**. Perceba que liminar é capaz de suspender as atividades de uma associação, mas não poderá ser utilizada para dissolvê-la.

A associação tem legitimidade para **representar os filiados em âmbito judicial e extrajudicial**, tanto interesses individuais, quanto coletivos. Em todos os casos, é necessária a autorização expressa do (s) associado(s).

O Supremo Tribunal Federal decidiu que **não é suficiente a simples previsão estatutária de autorização geral para que a associação atue em defesa de seus membros**. É necessária a autorização expressa, ainda que deliberada em assembleia. (RE 573.232).

Na representação processual, associação não age em nome próprio, mas em nome dos associados, em defesa dos direitos dos associados, razão por que somente estará legitimada a agir depois de ter sido expressamente autorizada por eles.

Na petição inicial, deve constar a relação nominal dos associados, bem como a comprovação de que são associados. Somente os nomes que constarem da peça exordial serão contemplados pela decisão.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal fixou tese de repercussão geral, com julgamento de mérito (RE 612.043), para determinar que **a execução de sentença transitada em julgado em ação coletiva proposta por entidade associativa de caráter civil alcança apenas os filiados na data da propositura da ação**.

Não se pode confundir o instituto da representação processual com o da substituição processual. Ambos são exercidos pelas associações. No primeiro, a

associação exerce legitimidade ativa, em processo de rito ordinário, para defender direitos dos associados, desde que tenha sido por eles autorizada. No segundo, a associação defende direito dos associados, mas em nome próprio, em ações constitucionais, de rito especial, e não depende de autorização expressa.

A substituição processual se dá em mandado de segurança coletivo e em mandado de injunção coletivo. Para que a associação atue em substituição processual, deverá ser legalmente constituída e estar em funcionamento há pelo menos um ano. Nessas ações constitucionais, a associação não depende de autorização expressa dos associados. Basta a autorização genérica do estatuto. Aliás, não há a enumeração e nem a identificação dos associados nos autos, porque foram substituídos processualmente pela associação.

Associação (artigo 5º da CF)	Sindicato (artigo 8º da CF)
Direito individual de expressão coletiva.	Direito social.
Direito de primeira geração.	Direito de segunda geração.
Finalidade ampla, desde que lícita.	Representação profissional.
Não depende de autorização para criação.	Não depende de autorização para criação.
Não há restrição numérica.	Um sindicato, por categoria, por base territorial.
Não obrigatoriedade de associação.	Não obrigatoriedade de sindicalização.
Não intervenção estatal.	Não intervenção estatal.
Depende de autorização dos associados para representá-los judicialmente e extrajudicialmente.	Não depende de autorização dos sindicalizados para representá-los judicialmente e extrajudicialmente.
Não depende de autorização dos filiados para atuar em substituição processual.	Não depende de autorização dos filiados para atuar em substituição processual.
Precisa estar em funcionamento há um ano para impetrar mandado de segurança coletivo e mandado de injunção coletivo (substituição processual).	Não precisa estar em funcionamento há um ano para impetrar mandado de segurança coletivo e mandado de injunção coletivo (substituição processual).

1. “A obrigatoriedade do visto de advogado para o registro de atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas (art. 1º, § 2º, da Lei 8.906/1994) não ofende os princípios constitucionais da isonomia e da liberdade associativa.” (ADI 1.194).

2. “Por não se confundir a associação de moradores com o condomínio disciplinado pela Lei 4.591/1964, descabe, a pretexto de evitar vantagem sem causa, impor

mensalidade a morador ou a proprietário de imóvel que a ela não tenha aderido.” (RE 432.106).

3. “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.” (Súmula 629).

2.16 DIREITO DE PROPRIEDADE

“XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.”

A Constituição Federal garante o direito de propriedade, que compreende a titularidade de bem móvel ou imóvel; corpóreo ou incorpóreo; público ou privado.

O direito de propriedade não é absoluto, de forma que só se materializará se a propriedade atender a sua função social. Nota-se, no ponto, que propriedade **não é apenas um direito individual, mas é também princípio da ordem econômica**, nos termos do artigo 170, incisos II e III da Constituição Federal, pois está associado à ideia de uma vida digna, conforme os ditames da justiça social.

O direito de propriedade não se confunde com a faculdade que todo indivíduo tem de chegar a ser sujeito desse direito, mas constitui a faculdade que um determinado indivíduo tem de usar, gozar e dispor de seus próprios bens. Trata-se de direito subjetivo privado em cujo polo ativo está o proprietário particular e no polo passivo estão todas as demais pessoas, a quem cabe respeitar as faculdades básicas do direito de propriedade (usar, gozar e dispor).

A função social da propriedade constitui um princípio ordenador da propriedade privada e afeta a esfera interna do direito de propriedade, dada a possibilidade de garantir um interesse que pode não coincidir com o do proprietário.

O desatendimento da função social da propriedade permite a intervenção do Estado no domínio privado, para atender ao interesse público. Todavia, a expropriação arbitrária

da propriedade, sem a observância do devido processo legal é vedada tanto ao Estado quanto ao particular, razão por que a invasão de terra não é permitida, mesmo a pretexto de promover a reforma agrária. Por último, a função social da propriedade não permite a supressão legislativa da instituição da propriedade privada.

O processo de reforma agrária, em uma sociedade estruturada em bases democráticas, não pode ser implementado pelo uso arbitrário da força e pela prática de atos ilícitos de violação possessória, ainda que se cuide de imóveis alegadamente improdutivos. (ADI 2.213 MC).

Desapropriação

"XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição."

Desapropriação é retirada compulsória da propriedade particular, por determinação do Poder Público. Na desapropriação, por motivo de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, **ocorre a transferência da propriedade particular para o ente público, mediante pagamento de indenização prévia, normalmente em dinheiro.**

O Estado utiliza o instituto da desapropriação para intervir na propriedade particular, tanto para aplicar sanções, quanto para assegurar o interesse da coletividade, nos casos e na forma previstos em lei e na Constituição Federal, pois embora a Lei Maior garanta o direito de propriedade, assim como os demais direitos fundamentais, não é absoluto.

A desapropriação, na lição de Hely Lopes Meirelles (1992), é uma forma originária de aquisição da propriedade, porque não resulta de título anterior, motivo pelo qual o bem fica liberado de qualquer ônus ou de qualquer reivindicação.

A competência para legislar sobre a desapropriação é privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso II, da Constituição Federal. A Lei 4.132/1962 regulamenta os casos de desapropriação por interesse social. O Decreto-Lei 3.365/1941 dispõe sobre a desapropriação por necessidade e utilidades públicas. A lei Complementar 76/1993 dispõe sobre o processo judicial de desapropriação por interesse social de imóveis rurais, para fins de reforma agrária.

A urgência caracteriza a desapropriação por necessidade pública. Já a desapropriação por utilidade pública resulta da conveniência de transferência da propriedade para o Poder Público, conforme interesse da comunidade.

A declaração de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, pode ser feita por todos os entes federativos (União, estados, Distrito Federal e Municípios) e pelos Territórios, conforme a análise do caso concreto. Por outro lado, a declaração de interesse social, para promover a reforma agrária, é privativa da União.

A competência para promover a desapropriação é mais ampla e contempla todos os entes federativos (Administração direta ou indireta) e os agentes delegados do Poder Público, tais como permissionários e concessionários. No caso dos agentes delegados, é preciso deixar claro que figuram no processo e usufruem de todas as prerrogativas, direitos, obrigações e ônus, inclusive quanto ao pagamento da indenização.

- 1.** A Competência para legislar sobre a desapropriação é privativa da União. Lei estadual sobre o assunto é inconstitucional, salvo se houver delegação de competência da União aos estados, por lei complementar (parágrafo único do artigo 22 da CF).
- 2.** A declaração de necessidade/utilidade pública ou interesse social poderá ser feita por todos os entes federativos e pelos Territórios.
- 3.** União, estados, Distrito Federal, municípios, Territórios, concessionários e permissionários públicos têm competência executória sobre a desapropriação.

A desapropriação é feita preferencialmente mediante procedimento administrativo. Seu início se dá quando o Poder Público declara o interesse na desapropriação e dá andamento aos procedimentos necessários para a transferência da propriedade. Quando não há acordo entre a Administração e o particular/proprietário, o procedimento passa a ser judicial.

Desde que a desapropriação não tenha o propósito de impor sanção, em razão do descumprimento da função social da propriedade, a indenização deverá ser paga previamente e em dinheiro. **A transferência do bem ocorre apenas após o pagamento da indenização definitiva, embora seja permitida a imissão na posse após o depósito prévio de valor, conforme laudo pericial.**

A Constituição Federal enumera dois casos de desapropriação-sanção: **a urbanística e a rural.** No primeiro caso, nos termos do artigo 182, parágrafo 4º, III, da Constituição Federal, poderá o Município, conforme disposto em seu plano diretor, nos termos da lei federal, desapropriar solo urbano não edificado (subutilizado ou não utilizado), mediante pagamento de indenização por meio de títulos da dívida pública, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas.

No segundo caso, desapropriação rural, nos termos do artigo 184 da Constituição Federal, a União poderá desapropriar por interesse social para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir

do segundo ano de sua emissão. Nessa hipótese de desapropriação, as benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro. A pequena e a média propriedade rural, definidas por lei, quando o proprietário não possui outra, não se sujeitam a essa desapropriação-sanção (artigo 185 da CF).

A **expropriação** prevista no artigo 243 da Constituição, aplicável às propriedades rurais e urbanas onde forem encontradas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou exploração de trabalho escravo, não obstante seja classificada por parte da doutrina como espécie de desapropriação, é outra modalidade de intervenção do Estado na propriedade, porque **tem caráter confiscatório**, isto é, não gera o pagamento de indenização. O instituto pode ser denominado expropriação ou confisco constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, a respeito do confisco constitucional, entendeu que a sanção não será aplicada quando o proprietário comprovar não ter incorrido em culpa (RE 635.336/PE). Como se trata de uma punição, razoável é a exigência de um nexo mínimo entre a conduta ilícita e o penalizado.

O texto constitucional admite também o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins (artigo 243, parágrafo único). O confisco, segundo o Supremo Tribunal Federal pode ocorrer sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no art. 243, parágrafo único, da CF.(RE 638.491)

1. A desapropriação é indenizada.
2. A indenização deve ser prévia e paga, preferencialmente, em dinheiro.
3. Em caso de descumprimento da função social da propriedade (urbanística e rural), a desapropriação será indenizada em títulos, exceto benfeitorias úteis e necessárias que serão indenizadas em dinheiro.
4. No confisco constitucional, não há indenização.

Verificada a insuficiência do depósito prévio na desapropriação por utilidade pública, a diferença do valor depositado para imissão na posse deve ser feita por meio de precatório, na forma do art. 100 da Constituição do Brasil/1988. (RE 595.678 AgR).

Requisição

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

O inciso XXV do artigo 5º da Constituição Federal trata da requisição administrativa, direito fundamental cuja titularidade é do Estado. Em caso de iminente perigo público, poderá o Estado usar de propriedade particular para resguardar a segurança interna e a manutenção da soberania nacional (requisição administrativa militar), ou para evitar danos à vida, à saúde e/ou patrimônio dos indivíduos, em casos de epidemias, catástrofes, inundações, dentre outras situações (requisição administrativa civil).

A propriedade particular não é transferida ao Estado. Ocorre apenas o uso temporário, compulsório e gratuito da propriedade móvel ou imóvel de um particular. Diz-se gratuito porque o pagamento de indenização não é certo; antes, depende da demonstração de dano. Terminada a circunstância de perigo, a propriedade será devolvida ao seu dono. Se não houver dano, não haverá pagamento. Caso sim, deverá ser paga ulterior indenização.

É de se notar que a Constituição não prescreve expressamente a forma da indenização, de maneira que o pagamento pode ser ou não em dinheiro.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mandado de segurança 25.295, admitiu, em tese, a possibilidade de requisição administrativa de bem público, de forma que numa situação de calamidade pública, poderia a União requisitar a propriedade de algum município. Todavia, no caso concreto julgado pelo Tribunal, a União, após decretar estado de calamidade pública no SUS, no Rio de Janeiro, requisitou administrativamente bens e serviços em dois hospitais. Ocorre que houve, de fato, intervenção federal na autonomia do município, o que é vedado pela Constituição Federal. A requisição de bens municipais pela União em situação de normalidade institucional, sem a decretação de estado de defesa ou de estado de sítio é inconstitucional.

Por último, a competência para legislar sobre requisições civis e militares é privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso III, da Constituição Federal.

Desapropriação	Requisição administrativa
Incide sobre bens	Incide sobre bens ou serviços
Permanente	Temporária
Há a transferência da propriedade	Há apenas uso da propriedade
Feita por acordo entre as partes ou por determinação judicial	Autoexecutória

Indenização certa e prévia	Indenização condicionada à existência de dano, razão por que é ulterior.
Indenização paga, em regra, em dinheiro.	Não há nenhuma previsão da forma de pagamento da indenização.

Pequena propriedade rural.

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

A Constituição assegura a impenhorabilidade da pequena propriedade rural, definida em lei, desde que trabalhada pela família, quanto a débitos decorrentes de sua atividade produtiva.

A Lei nº 8.629/93, artigo 4º, inciso II, regulamenta a pequena propriedade rural como sendo o imóvel rural destinado à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial de área compreendida de um a quatro módulos fiscais. A extensão do módulo fiscal é medida em hectares, mas varia de município para município, de acordo com suas características, cabendo essa definição ao INCRA, conforme os parâmetros estabelecidos no § 2º do artigo 50 do Estatuto da Terra.

Dois são os requisitos para o reconhecimento da impenhorabilidade da pequena propriedade rural: **1)** que a área seja qualificada como pequena, nos termos legais; **2)** que no imóvel seja desenvolvida atividade rural pelos membros da família, a fim de que se demonstre a subsistência.

Como o direito à moradia é irrenunciável, a impenhorabilidade da pequena propriedade rural é garantia constitucional indisponível, de modo que numa situação em que se conflite direito do credor/exequente com o direito do agricultor/executado, caberá ao primeiro demonstrar que o imóvel rural não é trabalhado pela família. Ao agricultor/executado, cabe a comprovação de que sua propriedade se enquadra nas dimensões do que se considera pequena propriedade rural.

Duas coisas devem ser observadas: **a)** a proteção constitucional assegura a impenhorabilidade da pequena propriedade rural e não a impossibilidade de incidência do instituto da desapropriação por necessidade ou utilidade pública; **b)** a impenhorabilidade apenas é referente a débitos decorrentes de sua atividade produtiva e não alcança qualquer tipo de dívida.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral ao ARE 1038507 da controvérsia constitucional acerca da garantia, ou não, de impenhorabilidade da pequena propriedade rural e familiar, oponível contra empresa fornecedora de insumos necessários à sua atividade produtiva, nos casos em que a família também é proprietária de outros imóveis rurais. O recurso está pendente de julgamento.

Propriedade de bens incorpóreos

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

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

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

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

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País."

O artigo 5º da Constituição Federal também garante o direito de propriedade autoral e o direito de propriedade de inventos, marcas e patentes.

O **direito de propriedade autoral contém duas vertentes: a)** o direito do autor de utilizar, publicar e reproduzir as suas obras literárias, artísticas, científicas e de comunicação. A propriedade intelectual, que compreende direitos morais e patrimoniais é permanente; **b)** a transmissão do direito de propriedade do autor a seus herdeiros.

Entende-se por direitos morais o direito de reivindicar, a qualquer tempo, a paternidade da obra; o de ter o seu nome vinculado à obra; o de retirá-la de circulação; o de garantir a sua integralidade, dentre outros. Esses direitos são inalienáveis e irrenunciáveis.

Os direitos patrimoniais do autor compreendem as faculdades de utilizar, fruir e se dispor de sua obra, bem como autorizar que terceiros o façam.

O direito hereditário da propriedade intelectual cabe aos herdeiros, ao cônjuge e aos herdeiros testamentários, nos termos da lei civil.

A Lei 9.610/1998 regulamentou os direitos autorais e os chamados direitos conexos, quais sejam: direitos de intérpretes, produtores fonográficos e executantes. Nos termos da citada lei, os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao do seu falecimento. Após esse prazo, passa a ser de domínio público.

É assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas. Garante-se também o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

Quanto ao direito de propriedade de inventos, marcas e patentes, tem-se norma constitucional de eficácia limitada, eis que a aplicabilidade do direito depende de lei regulamentadora. O assunto está disciplinado na Lei 9.279/1996.

O inventor tem o direito de obter patente que lhe garanta a propriedade do invento e o direito exclusivo de utilização do objeto da patente; a proteção, pelo registro, à propriedade de desenhos industriais; à propriedade das marcas de serviços; à exclusividade dos nomes de empresas.

O privilégio do inventor é temporário e varia de entre dez e vinte anos para patente de invenção e de sete a quinze anos para modelo de invenção, porque a propriedade deve atender a sua função social. Depois desse prazo, o objeto cai em domínio público.

2.17 DIREITO DE HERANÇA

"XXX - é garantido o direito de herança;

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

Diretamente relacionado ao direito de propriedade está o direito de herança, que se inicia com a abertura da sucessão. O patrimônio do *de cujus* é transferido aos herdeiros, que passam a ficar sub-rogados nas relações jurídicas do falecido até o limite da herança.

O direito de herança é garantido pela Constituição Federal, mas a forma como se exerce o direito é regulada por norma do direito privado (ADI 1.715/MC).

A sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil se dará nos termos da lei brasileira, em benefício de cônjuge ou de herdeiros brasileiros. Porém, se a lei do País do *de cuius* for mais benéfica aos herdeiros ou cônjuge brasileiros, afastar-se-á a legislação brasileira.

54

2.18 DIREITO DO CONSUMIDOR

"XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor."

Nas relações de consumo, o consumidor ocupa a posição mais frágil, sobretudo em razão da desigualdade econômica. Assim, o Poder Originário se preocupou em amparar o hipossuficiente, por meio de medidas de proteção jurídica, de forma a torná-lo titular de um direito fundamental.

O artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) deu prazo de cento e vinte dias, após a promulgação da Constituição, para que o Legislativo Federal elaborasse o Código de Defesa do Consumidor. Não obstante tal prazo, a legislação só foi promulgada em 1990, a Lei 8.078. Às relações de consumo, aplica-se subsidiariamente o Código Civil (artigo 593 do CC).

A defesa do consumidor **é princípio da ordem econômica, o que demonstra não apenas um direito fundamental, mas uma política de amparo ao hipossuficiente por meio da intervenção do Estado na economia, a fim de garantir a justiça social** (Artigo 170 da CF).

Por último, a competência para legislar sobre a responsabilidade por dano ao consumidor é concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (artigo 24, VIII, da CF).

1. "As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). "Consumidor", para

os efeitos do CDC, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.” (ADI 2.591 ED).

2. “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.” (RE 636.331).

3. Não viola a Constituição a obrigação de afixar etiquetas indicativas do preço diretamente nas mercadorias, pois sua finalidade é a proteção e defesa do consumidor, tal qual estabelece o art. 5º, XXXII, da CF de 1988. (RMS 23.732).

2.19 DIREITO DE PETIÇÃO E DIREITO DE CERTIDÃO

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

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;”

“LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei

a) o registro civil de nascimento;

b) a certidão de óbito.”

Direito de petição e direito de certidão são considerados por parte da doutrina como espécies de **remédios constitucionais, mas de natureza administrativa**. O exercício desses se dá por meio uma relação direta entre Administração e administrado, sem a necessidade de acionamento do Poder Judiciário e, conseqüentemente, sem as formalidades de um processo judicial. Seu exercício não depende da participação de advogado.

O **direito de petição** é a todos assegurado (brasileiros, estrangeiros e pessoas jurídicas), independentemente do pagamento de taxas. Trata-se do direito de levar ao conhecimento do Poder Público ato ilegal, abusivo ou apenas inconveniente e pedir providências.

A petição judicial não se confunde com o direito de petição. No primeiro caso, o autor, por meio de advogado, relata lesão ou ameaça de lesão a direito pessoal e pede solução ao problema. No segundo caso, tem-se participação política, por meio de um processo administrativo, que objetiva requerer direito próprio ou de terceiro.

Apresentada a petição, caberá às autoridades públicas o seu recebimento, a sua análise e a apresentação de uma resposta, dentro de prazo razoável. Caso a petição não seja recebida, ou não seja apresentada uma resposta ao pedido, ou seja cobrada alguma taxa como condição de exercício do direito, será cabível a impetração de mandado de segurança.

Vale dizer que se a petição for analisada, mas o pedido for negado, também caberá o acionamento do Judiciário, porque a negativa administrativa não faz coisa julgada. Agora, na hipótese de acionamento do Judiciário, evidentemente, por força do princípio da indispensabilidade do advogado, a petição judicial deverá ser subscrita por advogado com procuração nos autos (artigo 133 da CF).

O exercício do direito de petição, ainda que em grau de recurso, não pode ser vinculado ao pagamento de taxas. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 21. Veja:

“É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.”

A Constituição Federal, de igual modo, independentemente do pagamento de taxas, a todos assegura a obtenção de **certidões** em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. É direito do indivíduo o recebimento do documento, com fé-pública, que possa comprovar algo a respeito da pessoa requerente. É dever do poder Público fornecer a certidão, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição (segurança da sociedade ou do Estado).

A negativa de entrega da certidão ou sua vinculação ao pagamento de taxa pode ser combatida por mandado de segurança. Não cabe aqui *habeas data*! Cuidado! O que se quer não é a obtenção de uma informação pessoal, mas um documento que possa comprovar algo a respeito de alguém.

Sobre o direito de certidão, a Constituição ainda assegura que são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei, o registro civil de nascimento e a certidão de óbito.

O Supremo Tribunal Federal negou provimento à ADI 1800, proposta Associação dos Notários e Registradores do Brasil, para questionar a inconstitucionalidade de artigos da Lei nº 9.534/1997, que dispõem sobre gratuidade do registro civil e da certidão de óbito para os cidadãos, bem como dos atos necessários ao exercício da cidadania, sob o argumento de que os cartórios, antes pertencentes à esfera privada, terão que arcar

com o ônus da gratuidade, fato que ensejaria o trabalho forçado e a ofensa ao princípio da liberdade profissional. O Tribunal declarou a constitucionalidade dos dispositivos questionados, porque cabe ao Estado oferecer assistência social a indivíduos que, em razão de desvantagens sociais, se encontrem impedidos de alcançar seu desenvolvimento pessoal ou social.

1. Órgãos públicos não podem ser compelidos a fornecerem a eventual interessado informações que envolvam terceiros, sob pena de ferir o direito à privacidade, além de expor terceiros a riscos previsíveis. (AI 739.338)
2. A injusta recusa estatal em fornecer certidões, não obstante presentes os pressupostos legitimadores dessa pretensão, autorizará a utilização de instrumentos processuais adequados, como o mandado de segurança ou a ação civil pública, pois o Ministério Público tem legitimidade ativa para a defesa, em juízo, dos direitos e interesses individuais homogêneos, quando impregnados de relevante natureza social, como sucede com o direito de petição e o direito de obtenção de certidão em repartições públicas. (RE 472.489)

2.20 PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DE JURISDIÇÃO

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

A todos é garantido o direito de levar ao conhecimento do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito, sem qualquer embaraço legal. Trata-se do direito de ação, também conhecido como direito de livre acesso ao Poder Judiciário.

O acesso ao Judiciário é garantido tanto para postular tutela jurisdicional preventiva (ameaça de lesão) quanto para tutela jurisdicional repressiva (lesão).

O garantia de inafastabilidade de jurisdição é **direcionada ao Legislador**, que não pode criar obstáculos ao direito de ação. Em decorrência desse direito, não poderá o legislador criar a jurisdição condicionada ou a instância administrativa de cunho forçado, de modo que a propositura de uma ação judicial não pode ser vinculada ao prévio esgotamento da via administrativa.

Com efeito, é preciso deixar claro que nem toda controvérsia poderá ser solucionada pelo Judiciário, dada a garantia de separação de Poderes. É o caso, por exemplo, dos

atos *interna corporis*, aqueles da competência privativa das Casas Legislativas, ou ainda, o mérito de ato administrativo discricionário.

Agora, cabe ao Judiciário, uma vez provocado, respeitada a separação de Poderes, sair da inércia e apresentar à lide a melhor solução. Não pode o órgão julgador se negar a dizer o direito de alguém. Não pode o Estado impor ao jurisdicionado restrições ao direito de ação, mormente por meio de sua vinculação à previa utilização de instância administrativa.

Há, todavia, hipóteses excepcionais em que a ação judicial só poderá ser proposta após a pretensão ter sido requerida em processo administrativo e após o seu esgotamento: as lides desportivas (artigo 217, parágrafo 1º, da CF) e a reclamação ao STF, para garantir o cumprimento de súmula vinculante (artigo 7º da Lei 11.417/2006).

O esgotamento da via administrativa não se confunde, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, com a necessidade de prévio requerimento administrativo, pois este apenas demonstra o interesse de agir. Ademais, a instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com a garantia constitucional de acesso ao Judiciário. É o que se vê nas ações previdenciárias e no *habeas data*.

Note:

Caso	Procedimento
Lides desportivas (artigo 217, parágrafo 1º, da CF).	O Poder Judiciário só apreciará ações relativas à disciplina e às competições desportivas depois de esgotadas as vias administrativas, ou seja, depois de terem sido esgotadas as instâncias da justiça desportiva.
Habeas data (STF - RHD 22/DF)	A petição inicial de habeas data deve conter a prova de anterior indeferimento do pedido administrativo ou a omissão em atendê-lo.
Reclamação para garantir a aplicação de súmula vinculante (artigo 7º da Lei 11.417/2006)	O ato administrativo contrário a uma súmula vinculante só poderá ser objeto de reclamação ao STF depois de esgotadas as vias administrativas.
Requerimento de benefício previdenciário (RE 631.240)	A propositura de ação judicial contra o INSS, para requerer benefício previdenciário, está condicionada a prévio requerimento administrativo do benefício.

Cabe destacar que quando o administrado questiona uma determinada matéria na via administrativa e decide, simultaneamente, interpor ação judicial, para tratar do mesmo assunto, **a opção pela ação judicial implicará a renúncia tácita à via administrativa**, independente da fase do processo administrativo (RE 233.582/RJ).

1. "É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário." (Súmula Vinculante 28).
2. "Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa." (Súmula 667).
3. "É constitucional o depósito prévio no ajuizamento de ação rescisória como mecanismo legítimo de desincentivo ao ajuizamento de demandas ou de pedidos rescisórios aventureiros. Não há violação a direitos fundamentais, mas simples acomodação com outros valores constitucionalmente relevantes, como à tutela judicial efetiva, célere e de qualidade. O depósito no percentual de 20% sobre o valor da causa não representa uma medida demasiadamente onerosa, guardando razoabilidade e proporcionalidade." (ADI 3.995).

2.21 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

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

A Constituição Federal, para proporcionar segurança jurídica, impede a retroatividade da lei para alcançar esfera jurídica do indivíduo já consolidada por ocasião de lei anterior. Trata-se de direito de defesa do indivíduo frente ao Estado, que não está impedido de alterar a legislação, mas não poderá surpreender o administrado com lei nova capaz de prejudicar fato já consumado.

É preciso observar que a garantia constitucional de segurança jurídica **não impede a retroatividade das leis; antes, proíbe a retroatividade de leis mais prejudiciais àquele que já cumpriu todas as exigências do diploma anterior para a aquisição de um direito**. Por certo, a lei nova mais benéfica poderá retroagir.

O **direito adquirido** é aquele que se aperfeiçoou por meio do cumprimento de todas as exigências da lei para a sua formação. É preciso ter cumprido TODAS as exigências,

porque a proteção constitucional não contempla a mera expectativa de direito, consubstanciada apenas na iminência de cumprir as determinações legais.

Ato jurídico perfeito é aquele já efetivado, sob as regras da lei vigente, por ocasião de sua prática. No ato jurídico perfeito, não apenas são encontradas todas as condições legais para usufruir de um direito (direito adquirido), mas também o direito já foi efetivamente exercido.

A **coisa julgada** é a decisão judicial irrecorrível, aquela que não admite mais nenhum recurso.

Não obstante a garantia constitucional de que lei não prejudicará direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, há situações em que se não reconhece o direito adquirido ou a coisa julgada, eis que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos.

Com efeito, a coisa julgada foi relativizada pelo Código de Processo Civil, que admitiu a propositura de **ação rescisória**, para desfazimento de decisão anterior transitada em julgado (CPC, artigos de 966 a 975).

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal afastou a coisa julgada quando na **investigação de paternidade**, na demanda anterior, não tenha sido realizado o exame de DNA. Observe trecho da ementa:

"(...) 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova.

2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.

3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. (...)"

Segundo o Supremo Tribunal Federal, não há direito adquirido nas seguintes situações: **a)** em face de uma nova Constituição, eis que o Poder Constituinte Originário é ilimitado e inicial. Normas do poder derivado (emendas) estão subordinadas às limitações materiais ao poder de reforma, de maneira que, embora não haja consenso doutrinário, nos termos da jurisprudência do STF, as emendas à Constituição devem respeitar o direito adquirido. **b)** que assegure o padrão monetário; **c)** que impeça a criação ou aumento de alíquota de tributos; **d)** para preservar regime jurídico ou estatuto.

Outro ponto que deve ser observado é o de que a segurança jurídica regula a relação do Estado com o indivíduo e **não poderá ser invocada pelo próprio Estado**, ou seja, pela entidade estatal que a tiver invocado. Dessa feita, não poderá o Executivo, arguindo ofensa à segurança jurídica, deixar de aplicar lei que concede benefício tributário, com efeito retroativo, a determinados contribuintes. Nesse sentido, tem-se a Súmula 654 do STF:

"A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da CF, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado."

1. "Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela LC 110/2001." (Súmula Vinculante 1).
2. "A homologação da transação penal prevista no art. 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial." (Súmula Vinculante 35).
3. A aposentadoria é direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente. Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade. (ADI 3.104).

2.22 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

"XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção."

"LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente."

O princípio do juiz natural traduz significativa conquista do processo penal liberal, essencialmente fundado em bases democráticas, eis que atua como fator de limitação dos poderes persecutórios do Estado e representa importante garantia de imparcialidade dos juízes e tribunais.

O juiz natural da causa deve ser constituído antes da ocorrência do fato, a fim de que se assegure a independência e a imparcialidade do órgão julgador. É direito do jurisdicionado saber quem é a autoridade competente para processá-lo e julgá-lo. Essa definição da competência deve ser encontrada em lei.

Com efeito, a Constituição Federal limitou a atuação do Estado no exercício de sua atividade persecutória e amparou o indivíduo, na sua condição de imputado nos processos penais condenatórios, ao prescrever que ninguém será processado e nem julgado senão pela autoridade competente e ao garantir que não haverá juízo ou tribunal de exceção.

Ocorre um tribunal de exceção sempre que um juízo é definido a partir de um determinado fato. Ora, para se garantir a imparcialidade no julgamento, a determinação do juízo competente deve vir de lei abstrata, impessoal e prévia ao fato. Não basta que o juízo seja capaz, é preciso ser imparcial e independente.

O postulado do juiz natural, por encerrar uma expressiva garantia de ordem constitucional, limita os poderes do Estado, que fica impossibilitado de instituir juízos *ad hoc* (designados após o fato) ou de criar tribunais de exceção. Ao mesmo tempo, assegura ao acusado o direito ao processo perante autoridade competente abstratamente designada na forma da lei anterior, vedados, em consequência, os juízos *ex post facto*.

1. Não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados, autorizado no âmbito da Justiça Federal pela Lei 9.788/1999. Colegiados constituídos por magistrados togados, integrantes da Justiça Federal, e a quem a distribuição de processos é feita aleatoriamente. (RE 597.133 AgR).
2. "Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados." (Súmula 704).

2.23 TRIBUNAL DO JÚRI

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

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida."

A Constituição Federal reconhece a instituição do tribunal do júri como um dos princípios democráticos que confere ao cidadão o direito de ser julgado por seus pares, no caso de prática de crime doloso contra a vida.

A competência do tribunal do júri, fixada no art. 5º, XXXVIII, d, da CF, quanto ao julgamento de crimes dolosos contra a vida é **passível de ampliação pelo legislador ordinário**, em que pese existir controvérsia doutrinária sobre o assunto. É o que se vê no art. 78, I, do Código de Processo Penal, que faz com que a competência constitucional do tribunal do júri exerça *uma vis atractiva* sobre delitos que apresentem relação de continência ou conexão com os crimes dolosos contra a vida (STF. HC 101.542).

É preciso deixar claro que a competência do júri não é absoluta, de forma que a própria Constituição a afasta nos casos em que define foro por prerrogativa de função a determinadas autoridades. O Presidente da República, por exemplo, ainda que praticasse crime doloso contra a vida, na vigência do mandato, valendo-se da prerrogativa do cargo, não seria levado a júri, mas o processo seria da competência originária do Supremo Tribunal Federal. Assim, quando o foro por prerrogativa de função é dado pela Constituição Federal, fica afastada a competência do tribunal do júri.

Por outro lado, *se o foro por prerrogativa de função for dado unicamente pela Constituição Estadual, prevalecerá a competência do tribunal do júri para julgar crimes dolosos contra a vida* (Súmula Vinculante 45).

Para o STF, a competência do tribunal do júri para o julgamento dos crimes contra a vida prevalece sobre a da Justiça Militar, em se tratando de fato circunscrito ao âmbito privado, sem nexos relevantes com as atividades castrenses (HC 103.812).

A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do tribunal do júri, por se tratar de crime contra o patrimônio e não de crime contra a vida (STF. Súmula 603).

Plenitude de defesa, sigilo das votações e soberania dos veredictos são princípios constitucionais do tribunal do júri. A ofensa a qualquer desses princípios gera a nulidade do veredicto.

64

O Supremo Tribunal Federal entendeu que fere o princípio da soberania dos veredictos a afirmação peremptória do magistrado, na sentença de pronúncia, que se diz convencido da autoria do delito. A decisão de pronúncia deve guardar correlação, moderação e comedimento com a fase de mera admissibilidade e encaminhamento da ação penal ao Tribunal do Júri (HC 99.834).

A soberania do veredicto não exclui a recorribilidade de suas decisões. **Cabe apelação** da decisão proferida pelo júri, mormente em razão de ser contrária às provas que constam dos autos. Não há nenhuma ofensa à soberania do veredicto, porque o tribunal, quando do julgamento do recurso, não poderá absolver réu condenado, nem condenar réu absolvido. Em caso de procedência do recurso, será declarada a nulidade do veredicto, de forma que os autos retornarão à vara, para que novo júri seja instaurado.

Interessante destacar que a decisão do júri **pode ser alvo de revisão criminal**, nos termos da lei, o que relativiza a soberania do veredicto. O Tribunal de segunda instância, ao julgar a ação de revisão criminal, dispõe de competência plena para formular tanto o juízo rescindente (*judicium rescindens*), que viabiliza a desconstituição da autoridade da coisa julgada penal mediante invalidação da condenação criminal, quanto o juízo rescisório (*judicium rescissorium*), que legitima o reexame do mérito da causa e autoriza, até mesmo, quando for o caso, a prolação de provimento absolutório, pois a soberania do veredicto representa garantia fundamental do acusado, e não pode, ela própria, constituir paradoxal obstáculo à restauração da liberdade jurídica do condenado (ARE 674.151).

2.24 CRIMES INAFIANÇÁVEIS E CRIMES IMPRESCRITÍVEIS

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

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas

afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.”

65

Constitui crime de racismo os atos resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, nos termos da Lei 7.716/1989, com redação dada pela Lei 12.735/2012.

Para o Supremo Tribunal Federal (HC 82.424/RS), **não existe, biologicamente, distinção entre seres humanos, pois não há mais de uma raça.** Há apenas a condição ser humano. Assim, a vedação ao racismo contida no texto constitucional contempla todas as formas de discriminações que impliquem distinções entre homens por restrições ou preferências oriundas de raça, credo, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, decorrentes de uma pretensa superioridade de um povo sobre outro. **Nesses termos, a xenofobia, a negrofobia, a islamafobia e o antissemitismo são crimes de racismo.**

Nessa mesma linha de entendimento, o STF, no MI 4.733 e na ADO 26, entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize **atos de homofobia e de transfobia.** Nessa toada, a partir da decisão, homofobia e transfobia também tipificam o racismo.

A Constituição Federal prescreve que o racismo é crime **inafiançável, imprescritível e punível com reclusão.** A ação de grupos armados civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático é também crime inafiançável e imprescritível.

Embora a Constituição Federal tenha elencado apenas dois crimes como imprescritíveis (racismo e ação de grupos armados), **o Supremo Tribunal Federal equiparou a injúria racial a racismo e passou a considerar a conduta delitiva também como crime inafiançável e imprescritível** (RE 983.531).

Outros crimes foram elencados no artigo 5º da Constituição, pelo fato de serem frutos de condutas igualmente reprováveis. São eles: a tortura, o terrorismo, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e os crimes hediondos fixados em lei. Todos eles são crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou de anistia.

É da competência privativa do Presidente da República a concessão de indulto (ou graça) e a comutação de penas, nos termos do artigo 84, XII, da Constituição Federal. Tal atribuição poderá ser delegada aos Ministros de Estado, ao Procurador Geral da República e ao Advogado Geral da União. Já a anistia depende de lei, razão por que é da competência privativa do Congresso Nacional, mediante sanção presidencial, a sua

concessão (artigo 49, VIII, da CF). Essas formas de perdão não alcançam os crimes descritos no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

Crimes	Inafiançáveis	Imprescritíveis	Não admitem o perdão
Racismo	X	X	
Ação de grupos armados	X	X	
Tortura	X		X
Terrorismo	X		X
Tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins	X		X
Hediondos	X		X

1. "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25-7-1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico." (Súmula Vinculante 26).

2. A Lei da Anistia veicula uma decisão política assumida no momento da transição conciliada de 1979 e deve ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. A Lei 6.683/1979 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e o preceito constitucional que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura. Dessa forma, por impossibilidade lógica, a Constituição e Convenção não alcançam anistias anteriormente a sua vigência consumadas. ([ADPF 153](#)).

2.25 PRINCÍPIO DA INTRANSCDÊNCIA DAS PENAS

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

O princípio da intranscendência das penas, também conhecido como personalidade da pena ou da personalidade da pena, preconiza que somente a pessoa do condenado poderá ser penalizada pelos seus atos. Trata-se de garantia de que terceiros não poderão ser punidos em razão da conduta praticada por aquele que foi condenado. Daí falar-se em extinção de penalidade em razão da morte do agente, independentemente do tipo da pena, ainda que a de multa.

Por outro lado, é dever dos sucessores reparar o dano que o falecido causou a terceiros, até o limite do valor do patrimônio a eles transferido pela sucessão.

2.26 ESPÉCIES DE PENAS/PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS

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

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

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;*
- b) de caráter perpétuo;*
- c) de trabalhos forçados;*

d) de banimento;

e) cruéis;

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

68

O **princípio da individualização** da pena impõe que o legislador, ao regular a imposição de pena, considere as características pessoais do infrator e a reprovabilidade de sua conduta. Questões como primariedade, bons antecedentes, parentesco, crueldade, dentre outros, precisam ser considerados pelo legislador, quando da definição das penas. Daí a Constituição citar que “a lei regulará a individualização da pena.”

Em razão desse princípio constitucional, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, artigo 2, da Lei dos Crimes Hediondos, que em sua versão original, exigia que o condenado cumprisse pena em regime integralmente fechado, sem que suas características pessoais fossem consideradas (HC 82.959). Nesse sentido, o Tribunal analisou recurso extraordinário em que se admitiu a repercussão geral, para fixar a seguinte tese:

“É inconstitucional a fixação ex lege, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no art. 33 do CP. (ARE 1.052.700 RG).”

O texto constitucional elenca um rol exemplificativo cinco penas permitidas no Brasil. A lei poderá criar outras penas, desde que não recaia em pena proibida pela Lei Maior. Observe:

Penas permitidas (rol exemplificativo)	Penas proibidas (rol taxativo)
Privação ou restrição da liberdade	De morte, salvo em caso de guerra declarada
Perda de bens	De caráter perpétuo
Multa	De trabalhos forçados
Prestação social alternativa	De banimento
Suspensão ou interdição de direitos	Cruéis

A pena deve ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

1. "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS." (Súmula Vinculante 56).
2. "Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória." (Súmula 719 do STF).
3. O Plenário do STF, no julgamento do HC 97.256, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos prevista nos artigos 33, § 4º, e 44, caput, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas). O Senado suspendeu a aplicação dos citados dispositivos pela Resolução 5/2012.

2.27 DIREITOS DO PRESO

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

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

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

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

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

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

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

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

70

A Constituição Federal assegura aos presos uma série de direitos fundamentais. Dentre esses direitos merece destaque o respeito à integridade física e moral. É dever do Estado, que tem a tutela do preso, preservar-lhe a incolumidade do próprio corpo e da moral e garantir-lhe a vida digna.

Nesse diapasão, quando o Estado não cumpre tal dispositivo constitucional, passa a ser responsável pela morte do detento e tem o dever de responder civilmente, devendo indenizar os familiares do falecido (RE 841.526).

Na mesma linha, é dever do Estado **manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade** previstos no ordenamento jurídico, razão por que o desatendimento da determinação constitucional, nos termos do art. 37, § 6º, da Lei Maior, gera a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento (RE 580.252).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal entendeu que **é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais** (RE 592.581).

Outro importante direito do preso é o de permanecer calado, o direito de não ser obrigado a produzir contra si prova, quer seja em fase de inquérito policial ou de processo judicial. Aliás, tal garantia é estendida aos acusados e investigados em geral, quer seja em processo administrativo, judicial ou perante comissão parlamentar de inquérito, pois o ônus da prova cabe àquele que acusa.

Para o STF, o direito ao silêncio não gera nenhum óbice ao disposto no artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro (CTN), de maneira que aquele que se envolver num acidente de trânsito e fugir do local poderá ser criminalizado. No caso, o investigado/acusado não está sendo obrigado a dar declarações e nem a produzir prova contra si. Apenas não pode evadir-se do local, para que seja garantida a identificação dos envolvidos no sinistro e o devido registro da ocorrência pela autoridade competente. O bem jurídico tutelado é a administração da justiça, prejudicada pela fuga do agente do local do evento, uma vez que tal atitude impede sua identificação e a consequente apuração do ilícito, para fins de se promover a responsabilização cível ou penal de quem, eventualmente, provocar um acidente de trânsito, dolosa ou culposamente (RE 971.959).

Agora, é preciso deixar claro que o princípio constitucional da autodefesa, seja por meio do silêncio ou de criação de tese não compatível com a verdade, não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (RE 640.139).

71

Passemos agora a analisar a prisão. A Lei Maior permite apenas três espécies de prisão: a) proveniente de ordem judicial; b) flagrante; c) transgressão ou crime militar. Perceba que a prisão administrativa não é permitida, exceto durante o estado de defesa (artigo 136, parágrafo 1º da CF) e o estado de sítio (artigo 139 da CF).

A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra deve ser comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária. Eis a razão de o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 347 ter determinado a juízes e tribunais a realização de audiência de custódia, para viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária e até 24 horas contadas do momento da prisão.

A regra, dada a presunção de inocência, é responder em liberdade, de maneira que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, independentemente de fiança.

O preso deve ser informado de seus direitos, dentre os quais o de saber a identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial e de ser assistido pela família e por advogado.

As presidiárias têm o direito de permanecer com os filhos durante o período de amamentação.

2.28 EXTRADIÇÃO

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.

Extradição é medida de cooperação internacional entre Estados soberanos, que objetiva a entrega de pessoa acusada, investigada ou condenada pela prática de crime.

A extradição pode ser ativa ou passiva. É ativa quando o Estado brasileiro é quem pede ao Estado estrangeiro a entrega de criminoso que se encontra em seu território. É passiva quando Estado estrangeiro faz ao Brasil pedido de entrega de pessoa investigada ou condenada por prática de crime.

72

Em nosso estudo, interessa apenas a extradição passiva, porque na ativa prevalecem a lei e a soberania de outro País.

A competência para decidir acerca da extradição é privativa do Presidente da República, o Chefe de Estado, nos termos do artigo 84, VII, da CF. Todavia, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente os pedidos de extradição formulados por Estado estrangeiro (artigo 102, I, g, da CF).

Cabe ao STF apreciar a constitucionalidade e a legalidade da extradição, considerando o caso concreto. Se todos os requisitos forem preenchidos, o Tribunal recomendará a extradição e o Presidente optará por extraditar ou não (fazer ou não a entrega). Caso o STF identifique impedimento, negará o pedido formulado pelo Estado estrangeiro. Nesses termos, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal julga o pedido, mas a decisão de extraditar ou não é do Chefe do Executivo, desde que devidamente atendidos aos pressupostos legais e constitucionais.

O brasileiro nato, quaisquer que sejam as circunstâncias e a natureza do delito, não poderá ser extraditado, pelo Brasil, a pedido de governo estrangeiro, pois a Constituição da República, em cláusula que não comporta exceção, impede, em caráter absoluto, a efetivação da entrega extraditacional daquele que é titular, seja pelo critério do *jus soli*, seja pelo critério do *jus sanguinis*, de nacionalidade brasileira primária ou originária.

Não há falar em extradição de brasileiro nato com dupla nacionalidade, pois deve, no caso, prevalecer a nacionalidade brasileira, quando o extraditando se encontra no Brasil, sendo esta a sua nacionalidade principal.

Agora, pode ocorrer de o brasileiro nato perder a nacionalidade brasileira, em razão de ter feito opção por outra, como prevê o artigo 12 da Constituição Federal e então chegar a ser extraditado do Brasil. Note, na hipótese não se fala de extradição de brasileiro nato, mas de estrangeiro que um dia possuiu a nacionalidade brasileira. Foi o que ocorreu na EXT 1462, em que o STF admitiu a extradição de mulher nascida no Brasil, requerido pelo governo dos Estados Unidos da América. Ela foi acusada de ter assassinado o marido norte-americano no estado de Ohio, em 2007. O entendimento da Turma na Extraditão (EXT) 1462 é de que Cláudia renunciou à nacionalidade brasileira ao adotar a cidadania norte-americana em 1999.

Ao princípio geral de inextraditabilidade do brasileiro, a Constituição admitiu, no art. 5º, LI, duas exceções aplicáveis ao brasileiro naturalizado: a primeira, de eficácia plena e aplicabilidade imediata, se a naturalização é posterior ao crime comum pelo qual

procurado; a segunda, no caso de naturalização anterior ao fato, apenas por comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei. Neste caso (crime praticado após a naturalização), a norma é de eficácia limitada, de maneira que a entrega do naturalizado deve estar previamente regulamentada por lei.

Em nenhuma hipótese será admitida extradição por crime político e nem de opinião. Também não será admitida extradição quando a pena aplicada for incompatível com a lei brasileira. Caso a pena prevista seja a de morte ou a de prisão perpétua, só será admitida a extradição se o Estado solicitante se comprometer em fazer a substituição para pena privativa de liberdade, limitada a trinta anos.

Ninguém será extraditado por crime político nem de opinião. A inextraditabilidade de estrangeiros por delitos políticos ou de opinião reflete, em nosso sistema jurídico, uma tradição constitucional republicana. Dela emerge, em favor dos súditos estrangeiros, um direito público subjetivo, oponível ao próprio Estado e de cogência inquestionável.

Não há incompatibilidade absoluta entre o instituto do asilo político e o da extradição passiva, segundo o Supremo Tribunal Federal. A condição jurídica de asilado político não suprime, só por si, a possibilidade de o Estado brasileiro conceder, presentes e satisfeitas as condições constitucionais e legais que a autorizam, a extradição que lhe haja sido requerida, desde que não seja por crime político e nem por crime de opinião (EXT 524).

Por fim, **“não obsta a extradição o fato de o súdito estrangeiro ser casado ou viver em união estável com pessoa de nacionalidade brasileira, ainda que, com esta, possua filho brasileiro.”** (STF. Súmula 421).

2.29 DEVIDO PROCESSO LEGAL

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

O devido processo legal constitui garantia de dupla classificação: a) material, porque protege o direito de liberdade do cidadão; b) formal, porque o indivíduo deve ter paridade de condição em relação ao Estado, quando este intentar restringir os seus bens jurídicos, especialmente a liberdade.

Do devido processo legal, surgem as garantias de contraditório e ampla defesa; igualdade entre as partes; imparcialidade do magistrado; razoabilidade e proporcionalidade.

Segundo o STF (HC 94.016), a essencialidade do postulado do devido processo legal, que se qualifica como requisito legitimador da própria *persecutio criminis*, permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas:

- "(a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário);*
- (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação;*
- (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas;*
- (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica);*
- (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis ex post facto;*
- (f) direito à igualdade entre as partes;*
- (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude;*
- (h) direito ao benefício da gratuidade;*
- (i) direito à observância do princípio do juiz natural;*
- (j) direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação);*
- (l) direito à prova; e*
- (m) direito de presença e de "participação ativa" nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes."*

1. "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo." (Súmula Vinculante 24).

2. "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado

por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.” (Súmula Vinculante 14).

2.30 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

“LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

A todos os litigantes, em processos judiciais ou administrativos, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Diz-se ampla defesa o direito de produção ampla e irrestrita de todos os meios de prova admitidos em direito, produzidas por meio lícito. O direito ao silêncio também integra o direito de defesa.

Contraditório é o direito dado a todo indivíduo de, uma vez tendo tomado ciência de fato ou de prova a seu respeito, constante de processo, apresentar argumentação contrária. A todo ato produzido pela acusação, será garantido o direito de oposição, o direito de levar ao juízo posicionamento diverso.

É direito das partes o conhecimento de todos os atos praticados no processo, para que, uma vez querendo, possa rebater ponto por ponto os argumentos utilizados pelo autor ou pelo acusador.

É de se notar **que inquérito policial não é processo**, mas mero procedimento de investigação, de natureza administrativa, em que não há acusado, fato que afasta a garantia de contraditório. Porém, é direito do defensor, no interesse do representado, tomar conhecimento amplo dos elementos de prova já documentados no inquérito policial, quando pertinentes ao exercício do direito de defesa (Súmula Vinculante 14). O acesso amplo aos autos engloba a obtenção de cópias do processo, inclusive das mídias juntadas (Rcl 23.101/PR).

Nenhuma penalidade poderá ser imposta, mesmo no campo do direito administrativo, sem que se ofereça ao imputado a possibilidade de se defender previamente, sob risco de nulidade. O direito constitucional à ampla (e prévia) defesa, sob o domínio da Constituição de 1988 (art. 5º, LV), tem como precípuo destinatário o acusado, qualquer acusado, ainda que em sede meramente administrativa.

O STF, ao proclamar a imprescindibilidade da observância desse postulado, essencial e inerente *ao due process of law*, tem advertido que o exercício do direito de defesa há de ser assegurado, previamente, em todos aqueles procedimentos – notadamente os de caráter administrativo-disciplinar – em que seja possível a imposição de medida de índole punitiva.

No processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa poderão ser exercidos diretamente pela parte, sem a necessidade de constituir advogado.

Esse é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, já sumulado. Note:

"A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição." (Súmula Vinculante 5)

1. Nos processos perante o TCU asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. (Súmula Vinculante 3).
2. O duplo grau não é absoluto no âmbito jurisdicional. Desse modo, a previsão legal de instância única no contencioso administrativo não viola o alegado direito ao mencionado instituto. (RE 794.149)
3. "É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro." (STF. Súmula 708).
4. "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu." (STF. Súmula 523).

2.31 PROVAS ILÍCITAS

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

Prova ilícita é a que foi obtida em desobediência ao direito material, é a que foi produzida por meio ilícito, como por exemplo, uma confissão obtida mediante tortura, ou uma busca e apreensão sem ordem judicial, ou uma interceptação telefônica feita pela polícia sem autorização do juízo competente.

A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras.

A Constituição da República, ao não admitir, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas, qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional.

A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos **não tem o condão de invalidar todo o processo, de torná-lo nulo**. As provas ilícitas devem ser retiradas dos autos, em qualquer fase do inquérito ou do processo. Se existirem outras provas, lícitas, o feito deve seguir o seu curso normal e o réu poderá a ser condenado, evidentemente, com base em prova lícita.

Vale destacar que **a prova ilícita originária contamina todas as outras que dela derivarem**, de forma que todas deverão ser desentranhadas dos autos. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.

A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do *due process of law* e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal.

Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária (HC 93.050).

A prova não poderá ser considerada ilícita quando produzida em legítima defesa (de si ou de outrem), por ser esta uma causa de excludente de ilicitude. É o caso, por exemplo, do filho que grava a cuidadora maltratando sua mãe idosa.

2.32 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

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

78

A presunção de não culpabilidade trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não culpabilidade. Não pode o Estado tratar como se fosse culpado aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível.

A presunção de inocência tem por finalidade impedir a precipitação de um juízo condenatório, capaz de causar a alguém prejuízo irreparável e de ferir intensamente a sua dignidade. Pessoas, ainda que potencialmente culpáveis, não podem sofrer a ação esmagadora do Estado, até por que cabe ao próprio acusador o ônus da prova.

No processo penal, não pode o Estado tratar como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado. Assim, embora na fase de pronúncia prevaleça a dúvida em favor da sociedade (*in dubio pro societate*), no julgamento deve prevalecer a dúvida em favor do réu. Essa é a razão de o Supremo Tribunal Federal, no processo criminal, absolver o réu em caso de empate na votação (AP 470/MG).

Nessa espreita, o STF julgou procedente o pedido formulado em arguições de descumprimento de preceito fundamental, para declarar **a não recepção da expressão "para o interrogatório" constante do art. 260 do CPP, e a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório**, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado (ADPF 395).

Por outro lado, a garantia da presunção de não culpabilidade não impede a decretação ou manutenção de prisão cautelar, desde que seja demonstrada sua necessidade concreta e estejam presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Questão controvertida tem sido a possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O Supremo Tribunal Federal já alterou a sua jurisprudência duas vezes. Em novembro de 2019, o Plenário, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, passou a **inadmitir a execução provisória da pena, dependendo esta do trânsito em julgado de sentença condenatória**.

1. Não existe violação do princípio da presunção da inocência no fato de a lei não permitir a inclusão de oficial militar no quadro de acesso à promoção em razão de denúncia em processo criminal (RE 459.320 AgR).
2. Viola o princípio da presunção de inocência a exclusão de certame público de candidato que responda a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória (AI 829.186 AgR).
3. Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais (RE 591.054).

79

2.33 IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

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

A Constituição Federal garante que o civilmente identificado não será, em regra, submetido a identificação criminal, salvo os casos previstos em lei.

Civilmente identificado, nos termos da Lei 12.037/2009, é aquele que apresenta carteira de identidade, carteira de trabalho, carteira profissional, passaporte, carteira de identificação funcional ou outro documento público com foto.

Para que não haja dúvida: a medida provisória Nº 905, de 12 de novembro de 2019, que proibia a apresentação da carteira de trabalho como documento oficial de identificação, foi revogada pelo Presidente da República. Com isso, o uso do documento está novamente em vigor.

As exceções que autorizam a identificação criminal do civilmente identificado são (Lei 12.037/2009, artigo 3º):

"I - o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II - o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III - o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.”

80

2.34 AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

Uma das funções constitucionais do Ministério Público é a atuação como dono da ação penal pública. O direito de ação, com vistas a obter do Judiciário o julgamento de uma pretensão punitiva (*jus perseguendi*), é em regra do *Parquet*. Todavia, há casos em que o *jus perseguendi* é exercido por um particular.

As ações penais têm duas distintas classificações: a) Públicas, quando a titularidade de seu exercício pertence ao Ministério Público e b) Privadas, quando seu titular é um particular (o ofendido ou o seu representante legal).

A ação penal pública se divide ainda em duas: a) ação penal pública incondicionada (não depende da vontade do ofendido) e b) ação penal pública condicionada (a atuação do Ministério Público depende da representação do ofendido ou da requisição do Ministro da Justiça).

A Constituição Federal autoriza a ação privada nos crimes de ação pública quando esta não é intentada no prazo legal, embora a iniciativa das ações públicas seja privativa do Ministério Público. Essa é chamada ação penal privada subsidiária.

Na ação penal subsidiária da pública, o Ministério Público poderá aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva. Atuará o Parquet no processo da mesma forma, com as mesmas prerrogativas, que possui nas ações públicas.

Por último, não será cabível ação penal subsidiária da pública quando o órgão acusador (MP) deixa de oferecer a denúncia propositalmente, pelo fato de ter requerido o arquivamento do inquérito policial por não vislumbrar elementos mínimos de autoria e de materialidade.

81

2.35 PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

"LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem."

"LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

A prestação jurisdicional é verdadeiro direito público subjetivo do cidadão na Constituição da República. Cabe ao Poder Judiciário fazer justiça, para que os cidadãos tenham convivência harmoniosa, de forma que é dever desse Poder dar a resposta buscada pelo cidadão no prazo razoável.

A Constituição Federal, pós-emenda 45, define a razoável duração do processo como uma das garantias individuais do cidadão. Trata-se de uma prestação positiva do Estado, que deve agir em favor da sociedade com celeridade, sem desídia, sem excessos burocráticos.

A razoável duração do processo, logicamente, deve ser harmonizada com outros princípios e valores constitucionalmente adotados no direito brasileiro, não podendo ser considerada de maneira isolada e descontextualizada. Evidentemente, é preciso pensar em razoável duração do processo associado ao direito ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo legal, dentre outros.

Note que a celeridade garantida pela Constituição não se aplica apenas ao processo judicial, mas também ao processo administrativo.

Os atos processuais devem ser públicos e só poderão ser restringidos por lei quando a intimidade das partes justificar o sigilo. A publicidade alcança os autos do processo, e não somente as sessões e audiências, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal entendeu que padece de inconstitucionalidade disposição normativa que determine abstratamente sigilo de justiça em todos os processos em curso perante vara criminal (ADI 4.414).

2.36 PRISÃO CIVIL

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

No Brasil, é vedada a prisão civil em decorrência de dívida, ressalvados os casos previstos na Constituição Federal. A prisão, normalmente, é consequência da prática de crime e resulta de flagrante ou de ordem judicial, exceto a prisão por indisciplina militar.

Com efeito, em razão da garantia de dignidade da pessoa humana, a baixa capacidade econômica do indivíduo não pode duplamente penalizá-lo, de maneira a sofrer privações materiais por ausência de dinheiro e ainda causar a privação da liberdade de locomoção em razão das dívidas contraídas.

O devedor não é um criminoso e sua insolvência não poderá ser cobrada à custa de sua liberdade. O credor tem outros meios de satisfação da dívida que não a prisão. Dessa feita, a Constituição Federal proíbe a prisão civil por dívida, exceto em dois casos: inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

A prisão em decorrência do inadimplemento de obrigação alimentícia só poderá ocorrer se a insolvência for voluntária e inescusável. Em caso de força maior, não há que falar em prisão.

Quanto ao depositário infiel, não obstante o fato de a Constituição prescrever a prisão, o instituto não está sendo aplicado desde o ano de 2007, por força de decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 466.343-1. A Corte Constitucional entendeu que tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional, por meio do processo legislativo simples do decreto legislativo, têm valor de norma supralegal, de modo que o Pacto de San Jose da Costa Rica, ratificado em 1992, ao não admitir a prisão do depositário infiel, mas tão somente a prisão civil por dívida em razão de inadimplemento de obrigação alimentícia, derogou a legislação infraconstitucional brasileira contrária.

O texto constitucional não sofreu nenhuma alteração, pois o tratado está subordinado à Lei Maior. O que se tem, na verdade, é a impossibilidade de aplicação da prisão do depositário infiel, dada a inexistência de regulamentação do assunto.

Para evitar controvérsia a respeito do assunto, foi editada a Súmula Vinculante 25, com a seguinte redação:

"É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito."

É preciso deixar claro: 1) a prisão do depositário infiel está expressa na Constituição Federal; 2) a prisão do depositário infiel é inaplicável, dada a inexistência de normatização sobre o assunto; 3) o Pacto de San Jose da Costa Rica tem valor de norma supralegal, mas está subordinado à Constituição.

2.37 ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA

"LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos."

As ações judiciais têm, em regra, custas processuais, variáveis caso a caso, conforme a tabela aplicada. Em regra, por força do artigo 133 da Constituição Federal, as ações judiciais devem ser subscritas por advogado.

Com vistas a amparar os hipossuficientes e a garantir a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal assegurou a assistência judiciária integralmente gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

A simples declaração de pobreza feita pelo interessado, pessoa natural, brasileira ou estrangeira, é suficiente para que possa usufruir da gratuidade de justiça. Por outro lado, ao contrário do que ocorre relativamente às pessoas naturais, a pessoa jurídica deverá comprovar a inviabilidade de assunção dos ônus decorrentes do ingresso em juízo (ADI 3.394).

Decorre da gratuidade de justiça, a obrigatoriedade do custeio do **exame de DNA** pelo Estado-membro, em favor de hipossuficientes, bem como honorários de advogado e de perito (AI 810.593 AgR).

Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o beneficiário da justiça gratuita que sucumbe deve ser condenado ao pagamento das custas. Todavia, a exigência de pagamento só será feita se, no prazo de cinco anos contados da decisão final, puder satisfazê-las sem prejuízo próprio ou da família (RE 184.841/DF).

Quanto à necessidade de advogado, o hipossuficiente deverá ser assistido por defensor público, conforme determinação do artigo 134 da Constituição Federal.

Por fim, a assistência jurídica gratuita é aplicável a todos os graus de jurisdição e pode ser requerida a qualquer tempo.

2.38 ERRO JUDICIÁRIO E EXCESSO NA PRISÃO

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

A responsabilidade civil do Estado por dano causado a alguém é objetiva e não depende de dolo ou culpa do agente.

No caso de erro judiciário, embora a regra geral seja a de irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, ao condenar injustamente alguém pela prática de crime, a pessoa que foi indevidamente punida poderá ingressar com ação judicial para exigir o pagamento de indenização por dano moral e material.

De igual maneira, a pessoa que ficar presa além do tempo determinado na sentença também poderá requerer judicialmente a reparação civil.

