

Nos setenta e sete incisos do artigo 5º, que são cláusulas pétreas de nossa Constituição, existem vários direitos e garantias do indivíduo, entre eles: a igualdade, a legalidade, o devido processo legal e o contraditório, a liberdade de expressão, crença e opinião; a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem; o sigilo fiscal e de comunicações; o direito à propriedade; a liberdade de associação e de locomoção; a inafastabilidade de lesão ou ameaça de lesão do Poder Judiciário; o direito de petição aos Poderes Públicos, a inviolabilidade de domicílio; a instituição do júri popular; a irretroatividade da lei penal; a proibição de tortura e discriminação racial; a publicidade etc.

Os direitos e as garantias podem ser classificados nas seguintes espécies: direitos materiais, garantias formais e garantias instrumentais. Com efeito, direitos materiais, são aqueles diretamente outorgados pelo texto constitucional sendo definido seu conteúdo. Por seu turno, garantias formais são aquelas que, sem definir o respectivo conteúdo do direito, mencionam os princípios da ordem jurídica para evitar o arbítrio. Por derradeiro, garantias instrumentais são disposições que buscam dar efetividade aos direitos materiais e às garantias formais.

Em razão da hierarquia das normas, sendo que a constitucional está no grau mais elevado, tais previsões ganham uma grande importância, pois vinculam todo o ordenamento jurídico, desde o legislador ordinário, o administrador público e, até mesmo, os particulares.

Outrossim, é necessário referir que, segundo a própria Constituição Federal define no § 2º de seu artigo 5º, o reconhecimento dos direitos e garantias ali expressos não exclui outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Além disto, no § 3º do artigo em apreço, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45 de 9 de dezembro de 2004, está previsto que os tratados e convenções internacionais

4. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Nossa primeira Carta, a Constituição Imperial de 1824, já continha uma declaração superficial de direitos e garantias em seus artigos 173 e seguintes. Outrossim, as Constituições posteriores, embora com denominações diversas, mantiveram tais disposições.

Porém, foi com a Constituição Federal de 1988 que a importância dos direitos fundamentais tomou toda plenitude agora conhecida. A Carta de 1988 institucionalizou a instauração de um regime democrático no Brasil, colocando a obrigação de obediência aos direitos humanos de uma forma até então nunca vista em nosso país.

A Constituição de 1988 consagra no inciso III de seu artigo 1º, como um dos fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana. Assim sendo, logo no seu início, quis deixar claro qual o critério que deveria nortear o Estado brasileiro.

Nossa Constituição Federal destacou um capítulo autônomo para os direitos e garantias individuais. Entretanto, é bom que se frise que existem outros direitos fundamentais assegurados na nossa Constituição que não se encontram em referido capítulo.

De qualquer forma, sem excluir os demais, são assegurados no artigo 5º, entre outros, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.⁵⁹

⁵⁹ Artigo 5º da Constituição Federal: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)"

sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Tal inclusão visou por fim à controvérsia que existia sobre o *status* em que uma norma de tratado internacional sobre direitos humanos ingressava em nosso ordenamento jurídico. Com efeito, um tratado, conforme prevê os artigos 84, VII e 49, I, ambos da Constituição Federal, é assinado pelo Presidente da República e submetido ao Congresso Nacional para que determine se o instrumento deve ser ratificado ou não. Assim sendo, por meio de um mero decreto legislativo o Congresso autorizaria sua adesão e o Presidente o promulgava. Pois bem, não fosse o novo procedimento previsto para tratados de direitos humanos nesta nova redação e o *quorum* qualificado, estaria se admitindo a alteração da Constituição por meio de um decreto legislativo, sem as formalidades necessárias para uma emenda constitucional.

Porém, a controvérsia persiste para os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à emenda constitucional referida, pois possuem disposições materialmente constitucionais.

4.1. Classificação dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser classificados da seguinte maneira:

Direitos individuais: Estão previstos em vários incisos do artigo 5º e em outros dispositivos espalhados pela Constituição Federal. Os direitos e garantias individuais, em regra, têm eficácia plena e aplicabilidade imediata independente de qualquer regulamentação.

Direitos coletivos: Dizem respeito à coletividade. Também estão previstos em vários incisos do artigo 5º e em outros dispositivos espalhados pela Constituição Federal.

Direitos sociais: Artigos 69, 193 e seguintes da Constituição Federal. Dizem respeito à pessoa enquanto na sociedade.

Direito à nacionalidade: No artigo 12 da Constituição Federal, se encontram os direitos da nacionalidade.

Direitos políticos: Estão previstos nos artigos 14 e 17 da Constituição Federal. Estão ligados à cidadania como o direito de votar e ser votado.

4.2. Direitos Individuais (e Coletivos)

Os destinatários dos direitos individuais são todos os indivíduos enquanto pessoa. O artigo 5º não enumera, expressamente, nenhum dever, mas todos os indivíduos têm o dever de respeitar os direitos individuais dos outros.. A doutrina divide os direitos individuais em:

Direitos individuais expressos: Estão expressamente enumerados na Constituição.

Direitos individuais implícitos: não estão expressamente numerados, mas, em uma análise de todo contexto da Constituição, conclui-se que também são assegurados para o indivíduo.

Direitos individuais decorrentes de tratados: Quando o Brasil assina e ratifica um tratado em que estejam previstos direitos aos indivíduos, tais disposições passam a fazer parte do nosso ordenamento jurídico.

4.2.1. Direito à Vida

Um dos direitos fundamentais mais importantes, assegurados ao indivíduo, é o direito à vida. Sem ela, os demais não teriam sentido. Mas não basta garantir a sobrevivência. É necessária a garantia de uma *vida digna*. A vida se inicia com a concepção e termina com a morte cerebral. A proteção à vida pode ser intra-uterina ou extra-uterina. Ela pode ser assim dividida:

- a) *existência*: diz relação à proteção à vida, enquanto existência do ser humano.
- b) *vida digna*: tal preocupação é a razão da existência do próprio direito.
- c) *integridade física*: proteção contra lesão corporal.
- d) *integridade moral*: diz respeito ao direito a honra, à imagem etc.
- e) *proibição da pena de morte*: no Brasil é vedada a pena de morte, salvo em caso de guerra externa declarada.
- f) *aborto*: existem casos de aborto legal como os casos que a doutrina penal acostumou chamar de aborto necessário e aborto sentimental, mas a regra é que o aborto é proibido.
- g) *eutanásia*: é uma ação ou omissão que provoca a morte de uma pessoa enferma, que não possui mais esperança de vida, com o seu consentimento. Diferença da *cacotanásia*, que é a ação ou omissão que provoca a morte do paciente sem o consentimento deste. Por sua vez, *ortotanásia* é o acompanhamento, pelo médico, da morte do paciente ministrando a este remédios para que não sinta dor. A única que não é vedada em nosso ordenamento jurídico é a ortotanásia.

h) *proibição da tortura*: a Constituição Federal prevê que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante. O artigo 5º, XLIII, da Constituição é uma norma constitucional de eficácia limitada, pois necessita da atuação do legislador infraconstitucional para que possua plena eficácia. O legislador ao editar a Lei nº 9.455/1997, definiu os crimes de tortura e revogou o artigo 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O crime de tortura exige o constrangimento de alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental.

- i) *vedação de comercialização do próprio corpo*: Ninguém pode alienar ou comercializar seus órgãos.

4.2.2. Direito à Liberdade

A liberdade é um fundamento da democracia. A regra é a liberdade; a restrição à liberdade é exceção. O indivíduo é livre desde que não atinja a liberdade alheia, visto que todos os direitos têm limites. O movimento que a idealizou foi chamado de liberalismo, que defendia ser a liberdade o mais importante de todos os direitos.

A liberdade, em sentido amplo, pode ser desmembrada em várias “liberdades”, por exemplo: liberdade de locomoção; de pensamento; de voto; de consciência e de crença, de criação intelectual, artística, científica e comunicação; de informação; de informação e de associação.

Liberdade de locomoção: resume-se no direito de ir, vir ou permanecer onde quer que se encontre. (artigo 5º, inciso XV; LIV);

Liberdade de pensamento: a pessoa pode pensar tudo o que bem entender; porém ao externar o pensamento já haverá uma maior restrição, pois não poderá ofender a honra, imagem, intimidade e vida privada de terceiros (artigo 5º, inciso IV, V).

Liberdade de voto: exterioriza-se com o direito de votar. O Brasil adota a democracia semi-direta, ou seja, em algumas situações os cidadãos participam diretamente dos rumos da nação – como no caso do plebiscito, do referendo ou da iniciativa popular de projetos de lei – e em outras por meio de representantes.

Liberdade de consciência e de crença: Liberdade de consciência significa que a pessoa pode pensar e acreditar e tudo o que ela bem entender. Já a crença está ligada a religião. O Brasil é um país laico, ou seja, não tem uma religião oficial, mas todas as religiões são permitidas. O brasileiro pode acreditar no que bem entender.

Liberdade de criação intelectual, artística, científica e de comunicação: Criação intelectual – a pessoa pode criar qualquer coisa, desde que não prejudique a sociedade; Criação artística – Criação científica – Comunicação – todas estas liberdades sofrem limites, não podendo abusar destes diretos.

Liberdade de profissão: Em regra, o exercício profissional é livre, mas a lei restringe e regulamenta algumas profissões (artigo 5º, XIII da Constituição Federal).

Liberdade de associação: a liberdade de associação está disposta no artigo 5º, incisos XVI e XX da Constituição Federal.

Embora, muitas vezes, as expressões *liberdade de imprensa, de informação e de expressão* sejam utilizadas indistintamente, elas não se confundem. Com efeito, liberdade de expressão, em sentido genérico, é o direito de “difundir publicamente, por qualquer meio e ante qualquer auditório, qualquer conteúdo simbólico”.⁶⁰ Assim sendo, designa a liberdade de o indivíduo manifestar seu pensamento.

Por sua vez, liberdade de informação compreende tanto a aquisição quanto a comunicação de conhecimentos, abrangendo a liberdade de informar, de informar-se e de ser informado.⁶¹ Nesse sentido, Antonio Tadeu Dix Silva⁶² lembra que o artigo 10 do “Convênio de Roma para a proteção dos Direitos Fundamentais garante não apenas a liberdade da imprensa de informar o público, mas também o direito deste último receber uma informação adequada”. Assim, o interesse na liberdade de informação não é apenas dos órgãos ou emissores do conteúdo simbólico, mas de todos a quem eles destinam-se, ou podem destinar-se.

Por fim, a liberdade de imprensa diz respeito à liberdade dos órgãos de comunicação exercerem sua função, ou seja,

⁶⁰ Cf. Saavedra Lopes, apud Tadeu Antonio Dix Silva, *Liberdade de Expressão e Direito Penal*, p. 111.

⁶¹ René Ariel DOTTI, *Proteção à Vida Privada e Liberdade de Informação*, p. 157.

⁶² *Liberdade de Expressão e Direito Penal*, p. 130.

refere-se ao exercício da liberdade de expressão e de informação por meio dos órgãos de imprensa. Neste sentido, ressalta-se que os órgãos responsáveis pela transmissão das informações devem exercer sua função livremente, sem intromissões, para que tragam a transparência necessária da realidade do mundo.

Como se nota, tais direitos possuem estreita relação entre si e são de essencial importância para um Estado Democrático, no qual as pessoas possam manifestar livremente seus pensamentos. A esse respeito, Gregório Badeni⁶³ afirmou que:

“é evidente que o reconhecimento legal da liberdade de expressão do pensamento configura uma das conquistas mais importantes que o homem obteve em sua permanente luta pela dignidade. Com maior razão em um sistema democrático constitucional, que pressupõe a coexistência de uma pluralidade de opiniões na sociedade, de diversos conceitos, juízos e idéias”.

No intuito de garantir tal conquista, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 220, *caput*, determina que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observando o disposto nesta Constituição”. Além disso, no § 1º do artigo em referência está previsto que “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observando o disposto no artigo 5º, X, V, XIII e XIV”. Por seu turno, o inciso IX, do artigo 5º de nossa Carta Magna está previsto como cláusula pétrea, pois possui *status* de direito e garantia fundamental, que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

A *Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica* – ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 – em seu artigo 13, consagra que:

⁶³ *Libertad de Prensa*, p. 15.

"1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda a natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidade ulteriores, que devem ser expressamente fixadas em lei e ser necessárias para assegurar:

a) o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas; ou

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não pode se restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência".

É evidente que não existem direitos absolutos e ilimitados em um Estado Democrático de Direito: nem o direito à liberdade nem nenhum outro podem ser concebidos desta forma.

4.2.3 Direito à Igualdade

O caput do artigo 5º da Constituição Federal prevê:

"*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.*"

A Constituição Federal de 1988 consagrou, assim, o direito à igualdade. Todos devem receber o mesmo tratamento jurídico na medida de sua igualdade. Porém, como se sabe, igualdade absoluta não existe, o que deve existir é um tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, de forma que exista uma proteção ao mais frágil e se atinja um verdadeiro nivelamento.

Boaventura de Sousa. Santos afirma:

"as pessoas e os grupos sociais têm o direito a serem iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a serem diferentes quando a igualdade os descaracteriza".

Esta exigência possui as seguintes implicações:

Limite ao legislador: o legislador ao criar uma lei deve levar em conta um tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais. Não o fazendo, a lei poderá ser considerada inconstitucional.

Limite ao Poder Público: quando o Poder Público atuar, deverá atentar ao princípio da igualdade.

Limite aos particulares: Não se pode discriminar pessoas pelo seu sexo, raça, cor, credo etc.

Limitação de idade em concursos públicos: a limitação de idade em concurso público, desde que haja uma justificativa plausível, não ofende o direito de igualdade,

4.2.4. Legalidade

Princípio da legalidade versus Princípio da reserva legal: O princípio de legalidade possui abrangência mais ampla do que o princípio da reserva legal. Por ele fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas previstas no ordenamento jurídico. Já o princípio da reserva legal se refere a um âmbito mais restrito. A Constituição Federal estabelece essa reserva de lei, de modo absoluto ou relativo.

Assim, temos a *reserva legal absoluta* quando a norma constitucional exige, para sua integral regulamentação, a edição de lei formal. Por sua vez, a *reserva legal relativa*, permite, excepcionalmente, a complementação da legislação por atos normativos infraconstitucionais.

4.2.5. Direito à Segurança

A segurança, em sentido amplo, também é um direito fundamental. Ela pode se subdividir em:

Segurança em geral: proteção física e moral do indivíduo.

Segurança jurídica: se refere ao fato de não haver instabilidade no ordenamento jurídico, ou seja, não mudar desnecessariamente as leis, respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Legalidade: artigo 5º, inciso II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. É uma forma de garantir a segurança da pessoa.

Irretroatividade: a lei é feita para alcançar fatos futuros, não poderá, uma lei ser criada, para atingir fatos passados, salvo exceção da lei penal, que retroage para beneficiar o réu. No artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, está previsto que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Direito adquirido: é aquele que pode se exercer, ou cujo, começo tenha termo prefixado, condições pré-estabelecidas e inalteráveis, pelo arbítrio de outrem.

Cosa julgada: decisão da qual não caiba mais recurso.

Ato jurídico perfeito: ato já consumado, segundo a lei vigente no tempo em que se efetivou.

Segurança à vida íntima: no artigo 5º, X da Constituição Federal estão previstos os direitos à intimidade, à vida privada

e à imagem, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas. A vida íntima relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto a vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.

Da segurança à vida íntima decorrem:

Inviolabilidade de domicílio: o artigo 5º, XI da Constituição Federal consagra a inviolabilidade do domicílio. Assim sendo, ingressar no domicílio, sem consentimento do morador, só permitida nas hipóteses constitucionais, quais sejam, no caso de flagrante delito, para prestar socorro no caso de desastre ou durante o dia (6h:00 às 18h00) por ordem judicial.

Sigilo de correspondência e de comunicação: artigo 5º, XII da Constituição Federal – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Sigilo bancário: Em relação ao sigilo bancário, o artigo 192 da Constituição Federal estabelece que o sistema financeiro nacional será regulado por lei complementar. O sigilo bancário só pode ser quebrado pelo juiz ou por Comissão Parlamentar de Inquérito.

4.2.6. Direito à Justiça

A palavra “justiça” possui diferentes significações e pode ter concepções totalmente opostas, dependendo de quem a formula, pois está sujeita às convicções político-ideológicas e às experiências de vida de cada um. Assim sendo, é impossível um consenso sobre ela, que terá sempre um conceito relativo. Vários estudiosos, no decorrer dos tempos, se debruçaram sobre o assunto para tentar se aproximar de um conceito de justiça.

Neste caminho, convém ressaltar que “justiça”, antes de mais nada, é uma virtude moral. Conforme afirma Jean Dabin⁶⁴

“no sentido mais amplo, a justiça se funde com a própria moralidade; corresponde ao cumprimento de todos os deveres prescritos pela honestidade, sem distinção de domínio ou virtude, na vida privada do indivíduo ou da família e na vida social, pública ou política”.

Na história do pensamento jurídico-filosófico foram formuladas várias teorias da justiça. Norberto Bobbio⁶⁵ afirma que as respostas para a definição de justiça podem ser divididas em três grupos: a) justiça é ordem; b) justiça é igualdade e c) justiça é liberdade.

Neste passo, Platão⁶⁶ formula três teses sobre a justiça, a saber:

a) “é dar a cada um o que lhe é devido”; b) “é fazer o bem aos amigos e mal aos inimigos” e c) “o justo não é mais nem menos do que a vantagem do mais forte”.

Com efeito, o autor em certa passagem de sua obra, ao mencionar diálogos de Céfalo e Polemarco afirma que, se justiça é dar a cada um o que lhe é devido, então devemos fazer o bem para os amigos e mal para os inimigos. Porém, esta será uma justiça relativa, pois será a justiça de um, mas não será a de todos. Por fim, na fala de Trasímaco, surge a idéia que a justiça posta é feita pelo mais forte. Neste sentido, afirma que:

“cada governo promulga leis com vistas à vantagem própria: a democracia, leis democráticas; a tirania, leis tirânicas, e assim com as demais formas de governo. Uma vez promulgadas as leis, declaram ser justiça fazerem os governados o que é vantajoso para os outros e punem os que as violam, como transgressores da lei praticantes de ato injusto”.⁶⁷

⁶⁴ “Teoria Geral do Direito”, in: *Os Grandes Filósofos do Direito*, org. Clarence Morris, p. 497.

⁶⁵ *Direito e Estado no Pensamento de Immanuel Kant*, p. 116 e s.

⁶⁶ *A República*, p. 55 e s.

⁶⁷ *A República*, p. 67.

Na verdade, justiça é boa medida. A noção do que é justo está em cada um, mas é difícil fazer uma definição por sentença. A justiça é um bem em si mesma.

Por seu turno, Aristóteles⁶⁸ divide a justiça em três tipos, de acordo com as pessoas envolvidas. Neste passo, quando são particulares é chamada de comutativa. Quando as pessoas em questão são uma coletividade e seus membros, é chamada de distributiva e, por fim, em relação ao que é devido pela comunidade a seus membros, é a justiça legal.

Com efeito, para ele, “justiça é a observância de um meio-termo”. É uma virtude que o justo pratica deliberadamente. É um termo médio. Está no meio onde a injustiça está nos extremos. Afirma, ainda, que:

“justo’ significa o que é lícito e o que é equânime ou imparcial, e ‘injusto’ significa o que é ilícito e o que é não equânime ou parcial”.⁶⁹

Para Aristóteles, então, justiça é igualdade. O fim do direito é garantir a igualdade, seja nas relações entre os indivíduos (justiça comutativa) ou entre o Estado e os indivíduos (justiça distributiva). O direito é o remédio para as disparidades naturais e desigualdades sociais impondo uma medida para proporcionar um tratamento igual a todos os membros da comunidade.⁷⁰

Kant, por sua vez, entende que justiça é agir com liberdade, respeitando a liberdade dos outros. Para ele, agir de maneira injusta significa interferir na liberdade dos outros. Neste sentido, afirma:

“Toda ação é justa quando, em si mesma, ou na máxima da qual provém, é tal que a Liberdade da Vontade de cada um pode coexistir com a liberdade de todos, de acordo com uma lei universal.

⁶⁸ *Ética a Nicômaco*, p.

⁶⁹ Ob. cit.

⁷⁰ Norberto Bobbio, *Direito e Estado no Pensamentos de Immanuel Kant*, p. 117.

Então, se minha ação ou minha condição pode coexistir, em geral, com a liberdade de todo mundo, de acordo com uma lei universal, qualquer um que me impeça de realizar essa ação, ou de manter essa condição, prejudica-me. Porque tal impedimento ou obstrução não pode coexistir com a Liberdade de acordo com as Leis universais.

A Lei universal do Direito pode então ser expressa da seguinte maneira:

*'Aja externamente de tal maneira que o livre exercício de tua Vontade possa coexistir com a Liberdade de todos os outros, de acordo com uma Lei universal.'*⁷¹

Em "Fundamentação da metafísica dos costumes", Kant desenvolve que a autonomia da vontade é o princípio supremo da moralidade. Com efeito, para ele, as pessoas devem agir "segundo a máxima tal que possa ao mesmo tempo querer ela se torne lei universal" e em todas suas ações deve ser considerado como um fim em si mesmo.⁷²

John Rawls⁷³ desenvolveu uma teoria da justiça como liberdade (de Kant), acrescentando aspectos da igualdade excluídos de Rousseau e afirmou que "justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento". Para ele, os princípios de justiça são os seguintes:

"1. Toda pessoa tem o mesmo direito a um esquema plenamente adequado de iguais liberdades básicas que seja compatível com a liberdades para todos.

2. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. Em primeiro lugar, devem estar associadas a cargos e posições abertas a todos em igualdade de oportunidades; em segundo lugar, devem supor o maior benefício para os membros menos avantajados da sociedade."⁷⁴

O primeiro objetivo da justiça é a imparcialidade e através dela podemos chegar a uma melhor análise das exigências de

⁷¹ "Primeiros Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito", in: *Os Grandes Filósofos do Direito*, org. Clarence Morris, p. 240.

⁷² P. 51.

⁷³ *Uma Teoria da Justiça*, 2000, p. 273.

⁷⁴ *Liberdad, Igualdad y Derecho*, p. 13.

liberdade e igualdade. Rawls prioriza a liberdade em detrimento da igualdade. De qualquer forma, entende necessária uma igualdade de "bens sociais primários", que incluem direitos, liberdades, oportunidades etc.⁷⁵.

Tomas Hobbes, por seu turno, entende a justiça como ordem, pois o direito:

*"é o meio que os homens, no decorrer da civilização, contrataram para garantir a segurança da vida", cujo fim é a paz social.*⁷⁶

Neste sentido, afirma que:

*"os homens têm de cumprir os pactos que celebrarem (...). A definição de injustiça é o não cumprimento de um pacto. Tudo que não é injusto, é justo"*⁷⁷

Mais adiante, Hobbes⁷⁸, afirma que:

"para que as palavras justo e injusto possam ter sentido, é necessário alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento dos pactos, mediante o medo de algum castigo que seja superior ao benefício que esperam tirar do rompimento do pacto".

Enfim, com uma visão extremamente formalista, confunde justiça com Direito e para ele ser justo é cumprir a lei.

Pois bem, embora seja difícil conceituar justiça, cada um tem uma idéia, para si, do que seja justo. O desafio é estabelecer uma máxima que seja válida para todas as pessoas. Tal tarefa parece ser uma utopia, mas ao tentar definir tal expressão, inúmeras são contribuições para o pensamento jurídico. É certo que o justo nem sempre coincide com o legal e que o resultado sempre circula pela noção de liberdade e/ou igualdade. Conforme as convicções ideológicas pode se aproximar mais da liberdade ou mais da igualdade.

⁷⁵ *Liberdad, Igualdad y Derecho*, p. 14-16.

⁷⁶ Norberto Bobbio, *Direito e Estado no Pensamento de Immanuel Kant*, p. 116

⁷⁷ Thomas Hobbes, *Leviatã*, p. 111.

⁷⁸ *Idem, ibidem*.

Conforme expôs Norberto Bobbio⁷⁹, existe uma antítese entre a liberdade e a igualdade, no sentido em que não se pode realizar plenamente uma sem limitar fortemente a outra. O desafio, portanto, é estabelecer o limite até onde a liberdade e a igualdade irão ceder prejudicando o mínimo possível uma a outra.

Os valores superiores buscados pelo direito são: a liberdade, a igualdade, a justiça e a dignidade da pessoa humana. Dentre estes, a dignidade da pessoa humana ocupa posição principal sendo que os demais são decorrência desse reconhecimento. A dignidade da pessoa humana não é mera consequência ou reflexo do ordenamento jurídico, ao contrário, tem uma existência prévia a ele.

No direito não existem valores absolutos. Assim sendo, estes, às vezes, devem ceder para não atingir outros igualmente assegurados. Por conseguinte, em determinadas situações, a liberdade de uns deve ser restringida para que não afete a dos demais. Por sua vez, em certos casos, pessoas desiguais devem ser tratadas desigualmente para garantir um certo equilíbrio. A justiça, então, pode ser considerada como o ponto de equilíbrio entre a igualdade e a liberdade. Ela visa alcançar critérios para a solução de casos, harmônica e equilibradamente, sobre uma base racional e ética, respeitando a dignidade do ser humano, disciplinando as relações das pessoas entre si e delas com o Estado.

Mesmo sendo uma expressão vaga, justiça está ligada a idéia de dar o que é devido a quem de direito. De tal direito decorrem:

– *Inafastabilidade da apreciação do Judiciário* – “Art. 5º, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O indivíduo não é obrigado a esgotar a via administrativa para se socorrer do judiciário. A Constituição Federal exige, excepcionalmente, o prévio esgotamento das vias administrativas no caso da justiça desportiva conforme regulado em lei (CF, art. 217, § 1º). Neste caso, a Justiça Desportiva terá o prazo máximo de

⁷⁹ *Liberalismo e Democracia*, p. 39.

sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final (CF, art. 217, § 2º).

– *Acesso à Justiça* – O inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal prevê que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Percebe-se que a lei diz *assistência jurídica* que é muito mais ampla que a *assistência judiciária*. Com efeito, esta última corresponde somente à assistência em um processo judicial. Por sua vez, a primeira engloba a segunda, mas vai além. Com efeito, não é só fornecer um advogado quando a pessoa precisar ingressar com uma ação; compreende esclarecimentos sobre a legalidade de determinada situação e/ou auxílio em todas as vias, mesmo antes do processo em si.

O movimento do acesso à justiça, defendido por Mauro Capelletti⁸⁰, “pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”.

O que se pretende é que o operador do Direito não fique preso à norma posta, usando, tão-somente, um raciocínio dedutivo, em uma posição passiva, aplicando automaticamente a lei ao caso concreto. Precisa ser ampliado o campo de pesquisa para além dos tribunais, usar métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia, da história, da economia etc.

Isto porque, o Direito transformou-se simplesmente na norma posta. Nesta transformação, perdeu os aspectos éticos e morais tornando-se um bem de consumo como qualquer outro existente em nossa sociedade massificada. A lei, destarte, tornou-se um bem de consumo descartável, sendo que quando não é mais conveniente se substitui por outra conforme as circunstâncias de momento.⁸¹

Ademais, os operadores do Direito precisam entender que as técnicas processuais devem servir a funções sociais e eles não

⁸⁰ *Acesso à Justiça*, Trad. Ellen Gracie Northfleet, p. 13.

⁸¹ Cf. José Renato Nalini. *O Juiz e o Acesso à Justiça*, p. 13.

devem estar afastados dos valores da sociedade de seu tempo e do mundo em que vivem. Isto porque, o Direito só existe para ordenar o convívio do homem em sociedade e não é o homem que deve viver em função do Direito.

Mauro Capelletti e Bryant Garth⁸², advertem que o Direito precisa ser simplificado.

"Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns. No contexto do acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico".

Desse modo, é necessária a facilitação do ingresso do cidadão no sistema solucionador de conflitos previsto por nosso ordenamento jurídico. Mas, deve ter-se em vista que os Tribunais não são a única maneira de solucionar as divergências entre os membros da comunidade. Na verdade, deve ser levada justiça aos cidadãos e não, simplesmente, estes à Justiça. É evidente que deve ser utilizado o Judiciário quando não existir outra forma de se solucionar uma controvérsia, mas apenas fazer com que as pessoas nele ingressem sem qualquer assistência, intelectual ou material, ou desconhecendo seus procedimentos ou peculiaridades, não resolve o objetivo do Estado de tornar as relações inter-individuais justas.

Assim, deve se possibilitar que todos os indivíduos possam buscar seus direitos em juízo quando necessário. Todas as pessoas devem ter assegurado o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, direito de pleitear o que deseja, à defesa, à presunção de inocência, a um devido processo legal etc.

O direito de ir a juízo solucionar o conflito ocorrido precisa ser garantido às pessoas que não possuem condições financeiras. Porém, estas pessoas não possuem recursos para arcar com custas judiciais, honorários de profissionais, transporte até o fórum e demais necessidades, além de, muitas

⁸² Ob. cit., p. 156

vezes, sequer ter conhecimento do direito que possuem e da legislação vigente.

José Renato Nalini⁸³ relata experiência existente no Tribunal de Justiça de Paris em que são distribuídos panfletos à população ensinando a litigar ou a obter informações sobre o acesso à justiça. Além desta, outra atividade mencionada é a de vários estados americanos que publicam *booklets*. Existem algumas iniciativas do tipo no Brasil, mas esbarram na falta de orçamento.

Ademais, aqui a dificuldade é ainda maior porque uma grande parte da população sequer sabe ler ou compreender o texto que seja distribuído. Neste papel de esclarecimento dos direitos e meios de se buscar o acesso à justiça, os meios de comunicação possuem um importante papel. Mas, o que se vê, muitas vezes, são informações tendenciosas, conforme a linha editorial de cada órgão de imprensa, tentando induzir a população em determinado sentido, ou seja, somente transmitindo as informações que interessem ao veículo de informação respectivo e com o enfoque que desejam. Além disto, estas informações, com frequência, são utilizadas com interesses políticos, econômicos e até religiosos.

Quando a população não vai buscar seus interesses em juízo, crescem programas rádio-televisivos, que se apresentam como solucionadores de litígios. Programas de gosto, no mínimo, duvidoso em que as pessoas chegam até a vias de fato colocando seus problemas e suas diferenças em rede nacional. Os órgãos de imprensa tentam se substituir ao Estado ao oferecer cadeiras de rodas aos deficientes, teste de DNA a mães solteiras, óculos a carentes, e funcionar como "mediadores" em brigas conjugais ou de vizinhos. Tais programas sem qualquer compromisso social, preocupados somente com o índice de audiência alcançado e, se for preciso, o apresentador instiga

⁸³ Ob. cit., p. 55.

os participantes a se agredirem para alcançar o almejado. Isto, além de não resolver os conflitos existentes em nossa sociedade, muitas vezes os agravam. Pregam o descrédito na Justiça, no Direito e em nossas instituições. Mesmo quando cumprem funções assistenciais, escondem a ineficiência dos órgãos competentes e não se buscam soluções para o problema. Diga-se, ainda, que apenas uma pequena parcela dos necessitados são atingidos pela “boa ação” destes programas e os demais, que não foram selecionados pelas produções respectivas, ficam sem ter a quem pedir ou se contentando com a desgraça alheia.

A respeito, Suely M. Grissanti⁸⁴ menciona pesquisa sobre a imagem do Poder Judiciário que, diante da pergunta sobre “quem ajuda mais a fazer justiça”, 84% dos 200 consultados respondeu que era a mídia e somente 10% que era o Poder Judiciário.

Nos programas televisivos que se intitulam de solucionadores de conflitos se formam filas diante dos estúdios das emissoras visando o atendimento por parte dos comunicadores. Porém, tais programas fornecem a solução apenas para alguns, em especial os que derem maior audiência ou causarem maior repercussão, e deixa de lado a maioria da população.

Mas, conforme dito, o papel dos meios de comunicação de massa é muito importante desde que estes sejam bem utilizados. Programas como o “Linha direta com a Justiça”, da Rádio Bandeirantes de São Paulo, em que integrantes do Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública esclarecem a população de seus direitos com linguagem simples, são bem vindos. Ao divulgar o necessário para o acesso à Justiça não devem somente se limitar a transmitir informações, devem, incentivar, estimular e ensinar as pessoas a pensarem e raciocinarem.

Por outro lado, conforme expõe Marco Antonio Marques da Silva⁸⁵, “além do oferecimento de um serviço social capaz

⁸⁴ “Os Meios de Comunicação e o Acesso dos Cidadãos à Justiça” in: *Acesso à Justiça*, obra organizada por Maria Tereza Sardek, p. 219

⁸⁵ *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*, p. 95.

de atender e compor conflitos sociais, ele deve ser acessível a todo cidadão, isto é, não podem existir obstáculos jurídicos e, principalmente econômicos, a impedir que o cidadão, efetivamente, exerça seu direito de pedir ao Estado, por meio do Poder Judiciário, uma prestação jurisdicional”.

O problema de garantir a todos os cidadãos o efetivo acesso à justiça com os recursos a ele inerentes, se é dificultoso nos países desenvolvidos, no Brasil a dificuldade é muito maior. A respeito, Marco Antonio Marques da Silva⁸⁶, adverte que “enquanto nos países desenvolvidos quando se fala do direito ao acesso à justiça, de sua implementação, está se referindo quase sempre a uma parcela minoritária da população, em especial das minorias étnicas. No Brasil, a exclusão atinge a maioria da população. Atinge até mesmo chamada ‘classe média’, que se vê entre dois obstáculos, que a tornam ainda mais distante do Poder Judiciário: ela não preenche os requisitos exigidos para possa se servir das defensorias e convênios que asseguram assistência jurídica gratuita e não possui aqueles para obter a isenção das custas judiciais, e também não tem poder econômico suficiente que a permita custear uma demanda no judiciário ou obter o acompanhamento de profissionais qualificados”.

A isto, acrescenta-se que, conforme dito, grande parte da população não sabe como ingressar em juízo, não possuem a documentação necessária para isto e não têm os esclarecimentos necessários sobre seus direitos e a legislação vigente.⁸⁷

Se a população se encontra distante do Poder Judiciário, o mesmo se dá com muitos de seus membros em relação à população. O magistrado integra uma elite da sociedade e muitos deles não conhecem, ou fazem que não conhecem, a realidade da população mais carente.

⁸⁶ Ob. cit., p. 96.

⁸⁷ *Idem, ibidem*.

O Ministério Público, por sua vez, precisa rever sua postura, eminentemente formalista, que provoca condenações indiscriminadas, superlotam presídios, e não trazem qualquer retorno social.⁸⁸ Usa-se o *marketing* para passar uma boa imagem para a população (e se preocupa com isto), mas esquece de esclarecê-la sobre o verdadeiro exercício efetivo da cidadania.

A Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, que se enquadra com a previsão constitucional, estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Com efeito, esta assistência compreende isenções de taxas judiciárias e selos, emolumentos, custas e demais despesas judiciais; garantia às testemunhas de não ser descontado de seu salário o dia em que foi prestar depoimento, além dos honorários de advogados e peritos. A pessoa gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, sendo tal necessidade presumida até prova em contrário.

A Constituição Federal, em seu artigo 134, prevê que:

“a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

A Defensoria Pública é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e tem por finalidade a tutela jurídica integral e gratuita, individual ou coletiva, judicial ou extrajudicial, dos necessitados. São seus princípios institucionais: a unidade, indivisibilidade e independência funcional. O Defensor Público é um profissional pago pelo Estado para efetuar a defesa dos necessitados que não tenham condições de pagar um advogado.

Para um efetivo acesso à justiça, além da proteção dos interesses individuais de cada cidadão também é necessária a dos interesses difusos e coletivos. Com efeito, para Hugo

⁸⁸ *Idem*, p. 99.

Nigro Mazzilli⁸⁹ “difusos são os interesses trans-individuais indivisíveis de pessoas indeterminadas, ligadas por circunstância de fato”, enquanto que “coletivos são os interesses trans-individuais indivisíveis de grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por uma relação jurídica básica”.

Em relação ao direito à justiça, na Emenda Constitucional, de 45 de dezembro de 2004, foi acrescentado o inciso LXXVIII no artigo 5º de nossa lei maior, que prevê:

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

Trata-se de uma norma programática, ou seja, um ideal a ser perseguido.

Princípio do juiz natural (artigo 5º, XXXVII e LIII)

A Constituição Federal prevê o princípio do juiz natural, *in verbis*:

“Art. 5º.

XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”

A imparcialidade do Judiciário e a segurança do povo contra o arbítrio estatal encontram no princípio do juiz natural uma de suas garantias indispensáveis. O juiz natural do fato é somente o integrante do Poder Judiciário previamente definido pelas regras de competência. O referido princípio proíbe a criação de tribunais ou juízos de exceção (tribunal criado para julgar o caso após o fato ter ocorrido). Tais previsões visam garantir a independência e a imparcialidade do órgão julgador.

Princípio do devido processo legal (due process of law) – Está previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal:

“Art. 5º

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

⁸⁹ *O Acesso à Justiça e o Ministério Público*, p. 14.

Trata-se do princípio do devido processo legal que se resume em assegurar à pessoa para que ela não possa ser privada de sua liberdade, ou de outros bens a ela relacionados, sem a garantia que pressupõe a tramitação de um processo, segundo forma estabelecida em lei. Esse princípio apresenta-se, conforme expõem Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci,⁹⁰ relativamente ao processo judicial, como um conjunto de elementos indispensáveis para que esse possa atingir a “finalidade compositiva de litígios (em âmbito extrapenal) ou resolutória de conflitos de interesses de alta relevância social (no campo penal)”. Assim sendo, o processo deve seguir, rigorosamente, o que está previsto na lei, sendo proibida a arbitrariedade. Em síntese, o princípio do devido processo legal consagra que uma pessoa só será desprovida de sua liberdade ou de seus bens mediante um processo que siga as disposições previstas em lei.

Tal previsão já existia na Magna Carta de João sem Terra de 1215. Em consequência deste princípio, existem outros como o *do contraditório* e *da ampla defesa*, que também estão previstos na Constituição, *in verbis*:

“Art. 5º

LIV – 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;”

O princípio do contraditório é um dos princípios mais importantes do processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo. Define-se como a possibilidade de participação das partes no processo visando a formação do convencimento do juiz. É o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa. Devido a ele pode-se contrariar a acusação, requerer e acompanhar a produção de provas e manifestar-se em todos os atos e termos processuais aos quais deva estar presente. É a necessidade de sempre ouvir a parte contrária (*audiatur et altera pars*). Tal princípio vincula-se ao

⁹⁰ *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*, p. 19.

processo acusatório. Conforme salienta José Carlos Barbosa Moreira⁹¹, ele designa:

“uma garantia das partes, consistente de um lado, na igual abertura a ambas da possibilidade efetiva de influir no resultado do processo, apresentando razões, discutindo as do adversário, participando da atividade probatória e reagindo contra atos do juiz que lhes contrariem os interesses; de outro lado, na proibição, para o órgão judicial, de determinar providências sem delas dar ciência às partes e de fundar a decisão em fatos ou provas a cujo respeito aquelas não hajam tido a oportunidade de manifestar-se”.

Por sua vez, o princípio da ampla defesa traduz-se na possibilidade de o imputado defender-se amplamente. De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra⁹² no processo são indispensáveis “quer a defesa técnica, exercida por advogado, quer a autodefesa, com a possibilidade dada ao acusado de ser interrogado e de presenciar todos os atos instrutórios”.

Além dos elementos que o próprio réu possa trazer pessoalmente a seu favor, é indispensável a presença de um advogado que realize uma defesa técnica. No processo penal ou em outros casos de direitos indisponíveis, ainda que o acusado não queira, o juiz deve nomear-lhe um defensor. Se for feita uma defesa abaixo do padrão mínimo tolerável, o réu será dado por indefeso e o processo deve ser anulado. Outrossim, o cerceamento do direito de defesa é nulidade processual.

Há, ainda, o princípio da presunção de inocência, prevista no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que estabelece que:

“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Com efeito, a presunção de inocência impede a antecipação dos resultados finais do processo e garante que o acusado não sofra restrições somente pela possibilidade de condenação.

⁹¹ *Temas de Direito Processual*, 5ª série, p. 5.

⁹² *Teoria Geral do Processo*, p. 56.

Nossa Constituição, acolhendo tal princípio, determina que, à exceção da prisão em flagrante, ninguém pode ser preso a não ser mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Na prisão cautelar (prisão temporária, prisão preventiva), não há violação desse princípio, pois se trata de prisão processual e não de imposição de pena. De outra parte, convém lembrar que o réu não tem o dever de provar sua inocência, cabe ao acusador provar a sua culpa, e o juiz, na dúvida, deve absolver o acusado.

Em torno desse princípio houve um profundo debate. Com efeito, os seguidores da Escola Clássica defendida por Carrara “construíram toda sua teoria acerca do processo penal tendo como ponto central de órbita a idéia de presunção de inocência”, visto que a essência do processo penal é a proteção dos indivíduos diante dos infratores. A Escola Positiva, por outro lado, não aceita a presunção de inocência como um princípio absoluto aplicado a todos os casos indistintamente. Para Enrico Ferri, a presunção teria menos força quando se tratasse de criminoso reincidente.⁹³

Por seu turno, Vincenzo Manzini⁹⁴, contrapõe-se totalmente à posição de Carrara, pois esse último entende que o processo penal tutela a inocência, ao passo que ele afirma ser a liberdade individual apenas reflexo da verdadeira finalidade do processo penal, que seria a declaração de certeza de um culpado. Não entende, o autor, que exista uma presunção de inocência em favor do acusado, pois, se assim o fosse, o Estado não deveria sequer processá-lo e, ademais, não haveria como justificar a prisão preventiva. Desse modo, afirma que não se trata de uma presunção, mas sim, no máximo, de uma ficção legal. Ele admite, porém, que “enquanto não seja declarada a certeza das condições que realizem a pretensão punitiva do

⁹³ Cf. Marco Antonio Marques da Silva, *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*, p. 27.

⁹⁴ *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, p. 256.

Estado, não se pode considerar o imputado como penalmente responsável” e, portanto, deve ser tratado como pessoa que está sendo processada, mas cuja responsabilidade ainda não foi declarada certa.

Desse modo, Vincenzo Manzini afirma que não estar certo da culpabilidade da pessoa não significa presumir nem sua inocência nem sua culpabilidade. O imputado naquele momento não pode ser considerado culpado, mas isso não quer dizer que se presume sua inocência.

Marco Antonio Marques da Silva⁹⁵ expõe que o debate acirrado feito pela doutrina italiana possui contornos nitidamente políticos. Afinal, “um processo penal constituído sem ter em conta esse princípio pode servir a um regime político autoritário, enquanto que um processo penal no qual vigesse esse princípio seria totalmente incompatível com um regime autoritário”.

Consagrando o princípio em tela, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos da Organização das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966, em seu artigo 14.2. trouxe a previsão de que “toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presume sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Por seu turno, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, estabeleceu que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

E, por fim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – *Pacto de San José da Costa Rica* – de 22 de novembro de 1969, reconhecida pelo Brasil em 6 de novembro de 1992 – no artigo 8.2. atesta que “toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presume sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

⁹⁵ *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*, p. 30.

Assim sendo, uma pessoa somente poderá ser considerada culpada por uma infração penal, após um processo judicial com todas as garantias processuais inerentes, como o contraditório e a ampla defesa. Somente ao final, caso fique comprovada sua responsabilidade, tendo transitado em julgado uma condenação, é que o indivíduo pode ser reputado como criminoso. Destarte, por mais que existam evidências de culpabilidade de uma pessoa, ela não pode ser tratada como condenada antes de uma declaração judicial irrecorrível, porque, tal *status* somente pode ser atribuído após o processo com os recursos a ele inerentes.

Em síntese, como é possível depreender, a presunção de inocência é um pressuposto fundamental do Estado Democrático de Direito, o qual não pode ser concebido sem a garantia do indivíduo ser tratado como inocente até que se prove definitivamente sua culpabilidade, cujo ônus deve recair sobre quem acusa.

O inciso LX do artigo 5º da Constituição Federal traz o princípio da publicidade, que prevê:

“a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Pois bem, a publicidade é uma garantia do indivíduo sendo imprescindível para o Estado Democrático de Direito. Está profundamente ligada à humanização do processo penal e contrapõe-se ao procedimento secreto que caracteriza o sistema inquisitivo. Todos os atos processuais são públicos e somente, excepcionalmente, esta publicidade pode ser restringida quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Princípio da inadmissibilidade das provas adquiridas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI, CF)

Prova, em sentido jurídico, “representa os atos e os meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados”.⁹⁶

⁹⁶ Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, *Da Prova no Processo Penal*, p. 5, 1994

Alguns “meios de prova” são vedados pelo Direito. Com efeito, são proibidos os meios que atentem contra a dignidade da pessoa humana e, por via de consequência, o Estado Democrático de Direito.

Conforme adverte Manuel da Costa Andrade⁹⁷, a heterogeneidade dos métodos proibidos e, conseqüentemente, a diferenciação e graduação das suas valorações normativas impossibilita um exame dos extensos e diversificados métodos proibidos de prova.

Aliás, como afirma K. Peters⁹⁸, “há métodos proibidos de forma absoluta e face aos quais aquele sacrifício se presume de antemão (perigo abstrato de sacrifício). (...) Já em relação a outros haverá, pelo contrário, de indagar se, em concreto, eles redundam ou não em sacrifício da liberdade de formação e atualização da vontade, da capacidade de memória ou de valoração (atentados concretos à liberdade de declaração).”

Neste caminho, ressalta-se que são proibidos desde a tortura até os mais diversificados meios enganosos. A respeito, Manuel da Costa Andrade⁹⁹, afirma que “não podem suscitar-se dúvidas quanto à proscrição invencível de toda e qualquer forma de tortura”, mas o quadro poderá ser outro em relação aos meios enganosos. Conforme expôs o renomado autor português não que se questione a possibilidade (sequer freqüência) de também aqui ocorrerem situações de manipulação ou degradação das pessoas em termos de pertinência, mas o que não se pode é comparar à rigidez da vedação da tortura.

Vários meios enganosos que não devem ser admitidos no processo penal podem ser mencionados. Com efeito, Manuel da Costa Andrade¹⁰⁰, lembra alguns como os chamados “ho-

⁹⁷ *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 219.

⁹⁸ *Strafprozess*, p. 312/3, *apud* Manuel da Costa Andrade, *ob. cit.*, p. 212.

⁹⁹ *Ob. cit.*, p. 210.

¹⁰⁰ *Ob. cit.*, p. 220 e s.

mens de confiança" (testemunhas que colaboram com agentes da persecução penal sob promessa de confidencialidade de identidade e sigilo das informações); reproduções mecânicas gravações e fotografias ilícitas; escutas telefônicas etc.

A gravação ambiental pode ser clandestina (quando desconhecida por um ou por todos interlocutores) ou autorizada (com a concordância destes ou com ordem judicial). As gravações clandestinas são ilegais, pois ofendem a privacidade e/ou a intimidade do indivíduo. Com efeito, a gravação clandestina feita por terceiros já é, por si mesma, ilícita. Mas, a gravação feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, pode ser válida, desde que esteja presente situação de relevância jurídica. A respeito, Eugênio Pacelli de Oliveira, expõe que "não se poderia inquirir de ilícita a prova obtida pelo interlocutor na defesa de seus direitos, eventualmente em risco, e cuja produção, potencialmente, poderia ser realizada por tal prova".¹⁰¹

A Constituição Federal, como cláusula pétrea, por se tratar de direito fundamental do homem, em seu artigo 5º, XII, dispõe que "é inviolável o sigilo da correspondência 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". Neste caminho, a Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996, trouxe a regulamentação de tal previsão constitucional. Com efeito, a redação da lei em referência não foi das mais felizes, o que vêm se tomado praxe nas nossas legislações mais recentes. Em inúmeros pontos permanecem dúvidas sobre a constitucionalidade ou não de certos dispositivos, além de sutilezas gramaticais que permitem interpretações dúbias, eivaram a lei desde sua promulgação. Entretanto, o que não resta dúvida é que, para a interceptação telefônica, deve haver autorização judicial, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, sendo que a mesma só será admitida quando: houver indícios razoáveis da autoria ou

¹⁰¹ *Idem*, p. 301.

participação da pessoa no evento; a prova não puder ser feita por outro meio; e se tratar de crime punível com reclusão.

Além disso, com o objetivo de punir quem viole as comunicações telefônicas afora as hipóteses legais, trouxe, em seu artigo 10, a previsão de crime, punível com reclusão de dois a quatro anos, o fato de "realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei"

A prova produzida em processo distinto também não deve ser admitida, pois sua introdução viola o contraditório. É que como as partes podem ser diferentes não puderam se manifestar sobre o conteúdo ali contido. E mais, mesmo se as partes forem as mesmas, em tese, não se estava indagando sobre os fatos discutidos neste novo processo.

Parte da doutrina do processo penal distingue provas ilícitas de provas ilegítimas. Com efeito, "provas ilícitas seriam aquelas com violação ao direito material, enquanto as provas ilegítimas receberiam tal definição por violarem normas de Direito Processual".¹⁰² Seja com for, tanto uma quanto a outra são inadmissíveis no processo e na nova redação do Código de Processo Penal tais situações são tratadas indistintamente.

Pois bem, conforme visto, existem regras processuais previamente estabelecidas para se chegar à apuração dos fatos. A previsão das normas processuais cabíveis é uma garantia do cidadão em face do Estado, para que se sejam evitados abusos e arbitrariedades. Na inquisição o Poder Estatal podia tudo, ou quase tudo, mas, em um Estado Constitucional de Direito, as regras devem ser claras para que o indivíduo não seja desrespeitado em sua intimidade e individualidade.

Desse modo, permitir uma desobediência a estas regras legais estabelecidas, em nome de um suposto interesse público maior, seria criar um perigoso precedente em que prejudicada

¹⁰² Eugênio Pacelli de Oliveira, ob. cit., p. 318.

seria a própria coletividade. Principalmente se retornarmos ao período de “*caça às bruxas*”.

Assim, para que as evidências colhidas durante a instrução criminal sejam válidas, é necessário que tenham sido obtidas por meios lícitos, pois, conforme visto, a Constituição veda a utilização das provas adquiridas por modo não admissível.¹⁰³

A respeito, Rogério Lauria Tucci¹⁰⁴, afirma que:

“para a **garantia da plenitude da defesa** seja uma realidade, ao **direito à informação e atuação**, e ao **contraditório**, deve ser somado o **direito à prova**, mais especificamente o **direito à prova legitimamente obtida ou produzida**, que, por certo, se faz insito à **contraditoriedade da instrução criminal**”. (Grifos do autor).

Destarte, para que a prova seja considerada idônea ao fim a que se destina, imprescindível é que seja produzida lícitamente. Aliás, é o que vem estampado enfaticamente no artigo 5º, LVI da Constituição Federal.

Rogério Lauria Tucci¹⁰⁵ chega até a afirmar que a prova obtida por meios ilícitos não deveria ser admitida no processo penal, em hipótese alguma, pois entende que, “uma vez conseguidas ou produzidas por outros meios que não os estabelecidos em lei, e, ainda, moralmente ilegítimos, por maior que seja a importância do direito individual a ser preservado, não têm elas como ser levadas em conta pelo órgão jurisdicional incumbido de definir a relação jurídica penal submetida à sua apreciação”.

De outra parte, Edgard Silveira Bueno Filho¹⁰⁶, admite o uso de provas obtidas ou produzidas por meios ilícitos, excepcionalmente, desde que:

¹⁰³ Edgard Silveira Bueno Filho, *O Direito à Defesa na Constituição*, 1994, p. 54.

¹⁰⁴ *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, 1993, p. 226.

¹⁰⁵ Ob. cit., p. 238.

¹⁰⁶ Ob. cit., p. 54.

1 – “a prova a ser feita valer seja indispensável na defesa de um direito constitucional mais encarecido e valorizado pela Lei Maior do que aquele cuja violação se deu (...)”

2 – “(...) a produção desta prova se faça na defesa do réu e não a favor do Estado, entendido este como autor da ação penal (...)”

3 – “ (...) quando aquele que exhibe não teve nenhuma participação, quer direta ou indireta, no evento inconstitucional que a ensejou.”

Márcio Gaspar Barantier¹⁰⁷, em artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais número 2, sustenta que a prova obtida por meios ilícitos pode ser admitida para a defesa desde que o interesse no aproveitamento seja maior do que aquele que originou a vedação, afirmando que, entretanto, que:

“a acusação não pode se valer de provas obtidas por meios ilícitos, em hipótese alguma”.

A isto, acrescenta,

“em primeiro lugar porque, neste conflito, o interesse individual prevalece sobre o interesse coletivo na apuração de crimes, e a norma constitucional é clara neste sentido. E, em segundo lugar, o **aproveitamento destas provas pelo Estado – leia-se titular da ação penal – constitui a utilização oficial de produto de crime, assim como o receptor, que adquire mercadoria que sabe ser roubada, conduta incompatível com a função de aplicar a lei e promover a justiça**”¹⁰⁸ (Grifo nosso).

Na verdade, o interesse coletivo não é prejudicado, pois a decisão a favor do acusado não é contra a sociedade, ao contrário, é em seu favor, isto porque, é de interesse social de que só se condene alguém com provas robustas e que o Estado use os meios legais para a obtenção das mesmas.

Márcio G. Barantier¹⁰⁹ lembra, ainda, que “os expedientes repugnantes continuam a ser utilizados pelos órgãos de repres-

¹⁰⁷ RBCCrim 2/74

¹⁰⁸ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁹ Ob. cit., p. 76

são à criminalidade. As torturas existem, as violências físicas, principalmente contra os desassistidos, são até comuns e as escutas telefônicas clandestinas são corriqueiras. Não é raro a polícia se aproveitar de provas conseguidas ilícitamente para 'fabricar' provas legais compondo, de forma aparentemente lícita e legítima, a verdade que lhe interessa demonstrar. As tão propaladas 'denúncias anônimas' p. ex., utilizadas de forma absurda, servem, normalmente, como justificativa para encobrir inconfessáveis práticas durante as investigações. (...) Outro aspecto prático relevante é o convencimento do juiz. Até que ponto a prova ilícita, ainda que fulminada pela nulidade tem influência na decisão dos magistrados? (...)".

Por fim, conclui o autor, que as provas ilícitas são vedadas no processo penal, salvo quando essenciais na defesa do acusado, mas que a proibição legal por si, não é suficiente, devendo ser conscientizados Juizes, Promotores, Advogados e Policiais, sobre a importância de se proteger a intimidade e a integridade da pessoa.¹¹⁰

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho¹¹¹, ao comentar a inadmissibilidade no Processo Penal das provas obtidas por meios ilícitos, afirmam, que "a doutrina e a jurisprudência de diversos países oscilaram, durante algum tempo, quanto à admissibilidade processual das provas ilícitas. Da posição inicial, que admitia a prova relevante e pertinente, preconizando apenas a punição do responsável pelo ato ilícito (penal, civil ou administrativo) praticado na colheita ilegal da prova, chegou-se à convicção de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos apurados, uma vez que se submete ela ao conceito de inconstitucionalidade, por vulnerar normas ou princípios constitucionais - como, por exemplo, a intimidade, o sigilo

¹¹⁰ *Idem ibidem*.

¹¹¹ *As Nulidades no Processo Penal*, 1994, p. 114.

das comunicações, a inviolabilidade de domicílio, a própria integridade e dignidade da pessoa."

Mais adiante, entretanto, os referidos autores, com base na proporcionalidade, que consiste na escolha de um dos valores postos em jogo diante do caso concreto, reconhecem a possibilidade da utilização destas provas, no Processo Penal, apenas se elas forem favoráveis ao acusado.

- *outras disposições sobre o processo penal:*

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

A Constituição Federal reconhece, no artigo 5º, inciso XXXVIII, a instituição do Júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, consumado ou tentados e as infrações penais conexas.

- *Proibição de prisão por dívidas:*

O inciso LXVII do artigo 5º prevê que:

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

4.2.7. Direito à Propriedade

Propriedade consiste no direito de usar, fruir e dispor de um bem, assim como reivindicá-lo contra quem injustamente o possui. A ordem econômica tem como princípios básicos o da propriedade privada e o da função social da propriedade. Existem vários tipos de propriedade, como por exemplo, à propriedade intelectual.

O artigo 5º da Constituição Federal dispõe ainda que:

"XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

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

A desapropriação pode ocorrer por necessidade e utilidade pública ou para fins de reforma agrária. Na utilização desse instrumento político positivo, o Estado-Expropriante deve respeitar as garantias constitucionais básicas do particular-expropriado. Pode ocorrer desapropriação sem indenização, é o caso de terras usadas para plantação de entorpecentes.

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

Direito de Requisição: a constituição federal prevê a possibilidade de a autoridade competente utilizar propriedade particular em caso de iminente perigo público, sempre resguardado ao proprietário o direito à posterior indenização, caso lhe tenha havido dano.

XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhe 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;

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

A Constituição Federal prevê, no inciso XXVII de seu artigo 5º, o direito de propriedade imaterial, uma vez que protege os direitos sobre a utilização, publicação ou reprodução de obras artísticas, intelectuais ou científicas.

A propriedade intelectual também é garantida pela Constituição, sendo transmissível aos herdeiros, pelo tempo que a lei fixar (artigo 5º, XXVII e XXVIII, da CF)

XXX – é garantido o direito de herança;

A Constituição Federal assegura direito de herança e o direito à sucessão. O direito à herança consubstancia-se em

verdadeiro corolário ao direito de propriedade, uma vez que o reafirma, mesmo após a morte do titular dos bens, com a consequente transmissão a seus herdeiros.

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;

A presente norma constitucional protege os herdeiros brasileiros em relação à sucessão de bens de estrangeiros situados no País, determinando a aplicação da lei que lhes seja mais favorável.

4.2.8. Inviolabilidade Pessoal

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, garante:

“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 seguintes termos:

(...)

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

(...)

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

(...)

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 esportivas” .

A Constituição Federal de 1988 consagrou em seu artigo 5º, inciso X, que são invioláveis a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem da pessoa.

Vida privada

Alguns entendem que o termo *vida privada* é sinônimo de *intimidade*. Nesse sentido, Pedro Frederico Caldas¹¹², defende que nossa constituição, ao usar as expressões *intimidade* e *vida privada*, quis, ao não usar apenas uma das expressões, ser o mais abrangente possível, impedindo, desse modo, que divisões de conceitos pela doutrina limitassem a proteção constitucional da vida das pessoas.

De outra parte, Edilsom Pereira de Farias¹¹³, citando Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Darcy de Arruda Miranda, entende que deve ser separada a vida privada da vida íntima. Assim sendo, podem existir fatos da vida de negócios da pessoa que constituem aspectos de sua vida privada, mas não são de sua vida íntima. Destarte, a vida íntima (ou intimidade) é apenas uma das esferas da vida privada. Mas, de qualquer forma, tanto uma quanto a outra são protegidas constitucionalmente como um direito inviolável do cidadão.

Intimidade

Intimidade é o modo de ser da pessoa, que consiste em excluir do conhecimento das demais o que se refere somente a ela. O direito à intimidade significa que, em determinadas situações, o indivíduo deve ser deixado em paz, sendo controlada a indiscrição alheia nos assuntos particulares que só a ele interessa. Compreende o direito de estar só e à autonomia privada. A esse respeito, Paulo José da Costa Jr. expõe:¹¹⁴

“poder-se-ia falar numa intimidade exterior e outra interior. Aquela, de natureza psicológica, é estabelecida pelo indivíduo em meio ao burburinho da multidão. Mesmo imerso

¹¹² *Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral*, 1997, p. 42.

¹¹³ *Colisão de Direitos*, p. 147

¹¹⁴ Luiz Vicente Cemicchiaro e Paulo José da Costa Jr., *Direito Penal na Constituição*.

no tumulto coletivo, o homem se isola. Alheia-se, mesmo estando em companhia. Rodeado e só. Presente e ausente, decretando-se alheio e impenetrável as solicitações dos que o rodeiam.

A intimidade interior reveste-se de natureza física e material. O indivíduo afasta-se da multidão, recolhendo-se ao seu refúgio, para descer às profundezas de sua alma e sair em busca de seu ser. Nada impede, entretanto, que o solitário físico venha a manter contato com a vida social, através dos meios de comunicação de que disponha. (...)”

Enfim, deve ser garantido à pessoa o direito à sua intimidade, à privacidade e ao segredo do que não quiser compartilhar com a comunidade.

Honra

Além da disposição constitucional já referida que assegura o direito à honra, a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica*, em seu artigo 11, consagra:

“1. toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.”

A preocupação em proteger a honra dos indivíduos já estava presente nas leis de Manu e, na Grécia antiga, na legislação de Sólon.¹¹⁵ Trata-se de um valor da própria pessoa que se apresenta em dois aspectos, a saber: a honra subjetiva e a honra objetiva. Com efeito, Aníbal Bruno¹¹⁶ expõe:

“de um lado, a honra manifesta-se como estima em que o indivíduo tem a si mesmo, o sentimento pessoal da própria

¹¹⁵ Cf. Néelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, vol. VI, p. 34.

¹¹⁶ *Direito Penal*, Tomo IV, p. 269.

dignidade. De outro lado, apresenta-se como a consideração e o respeito que o cerca no meio em que vive, a sua reputação, que ele conquista pela soma de valores sociais, éticos e jurídicos, segundo os quais ele dirige o seu comportamento na vida.

Ricardo C Nuñez¹¹⁷ considera-a um bem da personalidade, penalmente protegido, entendida como a soma das qualidades físicas, morais, jurídicas, sociais e profissionais, valiosas para a comunidade, atribuídas às pessoas. Por sua vez, Adriano de Culpis¹¹⁸ a entende como “a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa”.

Hirsch¹¹⁹ expõe que sendo a honra um integrante da dignidade humana, deve ser entendida como o prestígio de uma pessoa baseado em sua integridade moral e na ausência de deficiências humanas elementares: é um “valor que a pessoa apresenta à luz de valores que para ela são determinantes”. Desse modo, a honra está sempre ligada à reputação, à dignidade e à estima do indivíduo, seja por ele próprio (honra subjetiva) ou no seio da comunidade (honra objetiva).

A imagem

Existem duas espécies de imagem: a decorrente exteriorização física do indivíduo e a que se refere ao atributo da pessoa em suas relações sociais. Por isso, Luiz Alberto David Araújo¹²⁰ classificou-as, respectivamente, em “*imagem-retrato*” e “*imagem-atributo*”.

A imagem-retrato é a reprodução ou representação dos aspectos físicos das pessoas (traços fisionômicos, rosto, corpo, parte do corpo, atitudes, gestos, sorrisos, voz etc.), que pode ser obtida por diferentes processos, como pintura,

¹¹⁷ *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*, p. 99.

¹¹⁸ *Apud* Edilson Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 134.

¹¹⁹ *Apud* Tadeu Antonio Dix Silva, *ob. cit.*, p. 161.

¹²⁰ *A Proteção Constitucional da Própria Imagem*, p. 17-18.

fotografia, escultura, desenho, máscaras, televisão, radiodifusão, entre outros. A imagem-atributo é consequência da vida em sociedade: “O homem moderno, quer em seu ambiente familiar, profissional ou mesmo em suas relações de lazer, tende a ser visto de determinada forma pela sociedade que o cerca”. Para o autor citado, então, “a imagem não se restringe apenas ao retrato, como já anotado acima. A imagem tem novo conceito decorrente do desenvolvimento das relações sociais”¹²¹

Ele ressalta, ainda, que a imagem-atributo não se confunde com a honra. Podem ocorrer situações em que a imagem-atributo da pessoa é lesada sem, no entanto, lhe ferir a honra. Por exemplo, é citado o caso de um advogado que pode ser conhecido em seu meio social como um grande defensor de latifundiários e grandes capitalistas, mas alguém atribui a ele a qualidade de ser sensível às causas sociais e interesses dos menos favorecidos. É evidente que sua imagem-atributo foi atingida sem que, com isso, sua honra tenha sido lesada. Ao contrário, pode até ser considerada honrada sua atitude, mas fere a imagem que o caudículo quis passar por toda sua vida.¹²²

Os direitos à imagem, à intimidade e à vida privada, sendo decorrentes da personalidade são garantidos em um Estado Democrático de Direito. Todavia, como qualquer outro, também sofrem limitações decorrentes da ordem pública e de outras razões. Lembramos que, muitas vezes, o interesse social deve prevalecer ao interesse individual.

Luiz Alberto David Araújo¹²³, afirma que caso típico de limite ao direito de imagem – e, acrescentamos, assim como aos demais direitos da personalidade – é a segurança nacional.

¹²¹ Luiz Alberto David Araújo, *A Proteção Constitucional da Própria Imagem*, p. 31

¹²² *ibid.*, p. 35.

¹²³ *A Proteção Constitucional da Própria Imagem*, p. 95

"O indivíduo não pode pretender se opor à publicação da sua imagem, se o bem mais amplo que será sacrificado é maior, e causará prejuízo bem mais amplo do que aquele que teria o indivíduo com a violação de sua imagem. A publicação de imagem de determinado indivíduo que afeta a segurança nacional, ou mesmo a manipulação de arquivos fotográficos, desde que relacionados logicamente com o bem protegido, não poderá ser objeto de oposição do indivíduo".

Outro caso que pode ser mencionado ocorre na hipótese de interesse da ordem ou da segurança pública. A fotografia tirada pela polícia para a identificação do indivíduo ou mesmo a de arquivos públicos, o nome, o retrato falado ou as características da pessoa podem ser divulgadas no caso de, por exemplo, um perigoso bandido foragido ou procurado pelos agentes responsáveis pela persecução criminal. Evidentemente, não devem ocorrer abusos. Nos casos em que não haja condenação definitiva não se pode tratar a pessoa como se condenada fosse, ofendê-la gratuitamente com adjetivos pejorativos ou aproveitar a divulgação de sua imagem, intimidade ou privacidade apenas para a busca de maior audiência de um programa, sem que exista, de fato, qualquer interesse público nisso.

Decisão interessante na mesma direção ocorreu na Alemanha, no chamado *Caso Lebach* (*Der Soldatenmord von Lebach*). Um dos envolvidos em grave crime de homicídio, em pedido de medida liminar, pleiteava a não divulgação de um documentário sobre o evento por um canal de televisão (*Zweites Deutches Fernsehen - ZDF*), alegando que o filme lesaria seus direitos de personalidade e dificultaria sua ressocialização. Ao analisar o conflito entre o direito de imprensa e os direitos de personalidade, a Corte Constitucional alemã, em 5 de junho de 1973, decidiu que a divulgação despropositada do crime, após transcorrido um certo tempo de sua ocorrência e os responsáveis terem sido punidos, não atenderia mais aos interesses de informação naquele momento e realmente colocaria em risco a ressocialização do autor. Desse modo, foi proibida a exibição do programa.¹²⁴

¹²⁴ Cf. Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 95

De fato, não se justifica publicar e divulgar, desnecessariamente e sem a concordância do(s) envolvido(s), a fotografia ou imagem de um condenado que já tenha recebido sua pena ou que não ofereça perigo ou ameaça à ordem pública. O réu não pode ficar inteiramente privado desse seu direito à imagem fora de situação imprescindível e diretamente relacionada com o delito, ele pode se opor à divulgação de sua fotografia. No entanto, ainda que essa garantia seja reconhecida, Edilson Pereira de Farias¹²⁵ lembra que:

"no Brasil é comum observar-se o lamentável espetáculo de pessoas apontadas como autoras de infrações à lei procurando desesperadamente fugir das câmeras de televisão ou detentos coagidos para ser filmados nas celas das delegacias de polícia. Verifica-se semelhante procedimento vexatório na imprensa escrita, principalmente em jornais 'criminosos', às vezes, *seminus*. Porém, fotografar ou filmar pessoas detidas ou suspeitas de perpetrarem infrações à lei, sem o consentimento das mesmas, além de constituir violação do direito à imagem daquelas pessoas, expõe ainda à execração pública cidadãos que, geralmente, não foram julgados e condenados por sentença transitada em julgado, sendo pois presumivelmente inocentes (CF, art. 5º, LVII)".

Uma outra limitação ocorre ainda no caso de divulgação de imagem, a qual se refere à certa tolerância com a divulgação de atos da vida privada de pessoas públicas, já que em razão do papel que exercem na sociedade – político, artístico, esportivo ou outro qualquer – geram notícias que interessam a todos. Sua privacidade e intimidade despertam o interesse da população em geral e, pelo fato de buscarem fama ou repercussão na sociedade, entende-se que elas abriram mão de parte dessas garantias. É preciso, entretanto, não as aniquilar totalmente, pois é evidente que devem guardar consigo um resíduo inatingível. Adriano de Culpis, citado por Edilson Pereira de Farias¹²⁶, fundamenta esse argumento ao afirmar que:

¹²⁵ Cf. *Colisão de Direitos*.

¹²⁶ *Colisão de Direitos*, p. 143

"o direito à intimidade oferece uma maior proteção aos cidadãos comuns que aos homens públicos ou pessoas célebres, porquanto estes voluntariamente se expõem ao público, tendo que abdicar em parte de sua intimidade como preço da fama ou prestígio granjeados. Todavia, ressalte-se que as pessoas públicas sofrem uma limitação e não uma supressão de sua intimidade. Esta subsiste naquelas hipóteses em que sua divulgação adentra na esfera íntima da intimidade".

Por sua vez, pessoas célebres sofrem, igualmente, certa restrição em seu direito à imagem e à privacidade. Nessa hipótese, além dos artistas e homens públicos já citados, incluem-se, vítimas de desgraças, tragédias, desastres e crimes graves que tiveram grande repercussão na sociedade.

Também pessoas comuns que participam ou participaram de acontecimentos de interesse público ou realizados em público, tais como tumultos populares, greves, incêndios, espetáculos artísticos ou esportivos, cedem, até certo ponto, parte de seus direitos da personalidade. Portanto, alguém que participou de eventos como estes, a título de espectador secundário, não poderia opor-se à divulgação de sua imagem.

No caso de interesse científico, histórico, didático ou cultural, outrossim, há uma limitação nos mencionados direitos da personalidade. Além disso, nas situações em que a saúde pública seja atingida, pode-se cogitar o sacrifício dessas garantias. Por exemplo, no caso de uma pessoa que possui uma doença grave e contagiosa e circula, normalmente, pelas ruas, a população deve ser informada.

Por fim, quando houver consentimento do interessado, desde que se trate de um bem disponível, também não há de se falar em lesão aos direitos de imagem, vida privada e intimidade. O consentimento dado em determinado contexto, porém, apenas autoriza a divulgação da forma como o fato ocorreu.¹²⁷

¹²⁷ A respeito, Pierre KAYSER in: *La Protection de la vie privée par le Droit*, à fl. 128 e s., afirma: "a apresentação de uma pessoa ao público é frequentemente precedida de uma autorização dela para aquele que a apresenta, escritor, jornalista, cineasta, realizador de reportagem radiofônica ou televisiva. É preciso admitir, devido à força obrigatória das convenções,

4.3. Direitos Coletivos

Conforme menciona José Afonso da Silva¹²⁸, durante a elaboração da Constituição houve forte tendência de abrir um

que a pessoa que se apresenta ao público, em princípio, deve ser apresentada tal como ela mesma se apresenta àquele que a entrevista ou fotografa. Mas a aplicação desta regra é difícil, porque o registro da proteção exata do consentimento raramente é precisado. Ela não é consignada por escrito e, freqüentemente, está sujeita a um mal entendido no ponto de partida: a pessoa intervém com fotografias antigas que foram obtidas em ocasiões que não era relacionada ao presente momento e apresentam-se ao público de maneira mais favorável à linha editorial, e aquela interferência com a fotografia entende-se reservar à liberdade de se referir deformando esta apresentação. Ela se dispõe a este fim para prejudicar a apresentação com técnicas de perfeição que quebra, diversas vezes, o proposto. Acontece o mesmo quando a entrevista não tem por objeto obter a apresentação de uma pessoa ao público, mas sua opinião sobre uma outra pessoa, sobre um evento, ou um sujeito qualquer. A jurisprudência se esforça em conciliar a liberdade de comunicação e expressão com o respeito de identidade das pessoas e suas opiniões. Ela tem, assim, tendido a admitir que a entrevista dá lugar a um contrato em que, a parte de estipulações particulares é submetida a regras próprias: 1. O entrevistador tem o direito de utilizar livremente os elementos sonoros e visuais, dado o estilo que lhe é próprio, para apresentar o entrevistado para seu público. O primeiro é, então, em princípio investido do direito de autor sobre a obra que ele realizou em decorrência da entrevista. 2. O entrevistado não manifesta seu consentimento sobre a publicação da entrevista. O contrato de entrevista não dá ao entrevistado o direito de reter a utilização livre da mesma por parte do entrevistador, pois ela tornaria impossível para a realização da obra deste. Mas o entrevistado pode subordinar seu consentimento à publicação após o exame da utilização que foi dada. 3. O entrevistador, freqüentemente, assume a obrigação de não desvirtuar a apresentação que o entrevistado fez de sua pessoa ou de sua opinião. Ele não pode, particularmente em determinados casos, alterar esta apresentação pela escolha da ordem pela qual são apresentados testemunhos de personalidades que têm opinião diversa. O entrevistado pode, para verificar se não é assim, exigir uma projeção de controle dos filmes, nos quais ele atua. O entrevistador, publicando declarações espetaculares e provocantes, assume a carga de verificar a autenticidade das declarações e ele deve, em seguida, proceder à entrevista, assegurando esta prova quando as notas manuscritas não são suficientes".

¹²⁸ Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 258.

capítulo específico para os direitos coletivos. Neste, seriam arrolados os direitos de reunião, de associação, de culto, de organização sindical etc. Porém, a relatoria eliminou o tal capítulo e passou a intitular o capítulo dos direitos individuais de “direitos e deveres individuais e coletivos”. Mas, nem todos os direitos coletivos foram ali incluídos. Com efeito, por exemplo, os direitos de organização sindical e de greve estão no capítulo dos direitos sociais e os direitos ao meio ambiente, à identidade histórica e cultural encontram-se no capítulo da ordem social. De qualquer forma, encontram-se previstos e prestigiados em nossa Constituição Federal.

4.3.1. Associação Profissional ou Sindical

O exercício da liberdade sindical segue regras postas pela própria Carta Magna e encontra alguns limites, conforme prevê o artigo 8º, que podem ser resumidos da seguinte forma:

- não interferência do poder público (inciso I);
- vedação de criação de mais de um sindicato na mesma base territorial (inciso II);
- possibilidade de imposição de contribuições, que podem ser de duas ordens: (a) a *confederativa* (ou assistencial), que não é compulsória e somente pode ser cobrada por autorização do trabalhador; (b) e a *sindical*, prevista no final do inciso, que é de pagamento obrigatório mesmo para os não filiados ao sindicato, instituída para a subsistência e a garantia de independência dos sindicatos, tendo o STF já se pronunciado pela recepção do artigo 578 da CLT pela Constituição atual (inciso IV);
- não obrigatoriedade de filiação a sindicato (inciso V);
- estabilidade dos líderes sindicais (inciso VIII).

4.3.2. Direito de Greve

Além dos direitos acima referidos, para garantir a plenitude de exercício dos direitos sociais está garantido o direito de greve. Com efeito, este pode ser conceituado como o direito de imunidade do trabalhador que interrompe suas atividades laborais para viabilizar determinada reivindicação.

O movimento de greve pode incluir: piquetes, passeatas, panfletagem, propaganda, coleta de fundos, operação “padrão”, cumprimento estrito do dever, não colaboração ou qualquer outra atividade ou situação que tenha o escopo de pressionar os empregadores para atender as reivindicações dos trabalhadores. Porém deve, sempre, ter caráter pacífico e sofre as limitações previstas no artigo 8º, § 1º, da Constituição Federal. É um direito auto-aplicável, não podendo ter o seu alcance reduzido pela lei ordinária fora dos casos previstos na própria Carta Magna. No funcionalismo público, o direito de greve depende de lei para ser exercido, conforme a interpretação do inciso VII do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

4.4. Direitos Sociais

4.4.1. Considerações Iniciais

Direitos sociais são os direitos do indivíduo e da coletividade que estão relacionados às prestações positivas do poder público nas áreas econômica e social, que tenham por objetivo a melhoria das condições de vida e de trabalho da sociedade.

No Brasil, a primeira Constituição a cuidar dos direitos sociais foi a Constituição Federal de 1934. A proteção social em nosso país passou por diversas fases até chegar a sua maior representação na atual Constituição Federal de 1988.

Nossa atual Constituição cuida dos direitos sociais em seu Título II, especificamente no artigo 6º quando os enumera de forma genérica. Nos artigos 7º a 11 encontram-se os funda-

mentos sobre os direitos dos trabalhadores, urbanos e rurais. Em breve síntese, podem ser mencionados os seguintes dispositivos constitucionais que tratam dos direitos sociais: Direitos dos trabalhadores: artigos 7º a 11; direitos da seguridade social (saúde, previdência e assistência social): artigos 193 a 204; direitos referentes à educação, cultura e desporto: artigos 205 a 217; direito do meio ambiente: artigo 225; direitos relativos à família, criança, adolescente, idoso e pessoas portadoras de deficiências: artigos 226 a 230; direitos dos índios: artigo 231.

Neste caminho, conforme previsto no artigo 196 da Constituição Federal, “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Para ter acesso a tal direito fundamental, não é necessária filiação e tampouco contribuição para o seu custeio. Das previsões constitucionais pode ser extraído o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento.

As prestações referentes à saúde são realizadas por meio de serviços, vez que não existe a previsão do pagamento de benefícios. Para estes últimos existem a assistência social e a previdência social, ambos também espécies do gênero seguridade social. As ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada que compõem um sistema único.

O Sistema Único de Saúde – SUS deve executar ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica. Assim sendo, o Poder Público, além do atendimento médico-hospitalar deve fornecer medicamentos a quem não tiver condições para adquiri-los. Em sua omissão, é evidente que o usuário do serviço pode procurar as vias judiciais para garantir seus direitos.

Conforme afirma Alessandra Gotti Bontempo¹²⁹, tradicionalmente os direitos sociais enfrentam uma série de obstáculos para serem exigidos judicialmente. Com efeito, ao examinar os principais argumentos contrários, a autora identifica principalmente quatro, quais sejam: sua desqua-

¹²⁹ *Direitos Sociais à Luz da Constituição de 1988*, p. 263 e s.

lificação como direitos públicos subjetivos; a separação de poderes; a discricionariedade administrativa e a necessidade de previsão orçamentária.

Entretanto, conforme abordado na obra referida, tais fatos não impedem sua jurisdicionalidade. Isto porque, os direitos sociais não podem ser vistos como meras normas programáticas. Não basta apenas reconhecer formalmente um direito sem o obedecer e dar meios de exigência. Outrossim, em um Estado Democrático de Direito, existe um sistema de freios e contrapesos em que um Poder deve intervir no outros quando este não cumpre sua função e isto não quer dizer que um interfere no outro, ao contrário é exatamente desta forma que se chegará ao equilíbrio entre eles, sempre um respeitando o outro. Por sua vez, quanto ao respeito do mérito administrativo, é preciso ressaltar que tal fato não dispensa o controle da legalidade e mesmo do exame da razoabilidade da decisão sobre conveniência e oportunidade.

Por fim o maior obstáculo parece ser a existência de recursos orçamentários, pois estes são finitos. Porém, conforme afirma Lúcia Vale Figueiredo¹³⁰:

“o orçamento não é uma peça livre para o administrador. Há valores que são priorizados pelas Constituições Federal e Estadual. Aqui, também por vezes, o administrador não tem qualquer discricionariedade, pois, do contrário, seria o lícito o poder de negar, pela via transversa, a escala de prioridades e de urgência que (...) foi constitucionalmente fixada.”

Luís Roberto Barroso¹³¹, ao analisar a questão de fornecimento de medicamentos, que são direitos sociais, chega às seguintes conclusões:

¹³⁰ *Ação Civil Pública – Gizamento Constitucional*, p. 498, apud Alessandra Gotti Bontempo, ob. cit., p. 291.

¹³¹ Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, disponível no site http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582.

"A) As pessoas necessitadas podem postular judicialmente, em ações individuais, os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público e, nesse caso, o réu na demanda haverá de ser o ente federativo — União, Estado ou Município — que haja incluído em sua lista o medicamento solicitado. Trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado, a rigor já tomada jurídica.

B) No âmbito de ações coletivas e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas — de ordem médica, administrativa e orçamentária — competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

C) Nas discussões travadas em ações coletivas ou abstratas — para a modificação das listas — o Judiciário só deve deferir que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos."

4.5. Direito de Nacionalidade

A nacionalidade é um direito fundamental. É um vínculo jurídico de um indivíduo em relação a um Estado. O nacional pode ser nato (nacionalidade primária ou originária) ou naturalizado (nacionalidade secundária ou adquirida).

A nacionalidade primária pode se originar de dois critérios: *jus soli* (territorial) ou *jus sanguinis* (ascendência). O primeiro critério leva em consideração o nascimento no território de determinado Estado. O segundo, da ascendência. A CF/88 adotou ambos os critérios, combinando-os.

Brasileiro é o gênero do qual existem duas espécies: brasileiro nato (nacionalidade originária) e brasileiro naturalizado (nacionalidade adquirida). Se a Constituição Federal faz referência genérica abrange os dois.

Será brasileiro nato:

— os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros (território, navio de guerra, mar territorial — 12 milhas [*jus soli*]). Não será brasileiro quem nascer no Brasil de pais (ambos) estrangeiros e um deles esteja a serviço do país de origem. Se um dos pais forem brasileiros o filho é brasileiro também.

— o nascido no estrangeiro de pai ou mãe brasileira, desde que qualquer um deles esteja a serviço do Brasil; [*jus sanguinis*]

— o nascido no estrangeiro de pai ou mãe brasileira, desde que venda a residir no Brasil e opte, a qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira. A confirmação é feita por uma ação de jurisdição voluntária de competência da Justiça Federal chamada "opção de nacionalidade". [*jus sanguinis*].

Os modos de aquisição da nacionalidade voluntários são sempre expressos, correspondendo às hipóteses de naturalização. Há 3 modalidades:

Forma geral: (prevista no artigo 12, II, A da Lei nº 6.515) Requisitos: capacidade civil, visto permanente, residência contínua no Brasil por 4 anos, ler e escrever em português, boa conduta e saúde, com profissão ou posse para se manter, não pode ter envolvimento com processo criminal cuja pena seja superior a 1 anos.

Naturalização especial: para originários de países que falam a língua portuguesa. Exige-se apenas residência ininterrupta no Brasil idoneidade moral e capacidade civil.

Estrangeiros de qualquer nacionalidade: que residam no Brasil há 15 anos ininterruptamente e requerira a nacionalidade. É a única que só exige requisitos objetivos.

São distinções entre o brasileiro nato e o naturalizado (apenas quando a CF traz expressamente):

- só o brasileiro naturalizado pode ser extraditado (artigo 5, LI);
- cargos privativos de brasileiros natos: Presidente, Vice-Presidente, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado, Ministro do STF, carreira diplomática, oficial das forças armadas, Ministro da Defesa;
- só o brasileiro naturalizado pode perder a nacionalidade por atividade nociva ao interesse nacional;
- perda da nacionalidade: voluntária (por ato de vontade) e involuntária (sanção).

A perda voluntária decorre de um ato lícito (o brasileiro que adquirir outra nacionalidade perderá a brasileira, salvo se há reconhecimento de nacionalidade originária por lei estrangeira ou quando a naturalização for condição para o brasileiro permanecer no exterior ou exercer determinados direitos). Perda a nacionalidade a pessoa pode adquirir novamente a voluntária pela naturalização, mas jamais a nacionalidade nata novamente.

A perda involuntária é aplicada ao brasileiro naturalizado em que foi cancelada a naturalização ou que com sentença transitada em julgado que reconheça atividade nociva aos interesses nacionais.

O português residente no Brasil é estrangeiro, mas goza das mesmas prerrogativas conferidas ao brasileiro naturalizado.

Convém, por fim, fazer distinção entre algumas expressões relacionadas ao assunto:

Banimento: é a "expulsão" do nacional. O artigo 5, XLVI da CF proíbe o banimento.

Extradição: é a saída compulsória de pessoa que se encontre no território nacional a pedido de outro país para que lá seja julgado por algum crime. Requisitos: 1) existência de tratado internacional ou reciprocidade entre os países; 2) o país reclamante tem que ser, exclusivamente, o competente para julgar o extraditado; 3) dupla tipicidade — tem que ser crime

aqui e lá. Não pode ser contravenção; 4) não pode estar preso crito (nem no Brasil, nem no estrangeiro); 5) a pena não pode ser inferior a 1 ano; 6) deve haver condenação ou mandado de prisão contra a pessoa; 7) deve haver garantia que não haverá Tribunal de exceção, pena de morte (salvo a militar), pena cruel nem prisão perpétua.

O Brasil não extradita brasileiro nato em hipótese alguma. Extradita brasileiro naturalizado apenas em duas situações: crime praticado antes da naturalização ou tráfico de drogas mesmo depois.

A extradição é um processo judicial que tramita perante o STF.

Entrega: se diferencia da extradição pelo fato de ser o envio de uma pessoa, mesmo o nacional, para um organismo internacional.

Expulsão: importa na saída compulsória do território nacional por atividade nociva ao interesse nacional. É um ato do Presidente da República, que tem poder discricionário. Expulso, o estrangeiro não pode voltar ao Brasil. O casamento com brasileiro ou filho brasileiro que more no Brasil impede a expulsão.

Deportação: é a saída compulsória do estrangeiro que chegou ou permaneceu irregular no território brasileiro. É uma irregularidade administrativa. É feita pelas autoridades administrativas.

4.6. Direitos Políticos

Os direitos políticos, que estão previstos na Constituição nos artigos 14 a 16. São desdobramentos do princípio democrático previsto no parágrafo único do artigo 1º que consagra:

"todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente".

José Afonso da Silva¹³² os define como:

“o conjunto de normas que asseguram o direito subjetivo de participação no processo político e nos órgãos governamentais”.

Abrangem, assim, as diversas formas de participação popular nos destinos da nação, tais como: direito de votar e ser votado nas eleições, direito de voto nos plebiscitos e referendos, direitos de iniciativa popular de projetos de lei e o direito de organizar e participar de partidos políticos.

5. TUTELA CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES

5.1. Diferença Entre Direitos e Garantias

Outra distinção que é feita por parte da doutrina se dá em relação aos direitos e garantias fundamentais. Com efeito, enquanto *direitos* são meras previsões do ordenamento jurídico (por exemplo, direito à liberdade), as *garantias* são instrumentos para proteger e fazer valer os direitos. Assim sendo, elas estão sempre ligadas aos primeiros. (por exemplo, para garantir o direito à liberdade existe o *habeas corpus*).

As garantias podem ser divididas em *garantias formais*, que são previsões asseguradas ao indivíduo para que certo direito não seja atingido, mas não possui um instrumento específico em si (por exemplo, acesso à Justiça) e as *garantias instrumentais*, estão ligadas a um instrumento, ou seja, um remédio jurídico específico que preserve o direito. (por exemplo, mandato de segurança, direito de petição, *habeas corpus etc.*).

5.2. Garantias Instrumentais

5.2.1. Habeas Corpus

O artigo 5º, LXVIII, estabelece que “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou achar-se ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.”

Por sua vez, o inciso LV do artigo em referência prevê que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

¹³² *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 347.

5.2.2. Conceito

O *habeas corpus* é uma ação penal de natureza constitucional cuja finalidade é prevenir ou sanar a ocorrência de violência ou coação na liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. Visa proteger o de ir e vir e deve interpretado restritivamente, ou seja, apenas para sanar a violação de tal direito, não podendo ser ampliado para outros direitos. Trata-se de ação penal popular com assento constitucional, de natureza cautelar.

A origem da expressão que vem do latim *habeas* = mostre + *corpus* = corpo. O instituto tem sua origem remota no direito romano, pelo qual todo cidadão podia pedir ao pretor (quem julgava os casos) que cessasse um constrangimento ilegal a liberdade de locomoção. Este pretor pedia para que lhe fosse apresentado o indivíduo, para saber o que estava acontecendo. Na Magna Carta de João Sem Terra, de 1215, também estava previsto.

5.2.3. Legitimidade Ativa e Passiva

O *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa, homem ou mulher, maior ou menor, capaz ou incapaz, nacional ou estrangeiro, não se exigindo sequer que tenha capacidade postulatória (não precisa ser advogado para impetrar). Inclui-se o analfabeto pode impetrar, desde que alguém assine a seu rogo. Por sua vez, quanto à legitimidade passiva, pode ser impetrado contra ato de qualquer pessoa, tanto particular quanto de autoridade pública.

5.2.4. Espécies

Há duas espécies: a) preventivo: (antes de acontecer a ameaça ao direito de locomoção) visa evitar a ocorrência de uma violação à liberdade de ir e vir; b) liberatório: (depois de ter ocorrido) objetiva a cessação da efetiva coação ao direito de locomoção.

5.2.5. Competência

A definição competência para seu julgamento depende da pessoa que tenha cometido o ato lesivo. Com efeito, se for impetrado contra o ato de particular, de delegado de polícia, policial ou outras autoridades públicas será competente o juiz de primeira instância. Por seu turno, em se tratando de ato de juiz estadual de primeira instância, será do Tribunal de Justiça; se for juiz federal, será do Tribunal Regional de Justiça; se for contra um ato de um Promotor de Justiça, o Tribunal de Justiça; se for contra um ato do Tribunal Estadual ou Regional Federal, vai ser o STJ; se for um ato do STJ, será o STF etc.

5.2.6. Processamento

A pessoa que o impetra chama-se impetrante; a pessoa que praticou o ato combatido denomina-se impetrado; a pessoa que está sofrendo as consequências do ato e em favor da qual está se pedindo o salvo-conduto é chamado de paciente. Não existe requisito formal para esta petição, tão-somente exige-se que seja feito na língua nacional. Por fim, § 2º do artigo 142 da Constituição Federal prevê que não cabe *habeas corpus* nas transgressões disciplinares militares.

5.3. Habeas Data

5.3.1. Considerações Iniciais

O artigo 5º, LXXII, estabelece que conceder-se-á *habeas data*:

“a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativos;”

Habeas data significa mostre os dados. Essa idéia é a de que qualquer pessoa tem o direito de ser informado de quaisquer registros que existam, em determinados órgãos, sobre a sua pessoa. Encontra-se instituto similar no direito inglês e no direito americano, onde existia nas declarações de direito que resultaram na independência dos Estados Unidos.

5.3.2. Conceito

É o direito que assiste todas as pessoas de solicitar judicialmente a exibição de registros, públicos ou privados (abertos ao público), dos quais estejam incluídos seus dados pessoais para que deles tome conhecimento e, se necessário, sejam retificados os inexatos obsoletos ou que implique discriminação.

5.3.3. Objetivo, Cabimento e Natureza Jurídica

É uma ação constitucional, de natureza civil e rito sumaríssimo, muito semelhante ao mandado de segurança. Por conseguinte, há a necessidade de preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais A Lei nº 9.507/1997 trouxe o procedimento para tal instituto.

5.3.4. Finalidade

A finalidade do instituto é de conhecimento e retificação, ou seja, para que o indivíduo conheça dados sobre a sua pessoa e possibilite a retificação caso estes sejam inexatos, imprecisos ou obsoletos.

5.3.5. Legitimidade

Qualquer pessoa, física ou jurídica, nacional ou estrangeira, pode impetrar *habeas data* (legitimidade ativa) e qualquer pessoa da administração direta ou indireta, ou mesmo particular que preste informações sobre dados a terceiro (por exemplo, Serasa, SPC), podem se encontrar no pólo passivo. Com

efeito, quando o inciso LXXII do artigo 5º da Constituição prevê entidades de caráter público, quer se referir a dados que possam ser disponibilizados ao público, não sendo necessário que a pessoa seja pública.

5.3.6. Procedimento

A petição inicial deve obedecer, por analogia, os requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil, sendo apresentada, em duas vias, com cópia de todos os documentos que constem da inicial. Além disso, deve ser comprovando o cabimento da ação no tocante a pedido anterior na via administrativa (ou que não tenha sido atendida sua pretensão no prazo legal). Em seguida, o juiz vai analisar a exordial e terá duas opções: ou denega a inicial liminarmente (cabível apelação em 15 dias); ou recebe a inicial, notificando o autor a prestar a informações no prazo de dez dias. Retornando tais informações o juiz abre vista ao Ministério Público para se manifestação, em 5 dias, e posterior retorno a conclusão, sendo que o magistrado também terá 5 dias para sua decisão da qual também é cabível apelação em 15 dias. Se for concedida à ordem de habeas data, a apelação terá efeito meramente devolutivo.

5.3.7. Competência

A Constituição e a Lei nº 9.507/1997 trazem quem é competente para julgar o habeas data. Na Constituição Federal, está previsto, no artigo 102, o que compete ao Supremo Tribunal Federal, e, no artigo 105, o que é de competência do Superior Tribunal de Justiça. Por exemplo, Cabe ao STF, julgar o habeas data, quando quem não está informando os dados que existe sobre a pessoa for o Procurador Geral da República, a Mesa do Senado, Mesa da Câmara; Se for o particular (por exemplo, Serasa), vai ser de competência do juiz de direito de primeira instância.

5.4. Direito de Certidão e de Petição

O artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal dispõe:

“São a todos assegurados, independentemente do pagamento da taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito 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;”

5.4.1. Direito de Certidão

Todos têm direito de certidão sem pagar taxa. São postos para o direito de certidão: o interesse ser legítimo, ausência de sigilo, “*res habilis*” (coisa hábil) e a indicação de finalidade.

5.4.2. Direito de Petição

Direito de petição é o direito de requerer ou postular aos órgãos públicos para que este tome as providências cabíveis contra eventual abuso praticado. Qualquer pessoa, física ou jurídica, nacional ou estrangeira, pode peticionar aos órgãos públicos.

5.5. Mandado de Segurança

5.5.1. Conceito

O artigo 5º inciso LXIX, da Constituição Federal dispõe que:

“conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica de atribuições do Poder Público.”

Na definição de Hely Lopes Meirelles, mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

5.5.2. Espécies

O mandado de segurança pode ser repressivo (quando a ilegalidade ou abuso de poder já ocorreu) ou preventivo (quando o impetrante demonstra justo receio de sofrer uma violação de direito líquido e certo por parte da autoridade impetrada).

5.5.3. Natureza Jurídica e Cabimento

O instituto trata-se de verdadeira ação constitucional, pois é, na verdade, um pedido de atuação jurisdicional. Podem ser apontar os quatro requisitos identificadores do mandado de segurança:

- ato comissivo ou omissivo de autoridade praticado pelo Poder Público ou por particular decorrente de delegação do Poder Público;
- ilegalidade ou abuso de poder;
- lesão ou ameaça de lesão;
- caráter subsidiário: proteção ao direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data.

Convém mencionar que não cabe o mandado de segurança contra lei em tese (Súmula nº 266 do Supremo Tribunal Federal); ou quando houver recurso com efeito suspensivo.

5.5.4. Legitimidade

Só o próprio titular do direito violado tem legitimidade para impetrar o mandado de segurança individual. Qualquer pessoa, natural ou jurídica, desde que titular do direito violado, pode impetrar mandado de segurança se tiver capacidade de direito, ou seja, ser titular de direitos e obrigações.

Podem figurar no pólo passivo do mandado de segurança:

- *autoridades públicas*: compreende todos os agentes públicos, ou seja, todas as pessoas físicas que exercem algum função estatal, como os agentes políticos e os agentes administrativos;
- *agente de pessoas jurídicas com atribuições de poder público*: todos os agentes de pessoas jurídicas privadas que executem, a qualquer título, atividades, serviços e obras públicas. Por exemplo: Universidades privadas.

5.5.5. Direito Líquido e Certo

Direito líquido e certo é a certeza quanto à situação de fato. Para Hely Lopes Meirelles, é o direito certo quanto à sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. É aquele que pode ser provado documentalmente.

5.5.6. Procedimento do Mandado de Segurança

Após ser recebida a petição inicial, a autoridade coatora será notificada para, em dez dias, prestar informações; em seguida os autos serão encaminhados ao Ministério Público para que se manifeste, em cinco dias, seguindo-se, imediatamente, para a sentença. Não há instrução probatória. As informações não têm a natureza de contestação do processo comum. A informação é feita pela própria autoridade coatora e sua falta não gera confissão. Para Vicente Greco Filho, não há crime de

desobediência na recusa a prestar informações, só havendo no caso de recusa ao cumprimento da ordem.

5.5.7. Prazo

O prazo do mandado de segurança é de cento e vinte dias contados da ciência do ato eivado de ilegalidade ou exercido com abuso de poder, ou seja, da sua publicidade a partir da intimação pessoal do titular do direito lesionado. Tal prazo tem natureza decadencial.

5.5.8. Liminar

Cabe a concessão de liminar em mandado de segurança sempre que se verifique a relevância do fundamento do pedido e que o ato impugnado possa gerar danos suscetíveis de reparação pela decisão final (artigo 7º da Lei nº 1.533/1951).

5.5.9. Mandado de Segurança Coletivo

A Constituição Federal prevê no inciso LXX do artigo 5º que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelos menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

O mandado de segurança coletivo terá por objeto a defesa dos mesmos direitos que podem ser objeto do mandado de segurança individual, porém direcionado à defesa dos interesses coletivos em sentido amplo, englobando os direitos coletivos em sentido estrito, os interesses individuais homogêneos e os interesses difusos, contra ato ou omissão ilegais ou com abuso de poder de autoridade, desde que presentes os atributos da liquidez e certeza.

No mandado de segurança coletivo não haverá necessidade de constar na petição inicial os nomes de todos os asso-

ciados ou filiados, vez que não se trata de litisconsórcio ativo em mandado de segurança individual.

5.6. Ação Popular

5.6.1. Conceito

Está previsto no artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal que:

“qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e ônus sucumbências.”

Para Hely Lopes Meirelles, ação popular “é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiro público”.

5.6.2. Requisitos

A ação popular está regulamentada pela Lei Federal nº 4.717/1965. São requisitos para o ajuizamento da ação popular:

- *requisito subjetivo*: somente o cidadão tem legitimidade para a propositura da ação popular;
- *requisito objetivo*: refere-se à natureza do ato ou da omissão do Poder Público a ser impugnado, que deve, obrigatoriamente, ser lesivo ao patrimônio público, seja por ilegalidade ou por imoralidade.

5.6.3. Legitimidade

Somente o cidadão, seja brasileiro nato ou naturalizado, inclusive aquele entre 16 e 21 anos (e o português equiparado)

no gozo de seus direitos políticos possui legitimidade para a propositura da ação popular. A comprovação de tal condição será feita com a juntada do título de eleitor. Dessa forma, não poderão ingressar em juízo: os estrangeiros, as pessoas jurídicas e aqueles que tiverem suspensos ou declarados perdidos seus direitos políticos.

Por sua vez os sujeitos passivos da ação popular são diversos, sendo obrigatória a citação das pessoas jurídicas públicas, tanto da Administração direta quanto indireta, inclusive as empresas públicas e sociedades de economia mista, ou privadas, em nome das quais foi praticado o ato a ser anulado, e mais as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado pessoalmente o ato ou firmado o contrato impugnado, ou que, por omissos, tiverem dado oportunidade à lesão, como também, os beneficiários diretos do mesmo ato ou contrato.¹³³

5.6.4. Competência, Sentença, Natureza da Decisão e Coisa Julgada

A competência para processar e julgar a ação popular será determinada pela origem do ato a ser anulado, aplicando-se as normais regras constitucionais e legais de competência.

A natureza da decisão na ação popular é desconstitutiva-condenatória, visando tanto à anulação do ato impugnado quanto à condenação dos responsáveis e beneficiários em perdas e danos.

As consequências da procedência da ação são:

- invalidade do ato impugnado;
- condenação dos responsáveis e beneficiários em perdas e danos;
- condenação dos réus às custas e despesas com a ação, bem como honorários advocatícios;

¹³³ cf. Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, p. 169.

— produção de efeitos de coisa julgada *erga omnes*.

Por outro lado, quando a ação popular é julgada improcedente, deve-se perquirir a razão da improcedência, para analisar seus efeitos. Se a ação popular for julgada improcedente por ser infundada, a sentença produzirá efeitos de coisa julgada *erga omnes*, permanecendo válido o ato. Porém, se a improcedência decorrer de deficiência probatória, apesar da manutenção da validade do ato impugnado, a decisão de mérito não terá eficácia de coisa julgada *erga omnes*, havendo possibilidade de ajuizamento de nova ação popular com o mesmo objeto e fundamento, por prevalecer o interesse público de defesa da legalidade e da moralidade administrativas, em busca da verdade real.

Em ambas as hipóteses de improcedência, o autor ficará, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

5.7. Mandado de Injunção

O artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal estabelece que:

“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”

A origem do instituto remonta aos fins do século XIV, na Inglaterra, onde existia sob a forma de ordem de um Tribunal para alguém fizesse ou se abstivesse de fazer algum ato, sob pena de desobediência à corte.

O mandado de injunção é uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar um direito que existe uma norma constitucional de eficácia limitada e que ainda não regulamentada.

Poderá ser ajuizado por qualquer pessoa física ou jurídica interessada na questão. É possível às associações desde que haja autorização expressa dos associados. O sujeito passivo é órgão ou poder incumbido de elaborar a norma.

O procedimento, se não houver necessidade de produção de prova, será igual ao mandado de segurança; em caso contrário, seguirá o procedimento ordinário.

Existe grande controvérsia quanto aos efeitos da decisão de um mandado de injunção. Com efeito, existem posições concretistas (o Poder Judiciário declara a omissão e edita uma norma para supri-la naquele caso concreto) e não-concretistas (o Judiciário apenas declara a omissão apenas para dar ciência ao legislador sem regulamentar o caso concreto). Em que pesem as críticas lançadas pela maior parte doutrina à posição não-concretista e o fato desta não proteger suficientemente o indivíduo, até o momento tem sido a posição predominante no Supremo Tribunal Federal.

Marcus Vinicius Ribeiro

DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

2ª edição, revista e ampliada

Russell[®]
editores

2009

Campinas/SP