

**Nathalia Masson**

Manual de  
**Direito Constitucional**

**11<sup>a</sup>**  
**Edição**

---

revista  
atualizada  
ampliada

**2023**

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

**SUMÁRIO** • 1. Introdução. 1.1. Constituição: conceito; 1.2. Constituição: estrutura; 1.3. Direito Constitucional; 1.4. Constitucionalismo. 2. Concepções de Constituição; 2.1. Introdução; 2.2. Constituição sob o prisma sociológico; 2.3. Constituição sob o aspecto político; 2.4. Constituição em sentido jurídico; 2.5. Concepção culturalista da Constituição (a busca por alguma conexão entre os sentidos anteriormente apresentados). 3. Classificação das Constituições; 3.1. Quanto à origem; 3.2. Quanto à estabilidade (mutabilidade ou processo de modificação); 3.3. Quanto à forma; 3.4. Quanto ao modo de elaboração; 3.5. Quanto à extensão; 3.6. Quanto ao conteúdo; 3.7. Quanto à finalidade; 3.8. Quanto à interpretação; 3.9. Quanto à correspondência com a realidade = critério ontológico; 3.10. Quanto à ideologia (ou quanto à dogmática); 3.11. Quanto à unidade documental (quanto à sistemática); 3.12. Quanto ao sistema; 3.13. Quanto ao local da decretação; 3.14. Quanto ao papel da Constituição (ou função desempenhada pela Constituição); 3.15. Quanto ao conteúdo ideológico (ou quanto ao objeto); 3.16. Outras classificações. 4. Aplicabilidade das Normas Constitucionais; 4.1. Introdução; 4.2. A classificação de José Afonso da Silva; 4.3. A classificação de Maria Helena Diniz; 4.4. A classificação de Uadi Lammêgo Bulos; 4.5. Críticas. 5. Princípios instrumentais de interpretação da Constituição e das leis; 5.1. Princípio da supremacia da Constituição; 5.2. Princípio da interpretação conforme a Constituição; 5.3. Princípio da presunção de constitucionalidade das leis; 5.4. Princípio da unidade da Constituição; 5.5. Princípio da força normativa; 5.6. Princípio do efeito integrador; 5.7. Princípio da concordância prática ou harmonização; 5.8. Princípio da máxima efetividade ou da eficiência (intervenção efetiva); 5.9. Princípio da conformidade funcional ou justeza. 6. Elementos da Constituição. 7. Breve histórico das Constituições Brasileiras. 8. Quadro sinótico. 9. Questões; 9.1. Questões objetivas; 9.2. Questões discursivas; Gabarito – questões objetivas; Gabarito – questões discursivas.

## 1. INTRODUÇÃO

### 1.1. Constituição: conceito

O vocábulo “**Constituição**” tem no verbo latino *constituere* sua origem etimológica e sua conformação semântica, vez que o mesmo exterioriza o ideal de constituir, criar, delimitar, abalizar, demarcar<sup>1</sup>. O termo exprime, pois, o intuito de organizar e de conformar seres, entidades, organismos.

É nessa acepção que se pode considerar a Constituição enquanto o **conjunto de normas fundamentais e supremas, que podem ser escritas ou não, responsáveis pela criação, estruturação e organização político-jurídica de um Estado**.

De acordo com Georges Burdeau<sup>2</sup>, a Constituição é o Estatuto do Poder, garantidora da transformação do Estado – até então entidade abstrata – em um poder institucionalizado. É o que permite a mudança de perspectiva que ocasiona o abandono do clássico pensamento de sujeição absoluta às imposições pessoais de governantes, para a obediência voltada a uma entidade (Estado), regida por um documento: a Constituição.

Torna-se, pois, a Constituição, um documento essencial, imprescindível. Todo Estado a possui. Porque todo Estado precisa estar devidamente conformado, com seus elementos essenciais organizados, com o modo de aquisição e o exercício do poder delimitados, com sua forma de Governo e Estado definidas, seus órgãos estabelecidos, suas limitações

1. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 27.

2. BURDEAU, Georges. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 7ª ed. Paris: Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965.

fixadas, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias asseguradas. Note que o art. 16, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (da Revolução Francesa, de 1789) reforça este entendimento, ao prever que: “Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem constituição”.

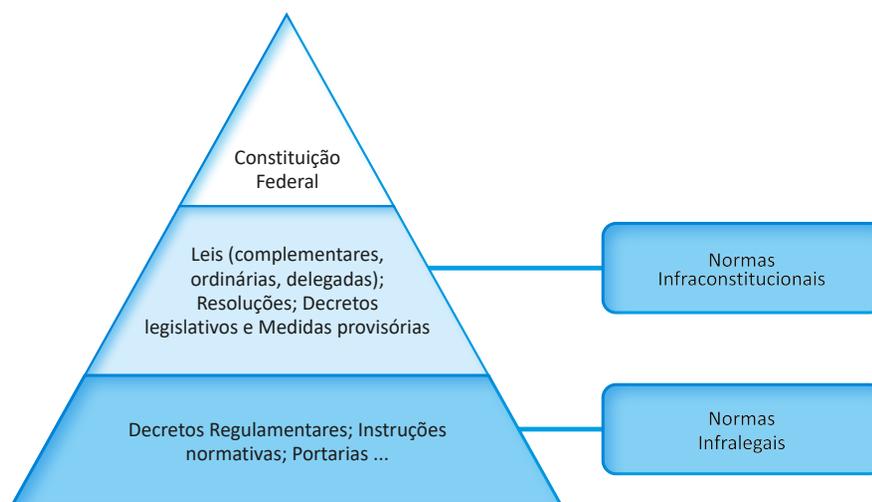
Em suma, a Constituição é a reunião das normas que organizam os elementos constitutivos do Estado<sup>3</sup>.

Ressalte-se, todavia, estarem o termo “Constituição” e sua conceituação permanentemente em crise<sup>4</sup>, já que os estudiosos não acordam quanto a uma definição, existindo uma pluralidade de concepções que fornecem noções acerca do assunto. Não se espera, no entanto, que algum dia seja diferente. Como Constituições são organismos vivos<sup>5</sup>, documentos receptivos aos influxos da passagem do tempo, em constante diálogo com a dinâmica social, sempre haverá alguma dificuldade em sua delimitação, haja vista sua mutação

3. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 28ª ed. Malheiros, 2006, p. 38.

4. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 27.

5. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 27.



Essa estrutura é conhecida como “**pirâmide de Kelsen**” (Hans Kelsen é um dos juristas mais importantes da história da Teoria do Direito, tendo escrito em 1934 uma obra que é referência mundial no assunto, chamada “Teoria Pura do Direito”). Ela foi pensada pelo professor austríaco para explicar

constante, seu caráter aberto e comunicativo com outros sistemas.

No entanto, apesar de na doutrina encontrarmos vários e diferentes conceitos para o termo “Constituição”, quero lhe mostrar, neste início do nosso Manual, um muito importante, de um autor português respeitadíssimo no mundo todo, que é J.J. Gomes Canotilho. Segundo ele, uma **constituição ideal** deve conter os seguintes elementos:

- a) deve ser escrita;
- b) deve possuir um conjunto de direitos e garantias individuais;
- c) deve estabelecer expressamente o princípio da separação dos poderes;
- d) deve adotar um sistema democrático formal.

Sequenciando nossa análise, lembre-se que em razão de a Constituição tratar dos assuntos mais importantes do Estado, ela ocupa no ordenamento jurídico uma posição diferenciada. Destarte, quando você imaginar o conjunto de normas (leis, medidas provisórias, decretos...) que temos em nosso país, não as visualize de forma espalhada e bagunçada! Nosso ordenamento jurídico é muito organizado e poderia ser visualmente ilustrado da seguinte maneira:

a ideia de que existe hierarquia entre as normas que integram o ordenamento jurídico, vale dizer, as normas não têm a mesma importância e, por isso, não podem ser colocadas no mesmo patamar (no mesmo plano). Assim, existirão normas que serão superiores e normas que serão inferiores. As inferiores são consideradas

normas fundadas pelas superiores (que, por isso, são chamadas de fundantes) e delas retiram seu fundamento de validade, sua razão de existir.

Agora, um detalhe importante: nossa Constituição Federal de 1988 foi elaborada pelo chamado “Poder Constituinte Originário” e promulgada em 05/10/1988. Nossos representantes (eleitos pelo povo), se reuniram em uma Assembleia Nacional Constituinte e, de fevereiro de 1987 até outubro de 1988, se dedicaram à redação da nossa atual Constituição. Essas normas, que foram feitas pelo Poder Originário durante o período citado, são chamadas de normas constitucionais originárias.

Eis um questionamento importante: de outubro de 1988 até o presente momento, nossa Constituição manteve exatamente a mesma redação? Não. Ela foi objeto de diversas emendas constitucionais, que alteraram vários dos seus artigos. Por que isso ocorre? Ora, as Constituições não podem ser imutáveis (ou imodificáveis), pois elas precisam se adaptar às mudanças sociais e à evolução histórica, senão seus textos perdem a sintonia com a realidade. Assim, vez ou outra, nossa Constituição passa por modificações, que nada mais são do que pequenos ajustes que pretendem rejuvenescer seu texto e melhor adequá-lo ao momento histórico. Estudaremos, futuramente, o modo como essas emendas constitucionais são feitas (como elas são apresentadas, discutidas, votadas, etc.), mas, nesse momento, é preciso que você saiba que elas são elaboradas pelo chamado Poder Constituinte Derivado (representado pelo Congresso Nacional) e, por essa razão, também podem ser chamadas de normas constitucionais derivadas.

A explicação acima lhe permite notar que em nossa Constituição existem normas constitucionais que são originárias (pois estão no texto constitucional desde 5/10/1988) e normas constitucionais que são derivadas, que foram sendo inseridas ao longo das últimas três décadas. Mas repare: pouco importa se a norma constitucional é originária ou derivada, ela é constitucional e, por isso, situa-se no topo da pirâmide de Kelsen, no ponto mais alto do ordenamento jurídico. Isso significa que **não há hierarquia** entre normas constitucionais originárias e normas constitucionais derivadas, já que, rigorosamente, todas as normas constitucionais estão no mesmo plano, se situam no mesmo patamar.

Cuidado, todavia, com um detalhe: apesar de não haver hierarquia entre normas constitucionais originárias e derivadas, há uma importante diferença

entre elas. As normas constitucionais originárias não podem ser declaradas inconstitucionais, sendo sempre constitucionais (afinal, elas representam a própria Constituição). Já as normas constitucionais derivadas (as emendas constitucionais) devem ser produzidas em obediência as regras que o Poder Originário inseriu na Constituição quando a elaborou. Isso significa que uma emenda constitucional que desobedeça às normas que regulamentam a sua feitura poderá ser declarada inconstitucional. Em outras palavras: as normas constitucionais originárias não podem ser objeto do controle de constitucionalidade; já as normas constitucionais derivadas podem.

Considero igualmente importante destacar que não há hierarquia entre as normas constitucionais em razão do conteúdo. Em outras palavras: não seria correto dizer que o art. 5º da Constituição, que consagra direitos e garantias individuais e coletivos é, do ponto de vista hierárquico, superior a um outro artigo constitucional que trate de um tema de menor relevância, como, por exemplo, o art. 242 que, em seu § 2º, determina que “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”. Independentemente do assunto tratado, se a norma é constitucional ela é superior e está no topo do ordenamento jurídico.

Olhando agora para as normas infraconstitucionais (que são assim chamadas porque estão abaixo da Constituição), tampouco há hierarquia entre elas, pois estão todas elas no mesmo patamar: num nível inferior ao da Constituição. Por isso, leis complementares não são superiores às leis ordinárias ou às medidas provisórias. Todas elas (as infraconstitucionais) inovam no ordenamento jurídico, podem prever direitos, deveres e obrigações.

No mesmo sentido, e ao contrário do que muitos podem imaginar, também não há hierarquia entre leis federais, estaduais e municipais: todas são leis, são normas infraconstitucionais. Não pense que a lei editada pela União, por ter abrangência nacional, é superior a uma lei editada por um Estado ou por um Município. Por isso, se houver um conflito entre essas leis, a solução não será dada por critério hierárquico. Teremos que verificar qual ente da federação (União, Estados-membros ou Municípios) possui a competência para legislar sobre o tema. Se, por exemplo, a competência para legislar é dos Estados, a lei estadual vai prevalecer; se é dos Municípios, a lei municipal prevalecerá.

Por último, repare que na pirâmide de Kelsen, abaixo das normas infraconstitucionais, temos as normas infralegais. Essas são normas secundárias que não podem gerar direitos, deveres ou prever obrigações. Por serem inferiores às normas infraconstitucionais (que são chamadas também de normas primárias), as secundárias devem obediência a elas, podendo ser invalidadas e retiradas do ordenamento em caso de desrespeito. Em outras palavras: pense em um decreto regulamentar (que é uma norma infralegal). Ele foi editado para regulamentar uma lei. Ele não cria direitos e deveres, ele só facilita a aplicação de uma lei (ela sim cria os direitos e deveres). E se esse decreto desrespeitar a lei (desobedece-la) ele deverá ser retirado do nosso ordenamento jurídico.

## 1.2. Constituição: estrutura

Sabendo que todos os Estados Nacionais possuem uma Constituição e que ela representa o documento jurídico mais importante do país, ocupando o topo do ordenamento normativo, vamos iniciar a apresentação do nosso documento constitucional vigente: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Começemos com a estrutura. Saiba que, estruturalmente, nossa Constituição pode ser dividida em **três partes**:

- (i) preâmbulo;
- (ii) parte permanente (ou parte dogmática) e
- (iii) ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Vejamos o que pode ser comentado acerca de cada um desses fragmentos.

O preâmbulo é a 1ª parte que você nota na Constituição. Vem antes do primeiro artigo e diz o seguinte:

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

De início, é preciso conhecer o entendimento firmado pelo STF relativamente ao preâmbulo: ele não é uma norma jurídica, não é uma norma constitucional. Representa um “recado” do legislador constituinte a nós, que somos os destinatários da Constituição. Ele

vem antes do texto constitucional, como se fosse uma “carta de intenções” que resume as posições ideológicas (os valores e as intenções) do Poder Constituinte Originário (que é o poder que faz, que elabora, a Constituição). Sua importância é histórica, de guia/diretriz interpretativa.

Como nossa Corte Suprema (o STF) já definiu que o preâmbulo não é norma constitucional, como responder aos seguintes questionamentos?

- (i) Uma lei que violar o preâmbulo da Constituição Federal pode ser considerada inconstitucional?

- Não. Afinal, se o preâmbulo não é uma norma jurídica, ele não pode ser considerado uma norma constitucional. Logo, ele não serve de parâmetro (de paradigma) para a declaração de inconstitucionalidade de uma lei. Para exemplificar, pensemos na seguinte situação: uma Lei Estadual X determina que está proibida a utilização de símbolos religiosos em repartições públicas; o Governador do Estado ajuíza uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) no STF, argumentando que a Lei X desobedece o preâmbulo da Constituição Federal, pois o Preâmbulo da CF diz que o texto constitucional foi promulgado “sob a proteção de Deus”. Claro que o STF não vai considerar a Lei Estadual X inconstitucional por violação do preâmbulo da CF, pois ele não é uma norma constitucional que tenha que ser estritamente obedecida.

- (ii) O preâmbulo é norma de repetição obrigatória para as demais esferas da federação? Ou seja: os preâmbulos das Constituições estaduais devem reproduzir o preâmbulo da Constituição Federal?

- O STF entende que não. Afinal, se ele não é norma jurídica, não vincula as Constituições estaduais. Isso significa que os preâmbulos das Constituições estaduais podem ser diferentes.

Para termos informações adicionais que nos auxiliem na compreensão da posição do STF sobre o preâmbulo da nossa Constituição Federal, lembremos de um interessante caso que envolveu o preâmbulo da Constituição do Acre.

Em 1999, o Partido Social Liberal (PSL), ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (a ADI 2076) contra o preâmbulo da Constituição do Acre, pois ele (na época) não trazia a expressão “sob a proteção de Deus”. O partido alegava que o preâmbulo da Constituição do Acre ofendia o preâmbulo

da Constituição Federal, que traz a expressão. Aliás, dizia o PSL, essa “omissão” da Constituição do Estado o tornava “o único no país privado de ficar sob a proteção de Deus”.

Ao julgar a ADI, o STF entendeu que o preâmbulo da Constituição Federal não cria direitos e deveres, nem tem força normativa, refletindo apenas a posição ideológica do Poder Constituinte Originário. “O preâmbulo, portanto, não contém norma jurídica”, disse o ministro relator da ação, Carlos Velloso.

Desta forma, o STF firmou o entendimento de que o preâmbulo da Constituição do Acre, ao não usar a expressão “sob a proteção de Deus”, não estava violando a Constituição Federal. Só não invocava a proteção de Deus, o que não é um problema, pois essa frase posta no preâmbulo da Constituição Federal reflete, tão somente, um sentimento religioso do Poder Constituinte Originário.

Quanto à **parte permanente** (ou dogmática) da Constituição: ela representa o texto constitucional propriamente dito e se inicia no art. 1º e vai até o 250. São os artigos que organizam o Estado, estruturam os Poderes e estabelecem os direitos e as garantias fundamentais. Essa parte é chamada de “permanente” não porque esses artigos sejam imutáveis e não possam ser modificados: eles podem sim ser alterados por meio das emendas constitucionais feitas pelo Poder Derivado Reformador. O nome dessa parte (“permanente”) foi dado justamente para diferencia-la do último fragmento da Constituição, que é a parte transitória.

A parte transitória da Constituição é chamada de **ADCT** (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Seu intuito é o de facilitar a passagem de uma ordem jurídica antiga para a nova. Numa metáfora, é como se o ADCT fosse um “colchão”, que vai amortecer essa mudança de uma Constituição para outra, facilitando o processo de substituição de quando do advento de uma nova Constituição, garantindo a segurança jurídica e evitando o colapso entre um ordenamento jurídico e outro. Suas normas são formalmente constitucionais, embora, no texto da CF/88, apresente numeração própria (veja ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Assim como a parte dogmática, a parte transitória pode ser modificada por reforma constitucional (note, caro leitor, quantos novos artigos já foram inseridos, nesses últimos anos, no ADCT). Além disso, também pode servir como paradigma para o controle de constitucionalidade das leis.

### 1.3. Direito Constitucional

Quanto ao **Direito Constitucional**, é um dos ramos do Direito Público, a matriz que fundamenta e orienta todo o ordenamento jurídico. Surgiu com os ideais liberais atentando-se, a princípio, para a organização estrutural do Estado, o exercício e transmissão do poder e a enumeração de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Atualmente, preocupa-se não somente com a limitação do poder estatal na esfera particular, mas também com a finalidade das ações estatais e a ordem social, democrática e política.

Em uma análise pormenorizada, pode-se estudar o Direito Constitucional tendo por base três perspectivas distintas: o Direito Constitucional geral, o Direito Constitucional especial e o Direito Constitucional comparado.

A primeira atém-se à definição de normas gerais para o Direito Constitucional, estabelecendo, por exemplo, conceitos (significado para locuções essenciais à compreensão da disciplina, como “Direito Constitucional”, “Constituição”, “poder constituinte”, dentre outras), classificações e métodos de interpretação das Constituições.

A segunda ocupa-se em estudar a Constituição atual de um Estado específico. A terceira é tida como um método descritivo de análise e se subdivide em três categorias de estudo: critério temporal ou vertical, o qual compara Constituições de um mesmo Estado, elaboradas em épocas diferentes (ex: comparação entre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 com a Constituição do Império de 1824); critério espacial ou horizontal, que se atém à comparação de Constituições vigentes em Estados distintos, que podem ou não ser contíguos (ex: comparar a nossa atual Constituição com as Constituições de outros países da América Latina ou com a Constituição da Nova Zelândia); por fim, critério baseado na forma de Estado elegida (ex: comparar as Constituições dos países que adotam como forma de Estado a federada).

### 1.4. Constitucionalismo

#### (A) Noções Introdutórias

De início, é crucial que você recorde que a Constituição possui uma importância central para a proteção dos direitos e das garantias individuais e é o documento jurídico mais adequado para estruturar e organizar o sistema de poder de um Estado. No entanto, saiba que essa leitura de que “Constituição” e “Estado” são

# DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

**SUMÁRIO** • 1. Introdução. 2. Distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos. Distinção entre 'Direitos' e 'Garantias'. 3. Gerações de direitos fundamentais. 4. Características dos direitos fundamentais. 5. Dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. 6. Destinatários dos direitos fundamentais. 7. Aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. 8. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (eficácia horizontal e diagonal). 9. Colisão de direitos fundamentais. 10. Limites dos Direitos Fundamentais – Teoria Externa e Interna. 11. Direitos Fundamentais: limites dos limites. 12. Hierarquia normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. 13. Classificação dos direitos fundamentais. 14. Quadro sinótico. 15. Questões; 15.1. Questões objetivas; 15.2. Questões discursivas; Gabarito – questões objetivas; Gabarito – questões discursivas.

## 1. INTRODUÇÃO

Perceber que os valores mais caros à humanidade merecem ser organizados em um documento jurídico dotado de força normativa hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento, bem como reconhecer a Constituição enquanto documento supremo do ordenamento jurídico, justifica a estrutura constitucional de proteção aos direitos fundamentais arquitetada nos moldes atuais.

A incontestável evolução que o Direito Constitucional alcançou é fruto, em grande medida, da **aceitação dos direitos fundamentais como cerne da proteção da dignidade da pessoa** e da certeza de que inexistia outro documento mais adequado para consagrar os dispositivos assecuratórios dessas pretensões do que a Constituição<sup>1</sup>.

No caso brasileiro, a preocupação do texto constitucional em dar a devida importância à matéria é nítida e pode ser percebida logo no preâmbulo – que demonstra o propósito de se instituir um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança” –, bem como nas demais normas que apresentam os direitos fundamentais enquanto condições necessárias

para a construção e o exercício de todos os demais direitos previstos no ordenamento jurídico<sup>2</sup>. A imprescindibilidade da previsão constitucional de referidos direitos é, a todo o momento, propalada pela doutrina constitucionalista pátria, para quem “sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive”<sup>3</sup>.

Em suma, os direitos fundamentais cumprem na nossa atual Constituição a função de **direitos dos cidadãos**, não só porque constituem – em um primeiro plano, denominado **jurídico objetivo** – normas de competência negativa para os poderes públicos, impedindo essencialmente as ingerências destes na esfera jurídico-individual, mas também porque – num segundo momento, em um plano **jurídico subjetivo** – implicam o poder de exercitar positivamente certos direitos (liberdade positiva) bem como o de exigir omissões dos poderes públicos, evitando lesões agressivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)<sup>4</sup>.

1. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 265.

2. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 234.

3. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 401.

4. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995, p. 517.

## 2. DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS. DISTINÇÃO ENTRE 'DIREITOS' E 'GARANTIAS'.

Doutrinadores de destaque preceituam em seus escritos não haver diferença digna de destaque entre as expressões “Direitos Fundamentais” e “Direitos Humanos”; aliás, rotineira é a identificação de autores que as têm por **sinônimas**.

Como tanto os direitos fundamentais quanto os direitos humanos buscam assegurar e promover a dignidade da pessoa humana, e são direitos ligados, sobretudo, a valores caros à sociedade – tais como a liberdade e a igualdade –, reconhece-se que, quanto à finalidade, as expressões, de fato, se assemelham.

Nada obstante, é possível identificar uma diferença crucial entre as locuções, referente ao **plano de consagração**: enquanto os direitos humanos são identificáveis tão somente no plano contrafactual (abstrato), desprovidos de qualquer normatividade, os direitos fundamentais são os direitos humanos já submetidos a um procedimento de posituação, detentores, pois, das exigências de cumprimento (sanção), como toda e qualquer outra norma jurídica<sup>5</sup>.

“Direitos fundamentais” e “direitos humanos” afastam-se, portanto, no que tange ao plano de sua posituação, sendo os primeiros normas exigíveis no âmbito estatal interno, enquanto estes últimos são exigíveis no plano do Direito Internacional.

Com efeito, em nossa Constituição de 1988 o poder constituinte originário expressou inequivocamente a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, com base no critério de que os primeiros são aqueles direitos consagrados no cenário internacional<sup>6</sup>, enquanto os direitos e as garantias fundamentais (inscritos no Título II da CF/88) representam os direitos reconhecidos e positivados em nossa ordem constitucional pelo poder originário. Segundo informa Ingo Sarlet,

O fato de o catálogo ser inclusivo dos direitos constantes dos tratados internacionais de direitos humanos (artigo 5º, § 2º, da CF/88) novamente não elimina eventuais diferenças e tensões. Afinal, o Brasil há de ratificar tais

tratados e assegurar-lhes eficácia e efetividade na ordem jurídica interna, (...)”<sup>7</sup>.

Para explicitar a inadequação da postura que, ao aproximar em demasia as duas expressões, defende que entre elas só há um afastamento terminológico, mas não substancial, Ingo colaciona exemplos bastante ilustrativos da distinção<sup>8</sup>. Segundo o jurista, o direito à vida é, sem dúvidas, um direito humano, e, além disso, um direito fundamental (pois devidamente inserido no art. 5º de nossa Constituição). O direito ao FGTS, porém, representa, tão somente, um direito fundamental do trabalhador nos termos de nossa carta constitucional, não correspondendo a um direito humano em nenhum dos sentidos filosóficos que se possa discutir a questão, tampouco na condição de direito inserido em algum documento internacional de direitos humanos. Continua o autor

Os exemplos, contudo, poderiam ser multiplicados, embora já resulte intuitivo que as diferenças são menos sutis do que alguns imaginam, muito menos de que se trata de mera empulhação semântica (...). Poderíamos aqui agregar os institutos do Habeas Data e do mandado de injunção, mas até mesmo do mandado de segurança, todos consagrados no artigo 5º da CF/88, insuspeitos de serem direitos e garantias fundamentais e instrumentos para a sua efetivação, mas que igualmente não constam nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e muito menos foram contemplados (ainda que existam institutos similares) em todas as constituições nacionais vigentes na condição de direitos fundamentais ou pelo menos a expressão equivalente em sentido. Nessa toada, não parece ser razoável sustentar que estamos diante de direitos humanos, na condição de exigências morais ou de direitos de caráter universal fundados na dignidade humana, mas também não de direitos humanos compreendidos como aqueles consagrados nos sistemas (internacional e regional) de proteção dos direitos humanos como uma espécie de pauta mínima (mas não máxima) vinculativa dos Estados signatários<sup>9</sup>.

7. SARLET, Ingo. *As aproximações e tensões existentes entre os Direitos Humanos e Fundamentais*. <http://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentis-entre-direitos-humanos-fundamentais>>. Acesso em 16.12.2015.

8. Diz o autor: “(...) a distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais não é resultado apenas de um engenho cerebrino acadêmico de perfil acaciano, ou seja, dedicado a discutir como se enxuga gelo ou eventualmente como se vende geladeiras para esquimós”. SARLET, Ingo. *As aproximações e tensões existentes entre os Direitos Humanos e Fundamentais*. <http://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentis-entre-direitos-humanos-fundamentais>>. Acesso em 16.12.2015.

9. SARLET, Ingo. *As aproximações e tensões existentes entre os Direitos Humanos e Fundamentais*. <http://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentis-entre-direitos-humanos-fundamentais>>. Acesso em 16.12.2015.

5. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995, p. 517.

6. Tome-se como exemplo o artigo 4º, inciso II, CF/88 que prevê, como princípio que rege o país nas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos.

Destaque-se, porém, que a aceitação de referida distinção conceitual – relacionada à positivação – **não** importa na conclusão de que direitos humanos e direitos fundamentais compõem esferas estanques e incomunicáveis entre si. Direitos humanos internacionais encontram, não raro, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados e estes, por seu turno, muitas vezes acolhem em seu catálogo de direitos fundamentais os direitos humanos consagrados em normas e declarações internacionais<sup>10</sup>.

No mais, e em sentido contrário ao defendido pela doutrina à qual nos filiamos, temos a advertência feita pelo professor André de Carvalho Ramos, de que **a distinção entre as duas expressões teria perdido a importância**, principalmente em razão do que ele chama de “processo de aproximação e mútua relação entre Direito Internacional e o Direito interno na temática dos direitos humanos”<sup>11</sup>.

No entendimento do autor, essa aproximação restou consagrada no Brasil pela adoção do rito especial de aprovação do Congresso Nacional dos tratados de direitos humanos (art. 5º, § 3º, da CF/88), bem como pelo reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que assegura a efetividade dos direitos humanos por meio de uma sentença internacional irrecorrível, que deve ser implementada pelo Estado brasileiro (art. 68.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos). Desta forma, a antiga separação entre direitos humanos (plano internacional, sem maior força vinculante) e direitos fundamentais (plano estatal interno, com efetiva força vinculante), relativamente aos instrumentos de proteção, estaria, atualmente, **mitigada**, tendo em vista que os direitos humanos também passaram a ser objeto de proteção judicial internacional<sup>12</sup>.

Feitos os comentários distintivos entre ‘direitos fundamentais’ e ‘direitos humanos’, é preciso recordar a distinção entre **“direitos”** e **“garantias”**. Àqueles (os “direitos”) representam disposições declaratórias, por meio das quais nossa Constituição nos assegura

bens e vantagens. Por outro lado, as “garantias” são disposições assecuratórias que, em defesa dos direitos, limitam o poder, isto é, são os instrumentos através dos quais vamos assegurar/tutelar o exercício dos direitos (preventivamente) ou prontamente reparar alguma situação de violação.

Em certas situações, a garantia poderá já estar contida na própria norma que prevê o direito. Exemplificando: conforme determina o inciso VI do art. 5º, é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos – eis o direito – garantindo-se na forma da lei a proteção aos locais de culto e suas garantias (eis a garantia para o exercício do direito). Vejamos outra ilustração dessa distinção: no art. 5º, o XXXVII prevê o direito ao juízo natural (eis o direito), sendo vedada a instituição de juízo ou tribunal de exceção (eis a garantia).

Uma coisa é certa: consagrado um direito, a ele corresponderá uma garantia. Eventualmente, essa garantia poderá ser um ‘remédio constitucional’ – mandado de segurança, mandado de injunção, ‘habeas corpus’, ‘habeas data’, ação popular (todos estudados detalhadamente no cap. 09 desta obra). Vê-se, pois, que os remédios constitucionais constituem espécies do gênero “garantias fundamentais”. Ademais, vale informar que a expressão “remédios constitucionais” é usada no sentido de que eles seriam os meios para corrigirmos atos viciados, impugnando-os, se for o caso, de sorte que possamos recuperar a *saúde* da liberdade pública lesionada ou ameaçada de lesão.

Para fecharmos este tópico, apresento a conceituação que a doutrina e o STF dão para a expressão “Remédios Constitucionais”. Veja o que diz o Min. Luís Roberto Barroso:

Os remédios constitucionais são garantias instrumentais destinadas à proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Servem como instrumentos à disposição das pessoas para reclamarem, em juízo, uma proteção a seus direitos, motivo pelo qual são também conhecidos como ações constitucionais.

Segundo Uadi Lâmmego Bullos, os remédios seriam os:

(...) meios constitucionais postos ao dispor dos indivíduos e das coletividades para provocar a intervenção das autoridades competentes, com vistas à defesa de um direito lesado ou ameaçado de lesão por ilegalidade ou abuso de poder.

10. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 234.

11. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51 e 52.

12. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51 e 52.

### 3. GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O desenvolvimento dos direitos fundamentais não se deu em um mesmo e único momento histórico. De modo vagaroso, no transcorrer de uma evolução histórico-social, enquanto consequência das conquistas políticas angariadas, aos poucos, pelo homem, referidos direitos foram aparecendo e, gradativamente, disciplinados nos textos constitucionais. Paulo Bonavides destacou-se entre os doutrinadores ao traçar um perfil histórico-temporal desse desenrolar, reunindo os direitos em diferentes grupos, denominados **gerações**<sup>13</sup>. O primeiro a falar em uma teoria das gerações, contudo, foi o jurista francês de origem checa Karel Vasak, em uma Conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, na França, em 1979, tendo nesta oportunidade classificado os direitos humanos em três gerações<sup>14</sup>.

Cumprir destacar, de início, que o vocábulo “geração” não está isento de críticas. Para muitos, é um termo que remete à ideia de superação, significando que uma nova “geração” sucede a outra, tornando-a ultrapassada, o que, sabe-se, não ocorre. Em verdade, a sucessão de “gerações” deve ser vista como uma evolução que amplia o catálogo de direitos fundamentais da anterior, sendo possível, inclusive, modificar o modo de interpretá-los. Destarte, não há que se falar em sedimentação de direitos por “geração”, tampouco em substituição da “geração” antecedente pela posterior.

Por fim, em que pese a crítica e a proposta de nova terminologia substitutiva – a saber, “dimensões” –, o termo “gerações” segue sendo largamente utilizado, não só pela doutrina como também pelas bancas examinadoras de concurso.

Acerca de referidas “gerações”, preceituam os constitucionalistas pátrios<sup>15</sup> que quando o revolucionário lema do século XVIII: “liberdade, igualdade e fraternidade” exprimi em três princípios essenciais o conteúdo dos direitos fundamentais, passou-se a determinar a sequência histórica do reconhecimento e institucionalização desses direitos.

Os direitos de **primeira geração** são os responsáveis por inaugurar, no final do século XVIII e início do século XIX, o constitucionalismo ocidental, e importam na consagração de direitos civis e políticos clássicos, essencialmente ligados ao valor liberdade (e enquanto desdobramentos deste: o direito à vida, o direito à liberdade religiosa – também de crença, de locomoção, de reunião, de associação – o direito à propriedade, à participação política, à inviolabilidade de domicílio e segredo de correspondência).

Apresentam-se como direitos dos indivíduos e são oponíveis, sobretudo, ao Estado, na medida em que exigem deste, precipuamente<sup>16</sup>, uma abstenção, um não fazer – e não um agir ou uma prestação estatal – possuindo, dessa forma, inequívoco caráter negativo. Nas palavras de Gilmar Mendes, constituem

postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de culto e de reunião. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado.

Em conclusão, os direitos de primeira geração são aqueles que consagram meios de defesa da liberdade do indivíduo, a partir da exigência de que não haja ingerência abusiva dos Poderes Públicos em sua esfera privada.

Já os direitos de **segunda geração** – normalmente traduzidos enquanto direitos econômicos, sociais e culturais – acentuam o princípio da **igualdade** entre os homens (igualdade material). São, usualmente, denominados “direitos do bem-estar”, uma vez que pretendem ofertar os meios materiais imprescindíveis para a efetivação dos direitos individuais. Para tanto, exigem do Estado uma atuação positiva, um fazer (daí a identificação desses direitos enquanto liberdade positivas), o que significa que sua realização depende da implementação de políticas públicas estatais, do cumprimento de certas prestações sociais por parte do Estado, tais como:

13. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 563.

14. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55.

15. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 562.

16. Apesar de os direitos de primeira geração abrangerem, via de regra, direitos de natureza negativa, também trazem, por vezes, exigências de natureza positiva. Para exemplificar, pensemos na ação popular, que consagra um direito de 1ª geração referente à participação do indivíduo na vida política do Estado.

saúde, educação, trabalho, habitação, previdência e assistência social.

O surgimento dessa segunda dimensão de direitos é decorrência do crescimento demográfico, da forte industrialização da sociedade e, especialmente, do agravamento das disparidades sociais que marcaram a virada do século XIX para o século XX. Reivindicações populares começam a florescer, exigindo um papel mais ativo do Estado na correção das fissuras sociais e disparidades econômicas, em suma, na realização da justiça social – o que justifica a intitulação desses direitos como “direitos sociais”, não por envolverem direitos de coletividades propriamente, mas por tratarem de direitos que visam alcançar a justiça social.

Reconhecer a cruel realidade de que o mundo está partido, de maneira abissal, entre nações desenvolvidas e nações subdesenvolvidas foi elemento determinante para o desenrolar, no final do século XX, de uma nova geração de direitos fundamentais, uma **terceira geração**. Nesta apareceram os direitos de **fraternidade** ou solidariedade que englobam, dentre outros, os direitos ao desenvolvimento, ao progresso, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à autodeterminação dos povos, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, à qualidade de vida, os direitos do consumidor e da infância e juventude.

Em síntese, são direitos que não se ocupam da proteção a interesses individuais, ao contrário, são direitos atribuídos genericamente a todas as formações sociais, pois buscam tutelar interesses de titularidade coletiva ou difusa, que dizem respeito ao gênero humano. É, pois, a terceira geração dos direitos fundamentais que estabelece os direitos “transindividuais”, também denominados coletivos – nos quais a titularidade não pertence ao homem individualmente considerado, mas a coletividade como um todo.

A partir do advento da modernidade globalizada criou-se a possibilidade teórico-jurídica da universalização dos direitos no campo institucional<sup>17</sup>, o que se traduz pela expectativa de surgimento de uma **quarta geração**. Nesta seriam consagrados os direitos – como,

17. “Globalizar esses direitos equivale a universalizá-los no campo institucional. Assim, a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 571.

por exemplo, à democracia, à informação e ao pluralismo – dos quais dependerá a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Norberto Bobbio, por sua vez, identifica nesta quarta geração os direitos que se relacionam aos efeitos cada vez mais traumáticos da **pesquisa biológica**, que permitirá manipulações do patrimônio genético dos indivíduos<sup>18</sup>.

Por fim, Paulo Bonavides<sup>19</sup> defende a existência de uma **quinta geração** de direitos fundamentais, representada pelo direito à **paz**<sup>20</sup>. Recomenda-se aqui um interessante artigo publicado pelo autor<sup>21</sup>, que trata da importância do **reconhecimento jurídico do direito à paz** e sua íntima integração com a compreensão de democracia, bem como destaca a paz como um direito fundamental de quinta geração que legitima o estabelecimento da ordem, da liberdade e do bem comum na convivência dos povos. Em suma, o autor reserva ao direito à paz o **papel central de supremo direito da humanidade**.

#### 4. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É tarefa complexa apontar caracteres para os direitos fundamentais que sejam sempre válidos – em todo lugar, em qualquer tempo. Todavia, grande parte da doutrina indica qualidades que lhes são associadas de forma corriqueira, quais sejam:

(A) **Universalidade**. Esta característica aponta a existência de um núcleo mínimo de direitos que deve estar presente em todo lugar e para todas as pessoas, independentemente da condição jurídica, ou do local onde se encontra o sujeito – porquanto a mera condição de ser humano é suficiente para a titularização. É, pois, relacionada à titularidade, e preceitua serem detentores dos direitos fundamentais toda a coletividade, numa definição que, a princípio, não admite

18. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 6.

19. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 580-593.

20. Cumpre informar que **Karel Vasak**, o precursor da concepção do **direito a paz** no âmbito da normatividade jurídica, o inseriu no rol dos direitos de **terceira geração**, referentes à fraternidade.

21. BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. Disponível em <[http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/3\\_Doutrina\\_5.pdf](http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf)> Acesso em: 03.12.15.

# DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

**SUMÁRIO** • 1. Introdução. 2. Direito à vida; 2.1. Introdução; 2.2. Questões controversas; 2.2.1. Princípio da vida humana; 2.2.2. Aborto; 2.2.3. Eutanásia e ortotanásia. 3. Direito à privacidade; 3.1. Introdução; 3.2. Direito à intimidade; 3.3. Direito à vida privada; 3.4. Direito à honra e à imagem; 3.5. Outros debates acerca da privacidade e intimidade: Direito ao esquecimento e proteção às mensagens de WhatsApp; 3.6. Sigilos pessoais; 3.6.1. Sigilo do domicílio; 3.6.2. Sigilo de correspondência; 3.6.3. Sigilo de dados; 3.6.3.3. Dados telefônicos; 3.7. Sigilo das comunicações; 3.7.1. Sigilo das comunicações telegráficas; 3.7.2. Sigilo das comunicações telefônicas. 4. Direito à igualdade; 4.1. Introdução; 4.2. Princípio da isonomia X ações afirmativas; 4.3. Igualdade entre homens e mulheres; 4.4. Igualdade e identidade de gênero; 4.5. Aplicação do princípio da isonomia nos critérios de admissão em concurso público; 4.6. Proteção à pessoa com deficiência e critérios de admissão em concurso público. 5. Direito à liberdade; 5.1. Introdução; 5.2. Liberdade de ação; 5.3. Liberdade de pensamento e manifestação; 5.4. Liberdade de consciência, crença e culto; 5.5. Liberdade de profissão; 5.6. Liberdade de locomoção; 5.7. Liberdade de reunião; 5.8. Liberdade de associação. 6. Direito à propriedade; 6.1. Introdução; 6.2. Função social da propriedade; 6.3. Limitações ao direito de propriedade; 6.3.1. Desapropriação; 6.3.2. Requisição; 6.3.3. Expropriação ou confisco; 6.3.4. Usucapião. 7. Direito à propriedade intelectual. 8. Direito à propriedade industrial. 9. Direito à herança e sucessão. 10. Defesa do consumidor. 11. Direito genérico à informação. 12. Direito de petição e direito à obtenção de certidões. 13. Inafastabilidade do judiciário. 14. Limitação a retroatividade da lei. 15. Juiz natural. 16. Tribunal do júri. 17. Legalidade penal e irretroatividade da lei penal. 18. Práticas discriminatórias e crimes inafiançáveis. 19. Intranscendência da pena. 20. Individualização da pena. 21. Vedação de penas. 22. Direitos assegurados aos presos. 23. Extradicação (brasileiro nato e naturalizado). 24. Extradicação (estrangeiro). 25. Juiz natural. 26. Devido processo legal. 27. Contraditório e ampla defesa. 28. Provas ilícitas. 29. Princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. 30. Identificação criminal. 31. Ação penal privada subsidiária da pública. 32. Publicidade dos atos processuais. 33. Prisão civil por dívida. 34. *Habeas corpus*. 35. Mandado de segurança. 36. Mandado de segurança coletivo. 37. Mandado de injunção. 38. *Habeas data*. 39. Ação popular. 40. Assistência jurídica estatal. 41. Erro judiciário. 42. Gratuidade. 43. Isenção de custas e despesas judiciais. 44. Direito à razoável duração do processo. 45. Proteção geral de dados. 46. Quadro sinótico. 47. Questões; 47.1. Questões objetivas; Gabarito – questões objetivas.

## 1. INTRODUÇÃO

O Título II da Constituição Federal, referente aos Direitos e as Garantias Fundamentais, contempla cinco capítulos. Neste momento da obra nos dedicaremos ao primeiro deles, que abrange o art. 5º e trata dos **direitos e deveres individuais e coletivos**.

Inicialmente, cumpre informar que a Constituição de 1988 **ampliou** significativamente o catálogo de direitos individuais: se no documento anterior tínhamos um artigo com trinta e seis parágrafos<sup>1</sup>, a atual conta com um rol (art. 5º) de setenta e nove incisos.

E como este rol é **exemplificativo** (e não taxativo), direitos dessa espécie podem ser identificados em outras passagens da Constituição – para exemplificar lembremos do art. 16 (princípio da anterioridade eleitoral), que segundo o STF é uma garantia individual do eleitor<sup>2</sup>; e do art. 150, III, “b” (princípio da

1. Art. 153, Emenda Constitucional nº 01/1969.

2. ADI 3.685-DF, relatada pela Min. Ellen Gracie. Segundo pronunciamento da Corte: “(...) passou-se a identificar no art. 16 uma garantia fundamental do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos. Fez-se uma analogia com a garantia da anterioridade tributária fixada no art. 150, III, b, da Constituição. Dessa forma, se o princípio da anterioridade tributária constitui uma garantia do cidadão-contribuinte, tal como afirmado pelo STF no julgamento da ADI 939 (Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 17.12.1993), o princípio da anterioridade eleitoral é uma garantia do cidadão, não apenas do eleitor, mas também

anterioridade tributária), que segundo o STF é uma garantia individual do contribuinte.

Quanto à nomenclatura que o constituinte originário definiu para o capítulo 1 (direitos e deveres individuais e coletivos) dois dados merecem destaque: (i) apesar da não menção às **garantias individuais** na nomeação do capítulo, elas estão também sistematizadas no art. 5º e serão devidamente trabalhadas no capítulo 9 desta obra; (ii) mesmo tendo feito referência aos direitos individuais e aos coletivos, o constituinte não se preocupou em defini-los e diferenciá-los. A tarefa coube, portanto, à doutrina.

Assim, doutrinariamente, considera-se que os **direitos individuais** são aqueles titularizados pelo sujeito individualmente considerado, que representam “a autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência dos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado”<sup>3</sup>. Por seu turno, **direitos individuais de expressão coletiva** são aqueles direitos que cada pessoa, individualmente considerada, possui, mas que somente podem ser exercidos de forma coletiva. O direito de reunião (art. 5º, XVI) e o de associação (art. 5º, XVII) ilustram esta espécie. Por fim, temos os **direitos coletivos**, que são titularizados por uma categoria de pessoas, ainda que elas não possam ser individualizadas de modo preciso. Quase não temos direitos de viés coletivo no art. 5º, todavia o direito de representação que é dado às associações (art. 5º, XXI), bem como o direito à obtenção de informações de interesse coletivo (5º, XXXIII) exemplificam essa tipologia.

Nos itens a seguir nos dedicaremos a avaliar e compreender os **principais e mais relevantes** direitos inseridos em nosso documento constitucional, a começar pelo direito à vida.

## 2. DIREITO À VIDA

### 2.1. Introdução

A vida humana é o **bem jurídico mais importante** dentre todos os direitos constitucionalmente tutelados, afinal, estar vivo é um pressuposto elementar para

se usufruir dos demais direitos e liberdades garantidos na Constituição Federal. Segundo Gilmar Mendes

O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse<sup>4</sup>.

Esse direito costuma ser apresentado doutrinariamente em duas perspectivas: (i) o direito de **continuar vivo**, ou seja, de não ser morto; e (ii) o direito a ter uma **vida digna**.

A primeira consiste no direito da pessoa de **estar e permanecer viva**, garantindo que sua existência física não será violada nem pelo Estado nem por outros particulares. O poder originário, no intuito de ser coerente na proteção à vida, vedou a aplicação da pena de morte<sup>5</sup>, ressalvado o caso de guerra declarada<sup>6</sup>. Nem o poder constituído reformador, tampouco o legislador infraconstitucional, poderão estabelecer a pena de morte para outros casos, vez que a garantia de ela não se sujeitar (ressalvada a guerra declarada) é cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, CF/88) e não admite restrição ou supressão por emenda ou legislação ordinária.

No que se refere à proteção a **vida digna**, que expande o conceito de viver para além da simples subsistência física, temos uma íntima e indissociável relação com a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF/88). Nesse contexto, resguardar uma vida com dignidade é tarefa multifacetária, que exige que o Estado assegure ao indivíduo o acesso a bens e utilidades necessárias para uma vida apropriada, forneça serviços essenciais (como o de educação, o de saúde, etc.), crie planos de governo que propiciem ao indivíduo exercer plenamente suas liberdades e seus direitos (ao trabalho, à moradia, etc.), proíba qualquer tipo de tratamento desmerecedor, como a tortura (art. 5º, III, CF/88), as penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados ou as cruéis, (art. 5º, XLVII, “b”, “c” e “e”, CF/88).

### 2.2. Questões controversas

Nada obstante a indiscutível relevância axiológica do direito à vida e o seu caráter de premissa basilar

do candidato e dos partidos políticos. Nesse sentido, consolidou-se nesse julgamento a noção de que o art. 16 é garantia de um ‘devido processo legal eleitoral’”.

3. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 33ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 191.

4. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 441.

5. No art. 5º, XLVII, ‘a’, CF/88.

6. Nos termos do art. 84, XIX, CF/88.

que oportuniza o exercício de todos os demais direitos, o poder constituinte originário optou por não confrontar as principais e mais controversas indagações que circundam o assunto. Assim, não fixou o marco temporal a partir do qual se inicia a proteção jurídica a vida, tampouco tratou do aborto, da eutanásia e da ortotanásia.

Estudos doutrinários e as soluções jurisprudenciais para ocorrências fáticas nos trarão, todavia, diretrizes que permitirão compreender os complexos e polêmicos debates que o direito à vida enseja.

### 2.2.1. Princípio da vida humana

Nossa Carta Constitucional **não dispõe sobre o início da vida humana**, precisando o instante em que ela começa. E, a rigor, nem deve mesmo fazê-lo, afinal não é atribuição da ciência jurídica fixar este marco, mas sim das ciências naturais. Atualmente não há, todavia, qualquer consenso científico a esse respeito.

Para alguns, a **concepção** (fecundação do óvulo pelo espermatozoide, da qual resulta um ovo ou zigoto) marca esse início. O Pacto de São José da Costa Rica, internalizado no ordenamento pátrio (com status de norma suprallegal) pelo Decreto 678/1992, adota essa teoria, em seu art. 4º, 1, ao dispor: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. Outros defendem que a **nidação** (fixação do zigoto no útero materno) é um marco temporal mais adequado, haja vista o embrião só se desenvolver dentro do útero. Para uma terceira corrente<sup>7</sup>, a vida humana só tem início a partir da **formação do sistema nervoso central** (capacidade neurológica de sentir prazer e dor), o que ocorre por volta do 14º dia após a concepção. Há, por fim, quem entenda que a passagem da “pessoa humana em potencial” para “pessoa humana *tout court*” ocorreria a partir do momento em que o feto passa a ter capacidade de existir fora do ventre materno, entre a 24ª e a 26ª semana gestação<sup>8</sup>.

Mesmo diante desse cenário de incerteza técnico-científica sobre o início da vida humana, poderia o Magno Texto Federal ter delimitado a partir de quando

principia a **proteção jurídica** sobre esse bem, o que também não foi feito. Diferentemente de procurar definir quando a vida se inicia, tarefa que, já sabemos, não deve ser exigida da Constituição, a delimitação do marco a temporal a partir do qual o ordenamento jurídico se ocuparia de preservar o bem jurídico “vida” forneceria balizas orientadoras para a solução de algumas questões difíceis do Direito, como a (im) possibilidade da realização do aborto, a (in)viabilidade de manipulação das células tronco, etc.

Como resultado dessa omissão do texto constitucional, e em meio as vigorosas divergências de ordem religiosa, científica e filosófica, coube ao **legislador ordinário** fornecer um direcionamento por meio da Lei nº 11.105/2005 (**Lei de Biossegurança**) e ao STF<sup>9</sup> reafirmar essa orientação legislativa – já que a Corte declarou a **constitucionalidade** dos preceitos da Lei de Biossegurança que permitem, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados no respectivo procedimento.

A conclusão a que se chega após essa relevante decisão prolatada pela nossa Suprema Corte é a de que a vida não se inicia com a fecundação do óvulo (a partir da concepção), mas em determinada fase de desenvolvimento do embrião humano, após a formação da placa neural.

Assim, não se efetiva a proteção do embrião no âmbito constitucional, pois, de acordo com o STF, a inviolabilidade constitucional do direito à vida refere-se, exclusivamente, a indivíduos que sobreviveram ao parto. Em outros termos: o âmbito de proteção constitucional não alcança embriões e fetos, mas, tão somente, aqueles que nasceram vivos. Para o STF “o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana”.

Todavia, não custa lembrar que a circunstância de o embrião ter a potencialidade de se tornar uma pessoa humana é meritória o suficiente para justificar uma proteção contra tentativas levianas de impedir sua continuidade fisiológica, em tutela que vai além da proteção constitucional e alcança estágios anteriores ao nascimento – o que é feito, por exemplo, pelo Direito Civil (ao resguardar os direitos do nascituro) e pelo Código Penal (ao criminalizar o aborto).

7. Que a doutrina informa ser adotada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Ver NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 469.

8. Novelino ensina que é este o critério utilizado pelo Comitê de Ética da França (NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 469).

9. Na ADI 3.510, relatada pelo Min. Carlos Britto, noticiada no Informativo 508, STF.

Para ilustrar a percepção da Corte, destaca-se o seguinte trecho da decisão proferida pelo STF na ADI 3.510:

Asseverou que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, b), “livre exercício dos direitos... individuais” (art. 85, III) e “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado.

### 2.2.2. Aborto

Já sabemos que a Constituição Federal protegeu amplamente a vida humana, tutelando não só a vida **extrauterina**, mas igualmente a **intrauterina**. Foi pensando em resguardar esta última que o legislador penal vedou a prática do aborto.

Destarte, a interrupção provocada da gravidez é conduta considerada criminosa na legislação infraconstitucional, já que o Código Penal tipifica como infração, nos artigos 124 a 126, a provocação de aborto em si mesma ou a autorização para que outrem provoque, bem como o ato de provocar o aborto com ou sem o consentimento da gestante<sup>10</sup>.

Apenas em duas hipóteses o aborto **não** foi tipificado na nossa legislação como crime: (i) quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, caso em que teremos o **aborto necessário**<sup>11</sup> (também chamado de terapêutico); (ii) ou quando a gravidez resultar de estupro e o aborto for precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (caso em que teremos o **aborto sentimental**<sup>12</sup>).

10. Art. 124, 125 e 126, Código Penal/1940: art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos; art. 125 – Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de três a dez anos; art. 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de um a quatro anos.

11. Art. 128, I, CP, *in verbis*: “Não se pune o aborto praticado por médico: se não há outro meio de salvar a vida da gestante”.

12. Art. 128, II, CP, *in verbis*: “Não se pune o aborto praticado por médico: se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

Além dessas duas hipóteses legais, o STF, em 2012, no julgamento da **ADPF nº 54**, identificou uma terceira ao declarar a **inconstitucionalidade** da interpretação segundo a qual a **interrupção da gravidez de feto anencefálico** seria conduta tipificada no Código Penal.

No julgamento, destacou-se que a tipificação penal da antecipação terapêutica do parto do feto anencefálico não estaria em conformidade com a Constituição, especialmente diante dos preceitos que garantem a laicidade do Estado, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde.

Alguns Ministros decidiram a controversa questão tendo por base a já mencionada diretriz trazida pela Lei nº 9.434/1997 e a Resolução nº 1.480/1997 do Conselho Federal de Medicina (CFM) – que consideraram que a morte do indivíduo se dá quando cessa sua atividade cerebral, permitindo que, a *contrario sensu*, entendamos que a proteção jurídica da vida humana se inicia com a formação da placa neural. Assim, o Min. Marco Aurélio, relator da arguição, afirmou: “aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível”. O Min. Celso de Mello argumentou no mesmo sentido, ao entender que o feto anencéfalo não é um ser humano vivo, porque não tem cérebro e nunca vai desenvolver atividade cerebral. Disse o decano da Corte: “Se não há vida a ser protegida, não há tipicidade”. A Min. Carmen Lúcia seguiu a mesma linha argumentativa: “Considero que na democracia a vida impõe respeito. Neste caso, o feto não tem perspectiva de vida e, de toda sorte, há outras vidas que dependem exatamente, da decisão que possa ser tomada livremente por esta família (mãe, pai) no sentido de garantir a continuidade livre de uma vida digna”. Por seu turno, a Min. Rosa Weber sustentou que, para o direito, o que estava em jogo, no caso, não era o direito do feto anencefálico à vida, já que, de acordo com o conceito de vida do Conselho Federal de Medicina, ele jamais terá condições de desenvolver uma vida com a capacidade psíquica, física e afetiva inata ao ser humano, pois não terá atividade cerebral que o qualifique como tal.

Ainda sobre o tema “aborto”, vale mencionar uma importante manifestação do STF sobre o assunto: em novembro de 2016, no julgamento do *habeas corpus* (HC) 124.306, a 1ª Turma do STF, por maioria, entendeu que a **interrupção voluntária da gestação**

**realizada nos três primeiros meses não representa crime.**

De acordo com o voto do Ministro Luís Roberto Barroso (que foi acompanhado pelos Ministros Rosa Weber e Edson Fachin<sup>13</sup>) **a criminalização do aborto é incompatível com diversos direitos fundamentais**, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade.

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

Vale ressaltar que como a decisão foi prolatada em um HC, aplica-se unicamente para o caso concreto que estava sendo examinado pelo STF, **não possuindo efeitos erga omnes**. A manifestação de três ministros do Supremo em favor da descriminalização do aborto nessa hipótese indica, no entanto, que, quando o plenário da Corte Suprema for se manifestar em ação com ampla eficácia (por exemplo, na ADPF 442, quando for julgada – aguardemos<sup>14</sup>), é *significativa* a possibilidade de as normas que criminalizam o aborto previstas no Código Penal serem *reavaliadas* quanto à recepção.

Recomendamos, pois, que o leitor siga acompanhando as decisões do STF sobre o tema, em especial a **ADPF 442**, relatada pela Min. Rosa Weber, que discute a questão relativa à recepção, pela Constituição Federal de 1988, dos artigos 124 e 126 do Código Penal, que instituem a criminalização da interrupção voluntária da gravidez.

Nessa ADPF, a Ministra Rosa Weber convocou audiência pública (realizada em 2017), vez que a

questão da interrupção voluntária da gravidez nas 12 primeiras semanas envolve diferentes valores públicos e direitos fundamentais. A discussão, no entendimento da Ministra relatora, é um dos temas jurídicos “mais sensíveis e delicados”, pois circunda razões de ordem ética, moral, religiosa e de saúde pública e a tutela de direitos fundamentais individuais.

A Procuradoria-Geral da República já se manifestou pela **improcedência** da arguição, alegando que os pedidos submetidos à apreciação do STF na arguição exigem o exercício de funções legislativas que não foram concedidas ao Poder Judiciário:

A Constituição Federal reservou ao Poder Legislativo as capacidades institucionais e a legitimidade democrática para definir, como se busca nesta ADPF, que a conduta de interrupção da gravidez nas 12 primeiras semanas de gestação não mereça ser tipificada como crime, nos termos dos arts. 124 e 126 do Código Penal.

Há tempos os autos estão conclusos à relatora. Aguardemos o processo ser pautado, para, enfim, ser julgado e a questão decidida.

Por fim, lembremos que na ADI 5581, relatada pela Min. Cármen Lúcia, o STF *apreciaria* a possibilidade da interrupção da gravidez de mulheres contaminadas pelo **vírus zika** (condição que pode levar ao parto de crianças com microcefalia). No entanto, em maio de 2020, o plenário do STF, por unanimidade, julgou **prejudicada** a ação direta. O colegiado acompanhou a relatora, ministra Cármen Lúcia, pela **perda do objeto da ação** – diante da revogação (pela Medida Provisória 894/2019) do principal ponto questionado na arguição: a norma que institui pensão vitalícia a crianças com microcefalia decorrente do zika vírus. No mais, a relatora firmou que a Anadep não tem legitimidade para a propositura da ADPF, pois a jurisprudência do STF somente reconhece a legitimidade das entidades de classe nacionais para o ajuizamento de ação de controle abstrato se houver nexo de afinidade entre os seus objetivos institucionais e o conteúdo dos textos normativos.

Note, estimado leitor, que a extinção dessa ação só adiou uma discussão relevante, que as principais supremas cortes e tribunais constitucionais do mundo em algum momento já enfrentaram: o tratamento constitucional e legal a ser dado à interrupção de gestação, à proteção jurídica do feto e aos direitos fundamentais da mulher.

13. Luiz Fux e Marco Aurélio Melo não se manifestaram em relação a este argumento.

14. Até o fechamento dessa edição, os autos estavam (desde setembro de 2022) conclusos à relatora.

# DIREITOS SOCIAIS

**SUMÁRIO** • 1. Introdução. 2. Notícias históricas. 3. Finalidade. 4. Sujeito passivo dos direitos sociais. 5. Classificação dos direitos sociais. 6. Reserva do possível; 6.1. Introdução; 6.2. Notícias históricas; 6.3. A teoria da “reserva do possível” no direito pátrio. 7. Mínimo existencial. 8. Judicialização do direito à saúde. 9. Vedação do retrocesso. 10. Quadro sinótico. 11. Questões; 11.1. Questões objetivas; Gabarito – questões objetivas.

## 1. INTRODUÇÃO

Comprometida com a finalidade de **garantir direitos mínimos à coletividade** e **assegurar uma melhoria das condições de existência para os indivíduos**, a Constituição enumera, de maneira genérica em seu art. 6º (com redação dada pela EC nº 90/2015), os direitos sociais por excelência, quais sejam, o direito à educação, à saúde, à alimentação<sup>1</sup>, ao trabalho, à moradia<sup>2</sup>, ao transporte<sup>3</sup>, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e, por fim, à assistência aos desamparados<sup>4</sup>.

### TA SEM SAL PPT

Trabalho  
Alimentação

Saúde  
Educação  
Moradia

Segurança  
Assistência aos desamparados  
Lazer

Previdência social  
Proteção à maternidade e à infância  
Transporte

Convém recordar que referidos direitos, enquanto prerrogativas constituídas na segunda dimensão dos direitos fundamentais, normalmente exigem **prestações positivas** do Estado, que deverá implementar a igualdade jurídica, política e social entre os sujeitos que compõem o desnivelado tecido social. Nesse sentido, e em nítido contraste com os direitos individuais – que, via de regra, exigem um “não fazer”, um “não agir”, um “não atuar” por parte dos Poderes Públicos, criando esferas individuais de não ingerência estatal – os direitos sociais têm por conteúdo “um fazer”, “um ajudar”, “um contribuir”. São, portanto, direitos dependentes de intervenção estatal, que somente “se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente”<sup>5</sup>.

Note-se, destarte, que o conteúdo dos direitos sociais é, em essência, **prestacional**, demandando ações positivas do Estado.

É nesse contexto que José Afonso da Silva apresenta um conceito para a locução “direitos sociais”, determinando serem estes

prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que

1. O direito à **alimentação** foi inserido ao rol do art. 6º, pela EC nº 64, publicada em fevereiro de **2010**.

2. O direito à **moradia**, foi inserido ao rol do art. 6º, pela EC nº 26, publicada em dezembro de **2000**.

3. O direito ao **transporte** foi o último a ser inserido ao rol do art. 6º, pela EC nº 90, publicada em setembro de **2015**.

4. Não se esqueça, caro leitor, que a **EC nº 114/2021**, incluiu um parágrafo único no art. 6º, CF/88 indicando que **todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar**, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária.

5. COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.

criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade<sup>6</sup>.

Ressalte-se, contudo, que existem **direitos sociais de abstenção**, em relação aos quais o Estado deve se privar de interferir de modo indevido sobre tais direitos, como ocorre nos direitos sociais relativos à liberdade de associação sindical ou o direito de greve<sup>7</sup>.

Igualmente não se pode desconsiderar, diferentemente daquilo que comumente é afirmado, que **todos os direitos** (e não só os sociais) **têm custos** privados e públicos. É cristalina a lição de Casalta Nabais, quando menciona que:

(...) os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí decorre que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos<sup>8</sup>.

Nesse sentido, todos os direitos possuem custos comunitários, vale dizer, custos financeiros públicos. Segundo o autor, estes custos não existem só para “os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também têm custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento”<sup>9</sup>.

## 2. NOTÍCIAS HISTÓRICAS

A origem histórica desses direitos pode ser encontrada na **crise do Estado Liberal**, provocada pelo avanço desmedido do capitalismo e pelo constante descaso para com os problemas sociais, que ocasionavam novas e ferozes reivindicações, nas quais se exigia do Estado um papel mais ativo na realização da justiça social.

À época, os trabalhadores – que com a industrialização maciça foram forçados a se empregarem nas fábricas, em condições indignas e precaríssimas de trabalho – eram tratados pelas leis como iguais, como sujeitos em situação de equivalência para com seus empregadores. Como essa igualdade formal era

inócua e tirânica, a classe operária passou a se organizar, sob o paradigma socialista, e a lutar por uma melhor e mais decente condição de vida, que seria oportunizada a partir da consagração de direitos de caráter social.

Foi, pois, neste contexto de graves embates sociais que surgiram irrefutáveis argumentos oportunos ao reconhecimento de direitos que buscassem aquietar os enérgicos e sólidos movimentos populares e, por consequência, ao menos minimizar as abissais desigualdades que assolavam a sociedade. Percebeu-se que de nada valia reconhecer a liberdade plena aos indivíduos ante a inexistência de garantias mínimas para seu exercício, da mesma forma que não era suficiente afirmar a igualdade formal perante a lei, sendo indispensável assegurar a todos, na prática, um mínimo de dignidade e igualdades nas oportunidades<sup>10</sup>.

No direito pátrio, o texto constitucional que primeiro disciplinou os direitos sociais, inscrevendo-os num título referente à ordem econômica e social, foi o de **1934**, notavelmente inspirado pela Constituição de Weimar, de 1919, responsável pela inauguração de um novo espírito, de caráter social, nas cartas constitucionais.

A **Constituição da República de 1988** enunciou um extenso rol de direitos fundamentais relacionados à segunda dimensão, e trouxe um grande avanço: inserindo-os no título II, superou a estéril e desnecessária discussão acerca da natureza dos direitos sociais. Estes são direitos fundamentais, dotados de **normatividade** e **força vinculante**, que asseguram aos seus titulares a capacidade de pleitear, em face do Estado, prestações positivas e concretas que assegurem as condições mínimas de subsistência e permitam aos indivíduos, ao menos, a aproximação da igualdade real.

Além do já mencionado art. 6º, nossa atual carta constitucional enuncia outros direitos sociais nos arts. 7º a 11, bem como outros deslocados do título II, referentes à seguridade social (art. 194) à saúde (art. 196) e à educação (art. 205).

## 3. FINALIDADE

O reconhecimento da igualdade formal, propiciada pela construção dos direitos fundamentais de primeira dimensão, mostrou-se insuficiente para garantir verdadeira equivalência de condições de conquista e fruição dos bens e serviços. Em verdade, propiciou

6. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 33ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 286-287.

7. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 64.

8. Disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo/Direito\\_Administrativo.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo/Direito_Administrativo.pdf). Acesso em 16.12.2015.

9. Disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo/Direito\\_Administrativo.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo/Direito_Administrativo.pdf). Acesso em 16.12.2015.

10. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 2004, p. 46.

uma falsa e opressiva noção de paridade que só servia aos detentores da riqueza, cada vez mais prósperos e distantes dos explorados que, apesar de possuídores das mesmas prerrogativas e liberdades públicas (consagradas na primeira geração), estavam desprovidos das condições para usufruí-las.

Nesta perspectiva foram sendo arquitetados os direitos sociais, com o claro e inequívoco intuito de **incrementar a qualidade de vida dos indivíduos**, especialmente os hipossuficientes, assegurando-lhes o instrumental necessário para desfrutar das benesses que outrora já estavam constitucionalmente asseguradas.

Na lição de Jorge Miranda, visam, referidos direitos,

“promover o aumento do bem-estar social e econômico e da qualidade de vida das pessoas, em especial, das mais desfavorecidas, de operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento (...)”.<sup>11</sup>

Assim é que se pode concluir ser a finalidade dos direitos sociais a de **proteger os setores sociais economicamente débeis e estruturalmente frágeis, de modo a construir uma sociedade mais homogênea**. São, portanto, “direitos de crédito, pois envolvem poderes de exigir, por meio de prestações positivas do Estado”.<sup>12</sup>

Em desfecho, vale frisar que a Constituição da República de 1988 enuncia como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização, além de reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, CF/88), objetivos que somente serão concretizados com o incremento na efetivação dos direitos sociais.

#### 4. SUJEITO PASSIVO DOS DIREITOS SOCIAIS

A definição do sujeito passivo dos direitos sociais passa pelo questionamento concernente a quem incube a tarefa de assegurá-los. A resposta, inequívoca, é a de que a atribuição é do **Estado** – em que pese a responsabilidade pela concretização destes direitos poder ser eventualmente partilhada, por exemplo com a família, no caso do direito à educação.

Nesse sentido, é dever do Estado proporcionar proteção à saúde (art. 196), promover a educação (art. 205), incentivar a cultura (art. 215) etc., agindo em parceria com a família e, também, com a sociedade (art. 195)<sup>13</sup>.

#### 5. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A amplitude dos temas inseridos no capítulo II do Título II torna inequívoco que os direitos sociais não são somente os que estão inscritos nos arts. 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 11; eles podem ser localizados, também e especialmente, no Título VIII – Da Ordem Social, vale dizer, nos arts. 193 e seguintes (ver o capítulo 21 desta obra).

Referidos direitos podem ser agrupados nas seguintes categoriais:

- (i) os **direitos sociais dos trabalhadores**, por sua vez subdivididos em **individuais** e **coletivos**;
- (ii) os **direitos sociais de seguridade social** (a doutrina<sup>14</sup> destaca que os direitos sociais da seguridade social envolvem o direito à saúde, à previdência social, à assistência social);
- (iii) os **direitos sociais de natureza econômica**;
- (iv) os **direitos sociais da cultura**;
- (v) os de **segurança**.

Quanto aos direitos sociais do trabalhador, constantes do art. 7º, podemos apresentar a seguinte classificação<sup>15</sup>:

##### (i) **Direito ao trabalho e à garantia do emprego:**

(A) relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos (art. 7º, I):

- A eficácia do dispositivo em comento não ficou condicionada à edição de referida lei complementar, afinal foi estabelecida, no art. 10, ADCT, uma multa a ser aplicada de pronto até

11. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2000, p. 386.

12. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 619.

13. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 620.

14. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 790.

15. Nos inspiramos na construção feita por CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 762-767.

a promulgação do referido diploma, a saber: “Art. 10, ADCT: até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: I – fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966”;

- Em 2018, nossa Corte Suprema, apreciando o tema 497 da repercussão geral, por maioria de votos, negou provimento ao RE 629.053<sup>16</sup> e decidiu que **a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória a partir da confirmação da gravidez, e não somente após a comunicação ao empregador**. Com este entendimento, a Corte considerou válida o enunciado da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual preceitua que o desconhecimento da gravidez por parte do empregador não exclui o direito ao recebimento da indenização relativa ao período de estabilidade da gestante. Destacou-se no julgamento a importância conferida pelo legislador constituinte à proteção da maternidade, direito que possui **titularidade dupla**: pertence tanto à gestante, quanto ao filho. O direito à estabilidade, além de assegurar à mãe a permanência no emprego, protege também o nascituro, promovendo estabilidade psicológica e econômica à mulher que se encontra em situação em que, normalmente, seria mais difícil a sua empregabilidade. Por isso, o entendimento prevalente reconheceu como único requisito o de natureza biológica, de modo que atestado o termo inicial da gravidez, estará assegurada a proteção. Assim, tratando-se a estabilidade de direito irrenunciável, nem mesmo “o desconhecimento por parte da gestante ou sua própria negligência em juntar uma documentação ou mostrar um atestado não pode prejudicá-la, tampouco pode prejudicar o recém-nascido”.

(B) Seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário (art. 7º, II):

- Segundo o STF<sup>17</sup> viola os princípios constitucionais da liberdade de associação (art. 5º, XX) e da liberdade sindical (art. 8º, V), am-

bos em sua dimensão negativa, a norma legal que condiciona, mesmo que indiretamente, o recebimento do benefício do seguro-desemprego à filiação do interessado a colônia de pescadores de sua região;

(C) Fundo de garantia do tempo de serviço (art. 7º, III):

- Em recente manifestação<sup>18</sup> (RE 596.478-RR) o STF, por apertada maioria, entendeu que o art. 19-A da Lei nº 8.036/1990, acrescido pelo art. 9º da medida provisória 2.164-41/2001, que assegura direito ao FGTS à pessoa que tenha sido contratada sem concurso público não afronta a Constituição. De acordo com a decisão, a Corte tem levado em consideração essa necessidade de se garantir a fatos nulos, mas existentes juridicamente, os seus efeitos, tornando impossível aplicar, na hipótese, a teoria civilista das nulidades de modo a retroagir todos os efeitos desconstitutivos dessa relação. O fato é que muitas vezes esses simulacros de seleção, que tencionam substituir os concursos públicos, são feitos para apadrinhar algumas pessoas, mas acabam por abarcar sujeitos que se dedicam efetivamente às atividades e acabam sendo vítimas da trapaça engendrada pelo próprio Poder Público. Por fim, segundo a maioria dos Ministros, o artigo questionado é uma norma de transição, e caso alguém tenha agido com dolo ou culpa na contratação do servidor, ele responderá regressivamente nos próprios termos do artigo 37 da Constituição Federal;
- Ressalte-se, ainda, recente decisão do STF que, superando o entendimento anterior sobre a prescrição trintenária com relação à cobrança dos valores não pagos ao FGTS, reconheceu, por maioria, a inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90 e do art. 55 do Decreto nº 99.684/90, que previam o prazo prescricional de 30 anos. Decidiu-se, portanto, que o prazo prescricional para a cobrança judicial dos valores devidos relativos ao FGTS é de 5 anos, pois referida verba possui natureza jurídica trabalhista, devendo ser aplicada a ela a regra prevista no art. 7º, XXIX, da CF/88. Outrossim, tendo em vista tratar-se

16. RE 629.053, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 10/10/2018 e noticiado no Informativo 919.

17. ADI 3.464-DF, STF, Rel. Min. Menezes Direito, noticiada no Informativo 526, STF.

18. RE 596.478/RR, noticiado no Informativo 670, STF, teve por relatora orig. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli.

de uma brusca mudança jurisprudencial, haja vista que o próprio STF e o TST possuíam entendimento consolidado no sentido da prescrição de 30 anos, a decisão teve os seus efeitos modulados, tendo sido atribuído efeitos *ex nunc*.<sup>19</sup>

(D) Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei (art. 7º, XXI);

**(ii) Direitos referentes ao salário haurido pelo trabalhador:**

(A) salário-mínimo (art. 7º, IV): a vedação à vinculação do salário-mínimo “para qualquer fim” é proibição que alcança todos os setores sociais, razão pela qual o STF editou a súmula vinculante nº 4, com o seguinte teor: “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário-mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”. Segundo informa a doutrina<sup>20</sup>, o intuito dessa proibição foi impedir que fatores externos influenciassem a fixação do valor do salário-mínimo, afinal, essa utilização tolheria eventual aumento do salário-mínimo pela cadeia de aumentos que ensejaria se admitida essa vinculação (RE 217.700-GO<sup>21</sup>). No entanto, o STF entende que, muito embora o salário-mínimo não possa ser utilizado como fator de indexação, pode ser utilizado para:

- fixação da indenização em salários-mínimos, observado o valor deste na data do julgamento. A partir daí esse *quantum* será corrigido por índice oficial (AgRg no RE 409.427-RJ)<sup>22</sup>;
- a fixação de pensão alimentícia, pois esta tem por finalidade assegurar aos beneficiários as mesmas necessidades básicas garantidas aos trabalhadores em geral pelo texto constitucional. De considerar-se afastada, por isso, relativamente a essa hipótese, a proibição da vinculação ao salário-mínimo, prevista no inciso IV do art. 7º, CF/88 (RE 274.897<sup>23</sup>).

(B) piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho (art. 7º, V):

- Sobre este inciso, vale lembrar da existência da LC federal nº 103/2000, mediante a qual a União, valendo-se da autorização expressa constante do art. 22, I e parágrafo único, da Carta Maior, delegou aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir piso salarial para os empregados que não tenham esse mínimo definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho;
- A 1ª Turma do STF decidiu, em fevereiro de 2019<sup>24</sup>, que é permitido fixar o piso salarial em múltiplos do salário-mínimo (por exemplo: determinar que o piso da categoria ‘x’ é de 5 salários-mínimos), desde que o reajuste do piso não esteja vinculado automaticamente ao reajuste do salário-mínimo. Em outras palavras: quando da contratação, há a definição de que o sujeito ganhará o piso da categoria, que corresponde a ‘x’ vezes o valor do salário-mínimo vigente naquele momento; no entanto, as correções posteriores à contratação vão observar os acordos coletivos da categoria respectiva, não havendo um reajuste automático do valor em razão da alteração do valor do salário-mínimo (justamente o que evita que ele seja usado como fator de indexação). Nesse mesmo sentido, veja o que diz a OJ 71 do TST: “A estipulação do salário profissional em múltiplos do salário-mínimo não afronta o art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, só incorrendo em vulneração do referido preceito constitucional a fixação de correção automática do salário pelo reajuste do salário-mínimo.” Assim, nas hipóteses em que o salário-mínimo seja utilizado como parâmetro para a fixação de salário-base, e não como fator de indexação para futuros reajustes, não haverá afronta ao art. 7º, IV, da CF/88 nem à SV 4.
- Em **fevereiro de 2022**, na ADPF 73, o STF confirmou o entendimento posto no item anterior. Veja: “Não há vedação para a fixação de piso salarial em múltiplos do salário-mínimo, desde que inexistam reajustes automáticos”.

19. ARE 709212-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 13.11.2014, noticiado no informativo 767.

20. BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Sinopses para Concursos: v. 17 – Direito Constitucional – Tomo II*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 194.

21. Relatado pelo Min. Moreira Alves.

22. Relatado pelo Min. Carlos Velloso.

23. Relatado pela Min. Ellen Gracie.

24. RE 1.077.813 AgR/PR, Rel. Min. Marco Aurélio.

# FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

**SUMÁRIO** • 1. Introdução. 2. Ministério Público; 2.1. Introdução; 2.2. Natureza; 2.3. Princípios institucionais; 2.4. Ingresso na carreira; 2.5. Garantias e vedações aos membros do Ministério Público; 2.6. Organização e composição do Ministério Público; 2.7. Procurador-Geral da República; 2.8. Procurador-Geral de Justiça; 2.9. Conselho Nacional do Ministério Público; 2.10. Funções Institucionais do Ministério Público; 2.10.1. Investigação criminal e teoria dos “poderes implícitos”; 2.11. Ministério Público nos Tribunais de Contas. 3. Advocacia pública; 3.1. Introdução; 3.2. Organização da Advocacia-Geral da União; 3.3. O Advogado-Geral da União; 3.4. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal; 3.5. Pagamento de honorários de sucumbência aos advogados públicos. 4. Advocacia privada; 4.1. Introdução; 4.2. Habilitação para a profissão de advogado e a questão da indispensabilidade; 4.3. A inviolabilidade do advogado; 4.4. Direitos do advogado. 5. Defensoria Pública; 5.1. Introdução; 5.2. Notícias históricas; 5.3. Arquitetura e organização da Defensoria Pública; 5.4. Garantias, prerrogativas e vedações para os membros da Defensoria Pública; 5.5. Destinatários dos serviços prestados pela Defensoria Pública; 5.6. Legitimidade para a propositura de ação civil pública. 6. Quadro comparativo. 7. Quadro sinótico. 8. Questões; 8.1. Questões objetivas; Gabarito – questões objetivas.

## 1. INTRODUÇÃO

Sabemos que o Poder Judiciário não age por iniciativa própria, independentemente de provocação, em razão do princípio da inércia<sup>1</sup>. A jurisdição se sujeita, pois, à demanda externa para ser exercida, sendo característica central do Poder Judiciário a estática ou o não agir por impulso próprio (*ne procedat iudex ex officio*).

Destarte, é imprescindível que a Constituição institucionalize as atividades profissionais especializadas no desenrolar da dialética processual, a fim de impulsionar, colaborar e, sobretudo, tornar exequível a atividade jurisdicional, atribuindo-lhes o *status* de funções essenciais à Justiça.

Referidas funções são as atividades laborais, de caráter público ou privado, que estão referidas no Capítulo IV do Título da Organização dos Poderes, entre os arts. 127 a 135 da CF/88, distribuídas do seguinte modo:

(i) **Ministério Público** (arts. 127 a 130);

(ii) **Advocacia Pública** (arts. 131 e 132);

(iii) **Advocacia** (art. 133); e

(iv) **Defensoria Pública** (art. 134).

Importante destacar que as atividades acima mencionadas, apesar de imprescindíveis para o perfeito funcionamento da justiça, não integram o Poder Judiciário, ao contrário, o circundam externamente, com o objetivo de tornar factível à prestação jurisdicional.

## 2. MINISTÉRIO PÚBLICO

### 2.1. Introdução

O Ministério Público é **instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado**, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica<sup>2</sup>, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/88).

A Constituição da República de 1988 dispensou ao Ministério Público tratamento especial, colocando-o

2. Interessante destacar que o **novo CPC** segue a diretriz constitucional e intitula, de forma inédita em um código no Brasil, o Ministério Público como “**fiscal da ordem jurídica**” e não mais como “fiscal da lei” (ou *custos legis*). Para ilustrar, verifique os seguintes artigos: 82; 178; 179; 752; 967; 996.

1. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1307.

a salvo dos demais Poderes e assegurando à instituição e aos seus membros autonomia e independência na busca da realização dos interesses da sociedade. Fortaleceu-o institucionalmente para oportunizar a efetivação dos elevados fins que caracterizam a destinação constitucional dessa importantíssima instituição da República, a quem compete defender a ordem jurídica, proteger o regime democrático e zelar pelos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Em suma, o Ministério Público foi, pela Constituição de 1988, “arquitetado para atuar desinteressadamente na persecução dos valores mais encarecidos da ordem constitucional”<sup>3</sup>.

## 2.2. Natureza

Muito em razão da amplitude das funções constitucionalmente outorgadas ao Ministério Público e das visíveis modificações engendradas em sua estrutura pela Constituição de 1988 é que temos, ainda hoje, debate referente à sua **natureza jurídica**.

Em consonância com as lições doutrinárias majoritárias, temos que o Ministério Público não integra nenhum dos Poderes estatais, afinal, e especialmente em virtude da autonomia funcional e administrativa que lhe foi concedida pelo poder originário, ele não se insere com adequação em nenhuma dessas três esferas do poder estatal. Seria, pois, uma **instituição independente e autônoma**, uma tipologia especial de poder estatal que não se inclui na estrutura de nenhum dos Poderes tradicionais (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Nada obstante, há na doutrina quem entenda em sentido diverso, vinculando a instituição ao **Poder Executivo**. Essa é a percepção de José Afonso da Silva<sup>4</sup> para quem

(...) não é aceitável a tese de alguns que querem ver na instituição um quarto poder do Estado, porque suas atribuições, mesmo ampliadas aos níveis acima apontados, **são ontologicamente de natureza executiva**, sendo, pois, uma **instituição vinculada ao Poder Executivo**, funcionalmente independente, cujos membros integram a categoria dos agentes políticos, e, como, tal, hão de atuar com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades

próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. (Grifos nossos).

No mesmo sentido preceitua Uadi Lammêgo Bulos:

Inexistem dúvidas acerca da posição sobranceira do Ministério Público no contexto institucional brasileiro. Isso, contudo, não o subtrai da condição de **instituição vinculada ao Poder Executivo**, o que jamais significa depreciar a sua independência, nada obstante o constante perigo de órgão ministerial servir a interesses político-partidário. (Grifo nosso).

Em complementação a tese da vinculação do Ministério Público ao Poder Executivo lembremos, conforme demonstra o magistério da doutrina<sup>5</sup>, que só mesmo a proximidade do Ministério Público dentre os órgãos do Executivo justificaria racionalmente as seguintes peculiaridades constitucionais:

(i) a iniciativa concorrente entre o chefe do Poder Executivo e o respectivo Procurador-Geral para apresentar o projeto de lei que organiza a instituição (art. 61, § 1º, II, “d” c/c art. 128, § 5º, ambos da CF/88);

(ii) a faculdade atribuída ao Presidente da República para representar ao Senado Federal solicitando a destituição do Procurador-Geral da República (art. 128, § 2º, CF/88);

(iii) a circunstância de o Procurador-Geral da República estar arrolado no parágrafo único do art. 84, CF/88 como uma das autoridades que pode receber do Presidente da República, por delegação, a prerrogativa de cumprir com algumas de suas atribuições.

Em sentido oposto é a percepção de Emerson Garcia<sup>6</sup>, para quem a circunstância de o Ministério Público praticar efetivamente atos administrativos não traz como consequência inafastável o estabelecimento de um vínculo necessário com o Poder Executivo, até porque a realização de atos desta natureza não é prerrogativa exclusiva deste Poder.

Ressalte-se, para polemizar, o fato de o STF, em acórdão relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence<sup>7</sup>, ter incrementado a controvérsia ao afirmar que “não obstante sua integração na estrutura do Poder Executivo (...)”. A doutrina procurou justificativa para esta

3. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1039.

4. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 33ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 598.

5. BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Sinopses para Concursos: v. 17 – Direito Constitucional* – Tomo II. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 555.

6. GARCIA, Emerson. *Ministério Público Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 47.

7. ADI 132-RO, STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

enunciação, tendo sido de Emerson Garcia<sup>8</sup> a melhor explicação. Para o autor

(...) como o Tribunal, a exemplo da doutrina clássica, não conseguiu se desatar das amarras da teoria dos poderes cunhada por Montesquieu, acrescentando-se que a própria Constituição de 1988, em seu art. 2º, prestigiou a sua literalidade, a conclusão foi cunhada a partir de um critério de exclusão. Não sendo o Ministério Público propriamente um órgão legislativo e, muito menos, jurisdicional, o mais cômodo é incluí-lo sob a epígrafe do Poder Executivo.

Parece-nos, na esteira da doutrina majoritária, ser a discussão sobre a natureza jurídica do MP um tanto quanto estéril, pois na prática o que vale é reconhecer a incontestável importância constitucional da instituição, sua relevância para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e também dos interesses sociais. Como afirma Dirley<sup>9</sup>

O que realmente interessa é entender a importância do órgão para a sociedade e para o Estado, pois, com a promulgação da Constituição de 1988, o *parquet* redobrou sua relevância social, principalmente no que diz respeito aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, além da titularidade da ação penal.

Assim, e sem embargo dos posicionamentos contrários, cremos ser o *Parquet* uma **instituição constitucional autônoma**, incumbida de prestar uma função essencial à Justiça.

### 2.3. Princípios institucionais

Os princípios institucionais do Ministério Público foram enumerados no art. 127, § 1º, CF/88, e são os seguintes:

- (i) princípio da **unidade**,
- (ii) princípio da **indivisibilidade** e
- (iii) princípio da **independência funcional**.

(i) O **princípio da unidade** informa serem os integrantes do Ministério Público parte de uma única instituição, sendo dirigidos por um mesmo chefe institucional (o Procurador-Geral) e possuidores das mesmas prerrogativas funcionais.

Todavia, apesar de acertada a constatação de que o Ministério Público é uno, deve-se atentar para a existência de uma divisão orgânica, necessária para atender à estrutura federativa vigente no país, que

fraciona a instituição no aspecto estrutural-funcional. Assim, não se pode confundir o Ministério Público da União com os Ministérios Públicos Estaduais, por exemplo. Em conclusão, a unidade que existe é a de cada um dos Ministérios Públicos.

Nesse contexto, em razão de **não** haver unidade entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados – tampouco há hierarquia entre eles – o Superior Tribunal de Justiça, por sua Corte Especial, em recente decisão reconheceu a legitimidade do Ministério Público Estadual para atuar, como parte, diretamente no referido Tribunal<sup>10</sup>. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2011, já havia proferido decisão no mesmo sentido (por apertada maioria – 6x4), reconhecendo que o Ministério Público estadual tem legitimidade autônoma para propor reclamação constitucional perante a Corte Constitucional, sem a necessidade de requerimento ao Procurador-Geral da República<sup>11</sup>.

Note-se, portanto, que o Ministério Público Estadual possui legitimidade para atuar no STF e no STJ, quando parte, de forma autônoma, por meio de seu Procurador-Geral de Justiça ou alguém por ele designado. Ressalte-se, todavia, que a atuação do Ministério Público como *custos legis*, no STF e STJ, continua sendo feita sempre pelo Procurador-Geral da República, que é o chefe do Ministério Público da União.

(ii) O **princípio da indivisibilidade** é um corolário da unidade, e sinaliza que os integrantes da instituição podem ser substituídos uns pelos outros, desde que da mesma carreira, sem que isso acarrete qualquer prejuízo aos atos já praticados – afinal, se os atos são reputados à instituição e não ao membro específico que os praticou, processualmente a substituição de um membro do Ministério Público não irá acarretar nenhuma consequência nefasta. Nesse sentido, é possível que um promotor afastado de um caso, por qualquer motivo, seja substituído pela Procuradoria de Justiça que indica outro para substituí-lo, dando seguimento ao trabalho de seu antecessor. Em conclusão, como o Ministério Público é uno, isto é, marcado pela unidade, seus membros não se vinculam às causas processuais nas quais atuam, viabilizando, com isso, eventuais substituições entre os membros.

8. GARCIA, Emerson. *Ministério Público Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 45.

9. CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 1.184.

10. EREsp 1.327.573-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 17.12.2014, noticiado no informativo 556.

11. Rcl 7358-SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgada em 24.02.2011, noticiada no Informativo 580.

(iii) Por fim, temos o **princípio da independência funcional**, que tanto protege a instituição de constrangimentos indevidos e ingerências externas – por meio das garantias institucionais –, como garante independência aos membros do Ministério Público, de forma que estes não se subordinem às convicções jurídicas de outrem, podendo atuar livremente, de acordo com suas próprias convicções jurídicas, às leis e, sobretudo, à Constituição Federal. Assim, nada obstante estarem, sob o aspecto administrativo, submetidos à chefia do Procurador-Geral, não há que se falar em subordinação de índole funcional, de modo que, processualmente, não estejam vinculados a entendimentos ou orientações de outrem. Segundo a doutrina<sup>12</sup>, “a independência funcional do Ministério Público é de caráter funcional. O órgão, no exercício específico de suas funções, age em nome do Ministério Público (princípio da unidade). Neste particular, ele não presta obediência ao seu superior hierárquico (Procurador-Geral)”.

A independência funcional do órgão ministerial foi reafirmada pelo STF em setembro de 2017 no âmbito da Arguição de Suspeição (AS) 89<sup>13</sup> ajuizada pelo Presidente da República em face do Procurador-Geral da República, na qual o Chefe do Poder Executivo sustentou, dentre outras coisas, que o membro do *parquet* ultrapassara o limites constitucionais e legais inerentes ao cargo que ocupa ao oferecer denúncias desprovidas de qualquer embasamento probatório, fato que revelava uma ânsia acusatória infundada e justificaria o afastamento de Rodrigo Janot, o então PGR, do caso. Tais argumentos, entretanto, não foram acolhidos pela Corte que, apesar de reconhecer a possibilidade de arguição de suspeição de membros do Ministério Público, inclusive do Procurador-Geral da República nos processos que tramitam no âmbito do STF, não vislumbrou motivos suficientes a justificar o provimento da suspeição. Isto porque, o PGR **goza de independência funcional** que lhe confere autonomia para formar seu juízo acusatório, equivocado ou não, o que por si só não configuraria espécie de perseguição ao acusado<sup>14</sup>.

12. PAULA SILVA, Otacílio. *Ministério Público*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, p. 13.

13. AS 89/DF, Rel. Min. Edson Fachin, noticiada no Informativo 877.

14. Eis um trecho do voto de Fachin na AS 89: “No que toca à denúncia ofertada no seio do Inq. 4.517/DF, cabe salientar que o Procurador-Geral da República, assim como qualquer membro do Ministério Público, goza de independência funcional que lhe confere autonomia para formar seu juízo acusatório, correto ou não”.

Por último, temos o **princípio do Promotor Natural**. Ao contrário dos demais princípios, expressamente enunciados no texto constitucional, este estaria, conforme sustenta uma parcela da doutrina, **implícito** no ordenamento pátrio.

Derivado da garantia constitucional de que ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII, CF/88), o princípio afirma que o representante do Ministério Público que deve atuar no caso é aquele previamente apontado pelas regras, abstratas e genéricas, de estruturação e organização da instituição, no intuito de, com isso, rechaçar o “acusador” de exceção. Com este princípio, impede-se designações casuísticas e arbitrárias, realizadas pelo Chefe da instituição, que acabariam por comprometer a plenitude e a independência da instituição. Assim, o princípio do Promotor Natural é o fator impeditivo de que um membro do Ministério Público venha a ser arbitrariamente afastado do desempenho de suas atribuições nos procedimentos em que ordinariamente officie (ou em que deva officiar), exceto se houver relevante motivo de interesse público, por impedimento ou suspeição ou, ainda, por razões decorrentes de férias ou de licença.

A fim de complementar as explicações em torno da definição do princípio, vale apresentar a esclarecedora e precisa manifestação do Ministro Celso de Mello, em voto vencido no HC 67.759-RJ. Para o jurista,

O postulado do promotor natural, que se revela **imamente ao sistema constitucional brasileiro**, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela chefia da instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em lei. **A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da instituição**. O postulado do promotor natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável. (Grifos nossos).

Em encerramento ao item, vale destacar que os princípios do promotor natural e da independência funcional foram utilizados pelo Procurador-Geral da República como fundamentos para a impetração da ADI 5505 contra a previsão da Lei Orgânica do MP/RN (Lei complementar estadual nº 141/96) que

<p><b>Princípios institucionais</b></p>	<p>Os princípios institucionais do Ministério Público foram enumerados no art. 127, § 1º, CF/88, quais sejam:</p> <p><b>(i) princípio da unidade:</b> os integrantes do MP são parte de uma única instituição, sendo dirigidos por um mesmo chefe institucional (o Procurador-Geral) e possuidores das mesmas prerrogativas funcionais;</p> <p><b>(ii) princípio da indivisibilidade:</b> sinaliza que os integrantes do MP podem ser substituídos uns pelos outros, desde que da mesma carreira, sem que isso acarrete qualquer prejuízo aos atos já praticados;</p> <p><b>(iii) princípio da independência funcional,</b> protege a instituição de constrangimentos indevidos e ingerências externas – por meio das garantias institucionais –, e garante independência aos membros do MP, de forma que estes não se subordinem às convicções jurídicas de outrem, podendo atuar livremente, de acordo com suas próprias convicções jurídicas, às leis e, sobretudo, à Constituição Federal.</p> <p>Por último, temos o <b>princípio do Promotor Natural</b> que, ao contrário dos demais, está <b>implícito</b> no ordenamento pátrio.</p>	<p>2.3</p>
<p><b>Ingresso na carreira</b></p>	<p>O <b>ingresso na carreira</b> do Ministério depende do preenchimento dos seguintes requisitos:</p> <p><b>(i) bacharelado em Direito;</b> <b>(ii)</b> comprovação de <b>três anos</b>, no mínimo, de <b>atividade jurídica;</b> <b>(iii) aprovação em concurso público</b> de provas e títulos, com a obrigatória participação da OAB em sua realização e observância, nas nomeações, da ordem de classificação no certame.</p>	<p>2.4</p>
<p><b>Garantias e vedações aos membros do Ministério Público</b></p>	<p>A Constituição enunciou algumas <b>garantias institucionais</b>, que podem ser apresentadas da seguinte maneira: <b>(i) autonomia funcional</b> da instituição; <b>(ii) autonomia administrativa;</b> e <b>(iii) autonomia financeira.</b></p> <p>Além dessas garantias, que são institucionais, existem as <b>garantias</b> próprias aos <b>membros do Ministério Público</b>, que são as seguintes:</p> <p><b>(i) a vitaliciedade:</b> o membro do Ministério Público se torna vitalício após dois anos de efetivo exercício, não podendo mais perder o cargo senão após decisão judicial transitada em julgado;</p> <p><b>(ii) a inamovibilidade:</b> os membros do Ministério Público, uma vez titulares do cargo, somente poderão ser removidos, ou mesmo promovidos, por iniciativa própria. Importante destacar que essa garantia é constitucionalmente <b>excepcionada</b> por motivo de interesse público, mediante decisão, por maioria absoluta de votos, do órgão colegiado competente (o Conselho Nacional do Ministério Público), assegurada ampla defesa.</p> <p><b>(iii) a irredutibilidade de subsídio:</b> garantia que assegura que os membros do Ministério Público não sofram pressões por diminuições remuneratórias indevidas no exercício de suas funções e atribuições.</p> <p>A plena independência do Ministério Público é alcançada também em razão das <b>vedações</b> a eles impostas, que se traduzem, em verdade, em <b>garantias de imparcialidade.</b> São as seguintes:</p>	<p>2.5</p>
<p><b>Garantias e vedações aos membros do Ministério Público</b></p>	<p><b>(i) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;</b></p> <p><b>(ii) exercer a advocacia;</b></p> <p><b>(iii) participar de sociedade comercial,</b> na forma da lei;</p> <p><b>(iv) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;</b></p> <p><b>(v) exercer atividade político-partidária;</b></p> <p><b>(vi) receber qualquer forma de auxílio ou contribuição de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, exceto nas situações autorizadas em lei.</b></p>	<p>2.5</p>
<p><b>Organização e composição do Ministério Público</b></p>	<p>Nos termos do documento constitucional, o Ministério Público engloba:</p> <p><b>(i) o Ministério Público da União (MPU),</b> que compreende:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• o Ministério Público Federal (MPF);</li> <li>• o Ministério Público do Trabalho (MPT);</li> <li>• o Ministério Público Militar (MPM);</li> <li>• o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT); e</li> </ul> <p><b>(ii) os Ministérios Públicos dos Estados (MPE).</b></p>	<p>2.6</p>

<b>Procurador-Geral da República</b>	<p>O Chefe do MPU é o <b>Procurador-Geral da República</b>, nomeado pelo Presidente da República dentre indivíduos que preenchem os seguintes requisitos: <b>(i)</b> integrante da carreira; <b>(ii)</b> maior de trinta e cinco anos, <b>(iii)</b> aprovação de seu nome pela maioria absoluta do Senado Federal.</p> <p>Seu mandato é de dois anos, sendo permitida a recondução ilimitada, desde que observado idêntico procedimento ao da nomeação. Sua destituição antes do término do mandato é possível, e ocorrerá por iniciativa do Presidente da República, sendo precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.</p> <p>O processo e julgamento do PGR, em razão do relevante <b>status</b> funcional que possui, é feito no Senado Federal, em se tratando de crimes de responsabilidade, e no STF, na hipótese do cometimento de crime comum.</p>	2.7
<b>Procurador-Geral de Justiça</b>	<p>O Chefe dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal é o Procurador-Geral de Justiça, nomeado pelo respectivo Chefe do Poder Executivo, através da escolha de um dos nomes inscritos em lista tríplice formada por integrantes da carreira. Não há participação do Poder Legislativo local nesta escolha, haja vista a desnecessidade da aprovação da escolha feita pelo chefe do Executivo.</p> <p>O mandato do PGJ é de dois anos, sendo permitida uma única recondução. Sua destituição antes do término do mandato é possível, mas deve ser precedida de deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.</p> <p>Se houver vacância do cargo de PGJ, a eleição e a nomeação de outro titular do cargo deve ser feita para um novo mandato de dois anos, e não para cumprir o período que restava do antecessor. Não se trata, pois, de “mandato tampão”, exatamente para evitar afronta à Constituição.</p>	2.8
<b>Conselho Nacional do Ministério Público</b>	<p>Adicionado ao documento constitucional pela emenda que engendrou a reforma do Poder Judiciário, o <b>Conselho Nacional do Ministério Público</b> (CNMP) é um órgão de controle interno da instituição, sediado em Brasília e com atuação em todo o território nacional.</p> <p>Sua composição está delimitada no art. 130-A, que determina a participação de <b>14 membros</b>, nomeados pelo Presidente da República depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Os integrantes são detentores de um mandato de dois anos, admitida uma recondução. O PGR é o Presidente do Conselho e seu membro nato.</p>	2.9
<b>Funções institucionais do Ministério Público</b>	<p>As funções institucionais do Ministério Público estão definidas no art. 129, CF/88. Trata-se, todavia, de rol meramente exemplificativo, eis que existem outras funções institucionais enunciadas ao longo do documento constitucional e também na legislação infraconstitucional. Ademais, o órgão deve atuar sempre que necessário à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme determinação do art. 127, <i>caput</i>, CF/88.</p> <p>Por determinação constitucional, as funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição.</p>	2.10
<b>Investigação criminal e teoria dos “poderes implícitos”</b>	<p>Durante muito tempo foi discutida a possibilidade de o Ministério Público realizar investigações no âmbito criminal, sustentando, os defensores dessa atribuição, com fundamento na teoria dos poderes implícitos, que, se a Constituição Federal conferiu ao Ministério Público a atribuição de promover, privativamente, a ação penal pública (art. 129, I), ela atribuiu, também, os meios necessários para o exercício desta função, dentre eles a possibilidade de realizar atos investigatórios, a fim de reunir provas para que fundamentem a acusação. O STF, por sua vez, reconheceu, recentemente, <b>a legitimidade do Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal</b>.</p>	2.10.1
<b>Ministério Público nos Tribunais de Contas</b>	<p>A Constituição estabeleceu um tipo específico de Ministério Público, dotado de fisionomia institucional própria, que não se confunde com a do Ministério Público comum, sejam os dos Estados, seja o da União. É o <b>Ministério Público que atua junto ao Tribunal de Contas</b>, cujos membros foram agraciados com as mesmas, e expressivas, garantias (bem como direitos, vedações e a forma de investidura) atinentes ao <i>Parquet</i> comum.</p>	2.11
<b>ADVOCACIA PÚBLICA</b>		<b>3</b>
<b>Introdução</b>	<p>Até a promulgação da atual Constituição, a representação judicial da União era efetivada pelos Procuradores da República.</p> <p>A <b>atual Constituição</b> inovou significativamente ao instituir a <b>Advocacia-Geral da União</b>, atribuindo-lhe a representação da União, judicial e extrajudicialmente, e, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.</p> <p>Vê-se, pois, que foi o texto constitucional de 1988 que, além de fortalecer substancialmente o Ministério Público, conferindo-lhe diversas prerrogativas de status constitucional, criou um órgão específico para efetivar a representação judicial e extrajudicial da União, concedendo-lhe as condições indispensáveis para o cumprimento de suas tarefas.</p>	3.1

<p><b>Organização da Advocacia-Geral da União</b></p>	<p>A Advocacia-Geral da União compreende:  <b>(i)</b> como <b>órgãos de direção superior</b>:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>o Advogado-Geral da União;</li> <li>a Procuradoria-Geral da União e a da Fazenda Nacional;</li> <li>Consultoria-Geral da União;</li> <li>o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União; e</li> <li>a Corregedoria-Geral da Advocacia da União.</li> </ul> <p><b>Subordinados</b> diretamente ao <b>Advogado-Geral da União</b>, além do seu gabinete, estão: <b>(i)</b> a Procuradoria-Geral da União; <b>(ii)</b> a Consultoria-Geral da União; <b>(iii)</b> a Corregedoria-Geral da Advocacia-Geral da União; <b>(iv)</b> a Secretaria de Controle Interno e, <b>(v)</b> técnica e juridicamente, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.</p>	<p>3.2</p>
<p><b>O Advogado-Geral da União</b></p>	<p>A Advocacia-Geral da União é chefiada pelo <b>Advogado-Geral da União</b>. Este é livremente nomeado pelo Presidente da República (ou seja, a escolha <b>não</b> há de ser confirmada pelo Senado Federal), dentre advogados maiores de trinta e cinco anos, possuidores de notável saber jurídico e de reputação ilibada. Nota-se, pois, que o AGU não precisa integrar os quadros da Advocacia-Geral da União para ser nomeado para a função.</p> <p>Possuidor do status de Ministro de Estado, o AGU é processado e julgado, nos crimes de responsabilidade, no Senado Federal, e nos crimes comuns no STF.</p>	<p>3.3</p>
<p><b>Os procuradores dos Estados-membros e do Distrito Federal</b></p>	<p>Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal integram a respectiva Procuradoria-Geral, órgão ao qual a Constituição confiou a representação da entidade federada (judicial e extrajudicialmente) e a prestação da atividade de consultoria e assessoramento.</p> <p>Como essas atividades, de representação judicial e assessoramento jurídico, devem ser prestadas, no âmbito do Poder Executivo, de modo exclusivo pela Procuradoria, são <b>inconstitucionais</b> os dispositivos das Constituições estaduais que facultem a realização de representação judicial a assessor jurídico, de cargo efetivo ou de provimento em comissão.</p> <p>Quanto ao ingresso na carreira, ele ocorre mediante <b>concurso público</b>, de provas e títulos, com a participação da OAB em todas as suas fases.</p> <p>Aos procuradores foi assegurada <b>estabilidade</b> após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. A <b>remuneração</b> deles é feita por subsídio fixado em parcela única.</p> <p>Por último, insta destacar que para a <b>esfera municipal</b> não há qualquer determinação de estruturação de carreiras próprias de Procurador nos Municípios, mas nada impede que referidas entidades federadas criem cargos com essa finalidade.</p>	<p>3.4</p>
<b>ADVOCACIA PRIVADA</b>		<b>4</b>
<p><b>Introdução</b></p>	<p>O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão e nos limites da lei.</p>	<p>4.1</p>
<p><b>Habilitação para a profissão de advogado e a questão da indispensabilidade</b></p>	<p>Alcança-se a qualificação de bacharel em direito mediante a conclusão do curso respectivo e colação de grau. Porém, para o exercício profissional da advocacia o bacharel tem de estar habilitado perante a <b>Ordem dos Advogados do Brasil</b> (OAB), que exige, para o ingresso em seus quadros, a aprovação no <b>Exame de Ordem</b>. Referido exame foi considerado constitucional pelo STF.</p> <p>Quanto à <b>indispensabilidade</b> dos advogados, ela decorre da circunstância de eles serem os profissionais que possuem, com exclusividade, a capacidade postulatória. Admite-se, no entanto, a <b>participação facultativa</b> dos advogados em algumas situações, por ex.: <b>(i)</b> impetração de <b>habeas corpus</b>; <b>(ii)</b> exercício do direito de petição; <b>(iii)</b> o ajuizamento de reclamação trabalhista também dispensa a obrigatoriedade do advogado; dentre outras situações.</p>	<p>4.2</p>
<p><b>A inviolabilidade do advogado</b></p>	<p>A inviolabilidade do advogado constante do texto constitucional deve ser lida como uma <b>prerrogativa vinculada ao exercício profissional</b>, prevista pelo constituinte no intuito último de resguardar o exercício do direito de defesa.</p> <p>O advogado dispõe, pois, de <b>imunidade material</b> relativa às suas manifestações e atos no exercício da atividade laboral, estando protegido quando suas palavras ou atos possam ser ofensivos as pessoas, vez que não haverá a incidência dos <b>crimes de injúria e difamação</b>.</p> <p>Ressalte-se, todavia, que o advogado <b>não</b> goza de imunidade quanto aos crimes de <b>desacato à autoridade e calúnia</b>.</p>	<p>4.3</p>

# CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS

**SUMÁRIO** • 1. Introdução. 2. Competência. 3. Objeto. 4. Parâmetro; 4.1. Introdução; 4.2. Constituição Estadual como parâmetro; 4.3. Constituição Federal como parâmetro. 5. Legitimação. 6. Ações possíveis em âmbito estadual. 7. Interposição de Recurso Extraordinário no STF em face das decisões prolatadas pelo Tribunal de Justiça. 8. Simultaneidade de ações diretas de inconstitucionalidade. 9. Quadro sinótico. 10. Questões; 10.1. Questões objetivas; Gabarito – questões objetivas.

## 1. INTRODUÇÃO

A origem pátria do controle concentrado/abstrato de constitucionalidade em âmbito estadual pode ser localizada no ano de 1965, quando a EC nº 16 introduziu o inciso XIII ao art. 124 da Constituição brasileira de 1946<sup>1</sup>, determinando que a lei poderia estipular um processo para declaração de inconstitucionalidade de lei (ou outro ato normativo) municipal, que estivesse em conflito com a Constituição do Estado, cujo processamento seria de competência do Tribunal de Justiça do Estado-membro respectivo.

Repare, leitor, que as leis (e demais atos normativos) estaduais não foram abarcados pela previsão do controle estadual, de forma que, à época, somente poderiam ter sua constitucionalidade avaliada perante o Supremo Tribunal Federal, tendo por parâmetro a Constituição da República.

Em virtude, porém, de o exercício do controle abstrato estadual de constitucionalidade depender de regulamentação normativa posterior para se efetivar e referida lei nunca ter sido editada, esvaziou-se, por completo, esse relevante instrumento de defesa do documento constitucional estadual.

Na Carta Constitucional subsequente, de 1967, não havia previsão similar àquela inserida no art. 124, XIII, da Constituição de 1946, de forma que

o controle estadual novamente não se confirmou na jurisdição constitucional brasileira.

A **estrela** desse mecanismo estadual de controle de constitucionalidade se deu com a Constituição Federal de 1988 que, conforme dicção do seu art. 125, § 2º, determinou caber aos Estados-membros a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, sendo vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Referido dispositivo passou a consagrar, em âmbito estadual, o controle concentrado/abstrato de constitucionalidade, apto a tutelar a Constituição Estadual, documento revelador da autonomia do Estado-membro e de sua capacidade de se auto organizar.

Nesse contexto, em relação às leis ou atos normativos municipais ou estaduais contrários às Constituições estaduais, compete ao Tribunal de Justiça local processar e julgar, originariamente, a representação de inconstitucionalidade, isto é, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) estadual.

Da leitura do dispositivo supramencionado, tornam-se perceptíveis alguns limites iniciais, estabelecidos pelo poder constituinte originário, para a execução do controle abstrato de constitucionalidade estadual<sup>2</sup>. Faremos uma apresentação introdutória deles neste item para, nos seguintes, melhor explicá-los. São eles:

1. Art. 124, XIII, Constituição dos Estados Unidos do Brasil: “A lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado”.

2. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 13ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 271.

(i) a competência exclusiva do **Tribunal de Justiça** local, sendo absolutamente inviável que órgão diverso do Poder Judiciário, inclusive o STF, proceda ao julgamento;

(ii) somente **leis** (ou outros atos normativos) **estaduais ou municipais** são objetos válidos desta modalidade de controle, que não tolera a apreciação de normas federais;

(iii) o **parâmetro**, ou seja, a norma de referência, é a **Constituição do Estado** (regra que pode ser excepcionada, como veremos no item 4);

(iv) apesar de a Constituição Federal não ter fixado os legitimados à provocação do TJ nessa espécie de controle, ela **vedou** a atribuição da legitimação para agir a um **único** órgão;

(v) nada obstante a Constituição Federal somente ter mencionado a representação de inconstitucionalidade (ADI estadual) como ação a ser instituída, a doutrina se posiciona francamente favorável à previsão de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e ação declaratória de constitucionalidade (ADC) nos documentos constitucionais estaduais.

## 2. COMPETÊNCIA

A competência originária para julgamento das ações que compõem o controle de constitucionalidade abstrato na esfera estadual é do **Tribunal de Justiça** (TJ) local<sup>3</sup>, conforme normativa do art. 125, § 2º, CF/88. Referida definição nada mais é do que um corolário do **princípio da simetria**, eis que esta é a mais alta corte da Justiça estadual, da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal o é em relação à Constituição Federal.

Vale acentuar que o TJ poderá, portanto, atuar na jurisdição constitucional em duas frentes: no controle difuso de constitucionalidade, tendo a Constituição da República como norma de referência, e no controle concentrado, tendo a Constituição do Estado respectivo como parâmetro. No primeiro caso, a competência do TJ é concorrente com todos os demais órgãos do Poder Judiciário; no segundo, é exclusiva.

3. Importante salientar que no controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição do Estado, o Tribunal de Justiça competente também deverá observar a regra da cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97, CF/88, conforme FIGUEIREDO DANTAS, Paulo Roberto de. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 262.

Um detalhe final importante: no âmbito do **Distrito Federal**, o controle abstrato de constitucionalidade a ser realizado pelo TJDFDT **não** foi instituído pelo próprio ente federado, mas, sim, por meio da edição de uma Lei Federal. Entenda o porquê: a jurisprudência do STF sempre indicou que a instituição do controle abstrato de constitucionalidade no âmbito do TJDFDT dependia da edição de Lei Federal, uma vez que, consoante estabelece o art. 21, CF/88 é competência material exclusiva da União "organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e a Defensoria Pública dos Territórios". Destarte, não teria o Poder Legislativo distrital nenhuma autonomia para acrescentar uma competência ao TJDFDT – o que somente poderia ser efetivado pelo Congresso Nacional, via edição de Lei Federal. Assim, apenas com a confecção da Lei Federal nº 11.697/2008, que alterou as normas sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios, foi instituída essa modalidade de controle de constitucionalidade no TJDFDT.

## 3. OBJETO

O controle de constitucionalidade em face das Constituições estaduais somente pode ser instaurado contra **leis** (e outros atos normativos) **estaduais e municipais**, estando este objeto devidamente delimitado no texto constitucional. Nesse sentido, podemos citar, no domínio da legislação estadual, os seguintes exemplos de normas que podem ser desafiadas no Tribunal de Justiça nessa via de controle: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias (se a Constituição estadual prevê a possibilidade de o Governador editá-las), leis delegadas, resoluções, regimentos internos dos Tribunais de Justiça e das Assembleias Legislativas, dentre outros.

O certo é que **não** se enquadram como objeto dessa espécie de controle as **normas federais**, pois estas somente podem ser verificadas no controle de constitucionalidade concentrado em face da Constituição Federal.

Essa vedação (que inviabiliza que as normas federais sejam objeto do controle concentrado estadual perante o Tribunal de Justiça) não impede, no entanto, que o Tribunal seja acionado para avaliar uma lei federal no **controle difuso de constitucionalidade**, perante o texto da Constituição Federal.

## 4. PARÂMETRO

### 4.1. Introdução

O parâmetro do controle concentrado na esfera estadual sempre foi considerado como de fácil percepção: o Tribunal de Justiça o realizaria tendo como referência a **Constituição Estadual**.

Destarte, somente os dispositivos do documento constitucional estadual poderiam ser considerados paradigma para a realização dessa modalidade de controle, não se enquadrando como parâmetro a Constituição Federal.

Uma recente decisão do STF<sup>4</sup> (tomada por maioria, em fevereiro de 2017), no entanto, tornou a identificação do parâmetro ligeiramente mais complexa: segundo nossa Corte Suprema, é possível que os Tribunais de Justiça exerçam o controle abstrato de constitucionalidade estadual utilizando como parâmetro não só as normas da Constituição Estadual, mas também dispositivos da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados.

Nos dois próximos itens trataremos de explicitar as atuais nuances jurídicas que o estudo do parâmetro do controle em âmbito estadual apresenta.

### 4.2. Constituição Estadual como parâmetro

**Todas as normas** da Constituição do Estado (as autônomas, as de imitação, as remissivas ou as de repetição obrigatória) compõem o parâmetro.

Deste modo, é possível que o ato normativo atacado via ADI esteja contrariando tanto uma norma específica (autônoma, própria do ordenamento

estadual), quanto uma norma de observância obrigatória<sup>5</sup> (norma da Constituição Federal de reprodução compulsória inserida na Carta local) ou mesmo uma norma de mera repetição da Constituição Federal (norma da Constituição Federal de repetição não obrigatória, inserida na Carta local por mera liberalidade do constituinte estadual).

Existe, ainda, a possibilidade de a Constituição estadual, pela técnica de **remissão normativa**<sup>6</sup>, incorporar o conteúdo de normas inscritas na Constituição Federal, sendo possível que os preceitos constitucionais estaduais de remissão sejam parâmetro para a feitura do controle abstrato de normas em âmbito estadual. Segundo decidido pelo STF, na Rcl. 5.690 AgR, Rel. Min. Celso de Mello<sup>7</sup>:

Revela-se legítimo invocar, como referência paradigmática, para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e/ou municipais, **cláusula de caráter remissivo** que, inscrita na Constituição Estadual, remete, diretamente, às regras normativas constantes da própria Constituição Federal, assim incorporando-as, formalmente, mediante referida técnica de remissão, ao plano do ordenamento constitucional do Estado-membro. Com a técnica de remissão normativa, o Estado-membro confere parametricidade às normas que, embora constantes da Constituição Federal, passam a compor, formalmente, em razão da expressa referência a elas feita, o “corpus” constitucional dessa unidade política da Federação, o que torna possível erigir-se, como parâmetro de confronto, para os fins a que se refere o art. 125, § 2º, da Constituição da República, a própria norma constitucional estadual de conteúdo remissivo.

Em conclusão, **todas** as normas que integram a Constituição Estadual são parâmetro para o controle concentrado abstrato realizado perante os Tribunais de Justiça, como mostra o esquema abaixo:

5. “As normas de reprodução refletem a expansividade do modelo federal, que atraiu para seu campo matéria anteriormente entregue à revelação originária do constituinte estadual. A tarefa do constituinte limita-se a inserir aquelas normas no ordenamento constitucional de um Estado, por um processo de transplantação”. HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 78.

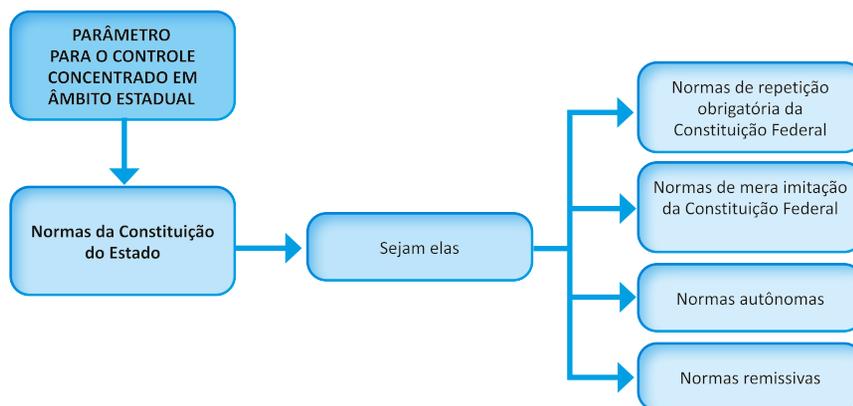
6. Para que o leitor visualize com mais precisão o que é a técnica de remissão normativa, vejamos os seguintes exemplos:

(i) Art. 4º, Constituição do Estado de Minas Gerais – O Estado assegura, no seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País.

(ii) Art. 124, § 3º, Constituição do Estado de São Paulo – Aplica-se aos servidores a que se refere o “caput” deste artigo e disposto no artigo 7º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX da Constituição Federal.

7. Rcl 5690 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 24/02/2015.

4. RE 650.898/RS, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 1º/2/2017 (repercussão geral reconhecida), noticiado no Info 852.



Uma questão interessante se apresenta quando a norma da Constituição estadual eleita como parâmetro é de **repetição obrigatória**: diferentemente do que ocorre quando a norma parâmetro é autônoma ou de imitação (casos em que a jurisdição constitucional do Tribunal de Justiça é exclusiva e definitiva), em sendo o parâmetro dispositivo de observância compulsória da Constituição Federal abre-se a possibilidade do reexame da questão de constitucionalidade pelo STF, por meio de um **recurso extraordinário**. Isso porque relativamente a estas normas há a obrigação por parte dos Estados-membros de observância estrita, o que torna possível ao Supremo Tribunal Federal verificar se a norma de reprodução foi, ou não, devidamente aplicada.

Nesse contexto, pode-se **sintetizar** a ideia da seguinte maneira: quando a norma parâmetro da Constituição do Estado for de observância obrigatória da Constituição Federal, da decisão do Tribunal de Justiça caberá recurso extraordinário, que será decidido pelo STF com eficácia *erga omnes*. Caso você esteja se perguntando sobre o porquê de o efeito ser ‘contra todos’, lhe digo: esse peculiar recurso extraordinário terá sido proposto no curso de um processo objetivo (desprovido de partes em sentido material), instaurado pela ação direta (ADI) perante o Tribunal de Justiça. Se não há partes em sentido material na origem (na ADI), não há como o RE produzir efeitos somente ‘para as partes’ (daí porque ele tem efeitos ‘erga omnes’).

Um outro detalhe relevante sobre esse RE que será interposto no STF refere-se à questão do **prazo em dobro** previsto para a Fazenda Pública (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público) no artigo 183 do CPC de 2015. Segundo o STF, em **processo objetivo, não se contam em dobro os prazos da Fazenda Pública**. Deste modo, a Fazenda Pública

não possui prazo recursal em dobro no processo de controle concentrado de constitucionalidade, nem mesmo para a interposição de recurso extraordinário. Tal entendimento foi confirmado pelo STF em fevereiro de 2019. Na ocasião, de acordo com o Min. Barroso, a jurisprudência do STF sobre a matéria é consolidada há muitos anos e tem precedentes de quase todos os ministros da Corte e, a menos que haja mudança relevante na compreensão do direito ou na situação de fato, não há razão para alterá-la. “Não me animo a multiplicar as hipóteses de prazo em dobro”, afirmou.

Em encerramento ao subitem, atenção à constatação: se a ação direta em âmbito estadual pode ter por objeto leis (ou outros atos normativos) municipais e se da decisão do Tribunal local (que tenha por parâmetro uma norma constitucional estadual de repetição obrigatória da Constituição Federal) cabe no STF recurso extraordinário para verificação da correção da decisão da Corte local, pode-se concluir pela possibilidade de nossa Corte Suprema analisar, em recurso, mas com eficácia *erga omnes*, a constitucionalidade de uma lei municipal.

### 4.3. Constituição Federal como parâmetro

Em fevereiro de 2017, a maioria dos Ministros do STF (no julgamento do RE 650.898/RS) promoveu uma **virada paradigmática** em seu entendimento de que somente os dispositivos da Constituição do Estado poderiam ser parâmetro para a realização do controle estadual. Passou-se a **admitir**, em uma situação específica, que algumas normas da Constituição Federal fossem utilizadas como paradigma.

Para entendermos essa hipótese, é preciso primeiro reconhecer que se uma norma da Constituição Federal é considerada pela nossa Corte Suprema como de reprodução obrigatória, podemos considerar que ela **está** inserida na Constituição Estadual, ainda que