



COLETÂNEA TEMÁTICA DE JURISPRUDÊNCIA

DIREITOS HUMANOS



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

COLETÂNEA TEMÁTICA DE JURISPRUDÊNCIA

Direitos Humanos

Atualizada até o *DJE* de 16 de junho de 2017
e o *Informativo STF* 868

Brasília
2017

Secretaria do Tribunal

Eduardo Silva Toledo

Secretaria de Documentação

Ana Valéria de Oliveira Teixeira

Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência

Juliana Viana Cardoso

Equipe técnica: Alessandra Correia Marreta, Elba Souza de Albuquerque e Silva Chiappetta, Heloisa Toledo de Assis Duarte, Ivson Brandão Faria Valdetaro, Janaína Nicolau Delgado, Juliana Aparecida de Souza Figueiredo, Priscila Heringer Cerqueira Pooter, Rafael Gonçalves Fernandes e Valquirio Cubo Junior

Produção editorial: Amélia Lopes Dias de Araújo, Márcia Gutierrez Aben-Athar Bemerguy e Renan de Moura Sousa

Revisão: Daniela Pires Cardoso, Juliana Silva Pereira de Souza, Lilian de Lima Falcão Braga, Patrício Coelho Noronha e Rosa Cecília Freire da Rocha

Capa: Eduardo Franco Dias e Roberto Hara Watanabe

Projeto gráfico e diagramação: Eduardo Franco Dias

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Supremo Tribunal Federal — Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)

Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF).

Coletânea temática de jurisprudência : Direitos humanos [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. — Brasília : STF, Secretaria de Documentação, 2017.

201 p.

Atualizada até o *DJE* de 16 de junho de 2017 e o *Informativo STF* 868.

Modo de acesso:

< http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ_Direitos_Humanos.pdf >.

ISBN: 978-85-61435-87-5

1. Tribunal Supremo, jurisprudência, Brasil. 2. Direitos humanos, jurisprudência, Brasil.

I. Título.

CDDir-341.27

Seção de Distribuição de Edições

Renan de Moura Sousa

Supremo Tribunal Federal, Anexo II-A, Cobertura, Sala C-624

Praça dos Três Poderes — 70175-900 — Brasília-DF

livraria.cdju@stf.jus.br

Fone: (61) 3217-4780

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ministra **CÁRMEN LÚCIA** Antunes Rocha (21-6-2006), Presidente

Ministro José Antonio **DIAS TOFFOLI** (23-10-2009), Vice-Presidente

Ministro José **CELSO DE MELLO** Filho (17-8-1989), Decano

Ministro **MARCO AURÉLIO** Mendes de Farias Mello (13-6-1990)

Ministro **GILMAR** Ferreira **MENDES** (20-6-2002)

Ministro Enrique **RICARDO LEWANDOWSKI** (16-3-2006)

Ministro **LUÍZ FUX** (3-3-2011)

Ministra **ROSA** Maria **WEBER** Candiota da Rosa (19-12-2011)

Ministro Luís **ROBERTO BARROSO** (26-6-2013)

Ministro Luiz **EDSON FACHIN** (16-6-2015)

Ministro **ALEXANDRE DE MORAES** (22-3-2017)

NOTA EXPLICATIVA

A *Coletânea Temática de Jurisprudência: Direitos Humanos* compõe-se de trechos de decisões monocráticas e acórdãos publicados no Diário de Justiça (*DJ*) e no Diário de Justiça Eletrônico (*DJE*) e de resumos de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, publicados no *Informativos STF*. O critério utilizado para a seleção da jurisprudência constituinte deste livro foi a pertinência diretamente verificada com os tópicos relacionados no sumário.

Sumário

O critério adotado para a organização do sumário foi a teoria das gerações dos Direitos Humanos. Portanto, a precedência de um tópico temático não decorre de nenhum critério subjetivo de relevância.

Foram agrupados os tópicos teóricos e principiológicos no início para distingui-los dos tópicos normativos.

Ordenação

As anotações referentes a cada tema foram assinaladas conforme o seguinte critério de preferência: legislação pertinente, súmulas vinculantes e súmulas, em ordem decrescente, seguidas das decisões selecionadas, ordenadas por data de julgamento, com a transcrição das mais recentes antes das mais antigas. Excetuam-se do critério cronológico os precedentes que sucedem notas explicativas, que trazem informações a respeito de alteração de posicionamento consolidado ou fixação de entendimento pacificado no STF. Esses precedentes estão nas primeiras posições de cada tópico. A regra geral de ordenação também não se aplica aos julgamentos concluídos com base em legislação alterada ou revogada. Igualmente antecededidos de notas explicativas, os excertos dessas decisões foram deslocados para as últimas posições do assunto a que se referem.

Informações sobre os julgamentos

A cada trecho de julgamento ou de *Informativo STF* sucede o registro de dados que identificam o processo: classe e número, nome do ministro relator ou prolator da decisão, data de julgamento, órgão julgador e data de publicação no *DJ/DJE* ou *Informativo STF*. Os julgados com repercussão geral em que já tenha havido decisão de mérito estão identificados com o símbolo RG logo após a data de publicação ou do *Informativo STF*. Eventualmente os precedentes vêm apostos de informações de outros julgamentos que corroborem o entendimento da decisão colacionada, dela diverjam ou com ela guardem alguma afinidade. Essas referências, também ordenadas segundo o critério cronológico da data de julgamento, estão identificadas, respectivamente, como “no mesmo sentido”, “em sentido contrário” e “vide”, conforme descritas na lista de siglas, abreviaturas e notações.

Versão eletrônica

Conheça as demais publicações produzidas pelo Supremo Tribunal Federal, disponíveis para *download* no Portal STF, no endereço www.stf.jus.br/livraria.

Você pode colaborar para esta obra. Envie comentários ou sugestões para o *e-mail* preparodepublicacoes@stf.jus.br.

SUMÁRIO

Siglas, abreviaturas e notações	9
Dimensões dos direitos humanos	11
Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos	13
Regimes políticos e direitos humanos	16
Teoria dos quatro <i>status</i> de Jellinek	21
Princípio da dignidade da pessoa humana	22
Princípio da igualdade	28
Princípio da legalidade e da retroatividade no direito penal	38
Princípio da proporcionalidade	40
Princípio da proibição do retrocesso social	42
Princípio da reserva do possível e garantia do mínimo existencial	43
Direito à vida	46
Direito ao nome	49
Direito à nacionalidade	50
Direito de circulação e de residência	52
Direito à propriedade privada	53
Proteção da honra e da dignidade	57
Direito à indenização	60
Direitos do preso	61
Direito à integridade pessoal	72
Proibição de tortura	75
Proibição da escravidão e da servidão	78
Direito à liberdade pessoal	81
Liberdade de pensamento e de expressão	87
Direito de retificação ou resposta	97
Liberdade de crença e de religião	99
Direitos políticos	105

Direito de reunião	109
Liberdade de associação	112
Garantias judiciais	114
<i>Devido processo legal</i>	115
<i>Contraditório</i>	116
<i>Ampla defesa</i>	117
<i>Nemo tenetur se detegere</i>	120
<i>Juiz natural</i>	121
<i>Coisa julgada</i>	123
<i>Publicidade</i>	124
<i>Duplo grau de jurisdição</i>	126
<i>Reserva de jurisdição</i>	127
<i>Presunção de inocência</i>	128
<i>Acesso à Justiça</i>	134
<i>Razoável duração do processo</i>	137
Direito à saúde	139
Direito à educação	142
Proteção da família	145
Direitos da criança e do adolescente	154
Proteção da mulher	160
Direitos do idoso	167
Direitos da pessoa com deficiência	169
Direitos do índio	172
Direito ao meio ambiente	176
Políticas públicas	180
Defensoria Pública	182
Ministério Público	185
Tribunal Penal Internacional	187
Processo de extradição	189
Questões diversas	197

SIGLAS, ABREVIATURAS E NOTAÇÕES

=	No mesmo sentido	CPF	Cadastro de Pessoas Físicas
≠	Em sentido contrário	CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
1 ^a T	Primeira Turma	CPM	Código Penal Militar
2 ^a T	Segunda Turma	CPP	Código de Processo Penal
AC	Ação Cautelar	CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
ac.	Acórdão	CTN	Código Tributário Nacional
ACO	Ação Cível Originária	dec.	Decisão
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade	DJ	Diário da Justiça
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade	DJE	Diário da Justiça Eletrônico
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	DL	Decreto-Lei
AgR	Agravo Regimental	EC	Emenda Constitucional
AI	Agravo de Instrumento	ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
AImp	Arguição de Impedimento	ED	Embargos de Declaração
AO	Ação Originária	EDj	Embargos de Declaração Julgados
AP	Ação Penal	EDv	Embargos de Divergência
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo	EI	Embargos Infringentes
CB	Constituição do Brasil	EP	Execução Penal
CC	Conflito de Competência	ES	Exceção de Suspeição
CF	Constituição Federal	Ext	Extradicação
CJF	Conselho da Justiça Federal	Extm	Extensão
CNJ	Conselho Nacional de Justiça	HC	Habeas Corpus
CP	Código Penal	Inq	Inquérito
CPC	Código de Processo Civil	j.	Julgamento em

LC	Lei Complementar
LEP	Lei de Execução Penal
MC	Medida Cautelar
min.	Ministro
MP	Medida Provisória
MS	Mandado de Segurança
ONU	Organização das Nações Unidas
P	Plenário
p/	para
Pet	Petição
PET-AV	Petição Avulsa
PPE	Prisão Preventiva para Extradicação
QO	Questão de Ordem
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
rel.	Relator
RG	Repercussão Geral
RHC	Recurso em Habeas Corpus
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TCU	Tribunal de Contas da União
TJ	Tribunal de Justiça
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
VIDE	Julgados que especificam, excepcionam ou complementam a regra

DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS

A evolução histórica dos direitos humanos

Vale referir, (...) até mesmo em face da justa preocupação revelada pelos povos e pela comunidade internacional em tema de direitos humanos, que estes, em seu processo de afirmação e consolidação, comportam diversos níveis de compreensão e abordagem, que permitem distingui-los em ordens, dimensões ou fases sucessivas resultantes de sua evolução histórica. Nesse contexto, (...) impende destacar, na linha desse processo evolutivo, os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, e que realçam o princípio da liberdade. Os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), de outro lado, identificam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, pondo em relevo, sob tal perspectiva, o princípio da igualdade. Cabe assinalar (...) que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível (...).

[ADI 3.540 MC, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, P, DJ de 3-2-2006.]
= ADI 1.856, rel. min. Celso de Mello, j. 26-5-2011, P, DJE de 14-10-2011

Meio ambiente como direito de terceira geração e princípio da solidariedade

O direito à integridade do meio ambiente — típico direito de terceira geração — constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido

verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade, e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

[MS 22.164, rel. min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, P, *DJ* de 17-11-1995.]

= ADFP 101, rel. min. Cármen Lúcia, j. 24-6-2009, P, *DJE* de 4-6-2012

= ADI 3.540 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, P, *DJ* de 3-2-2006

POSIÇÃO HIERÁRQUICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

- CF/1988, art. 5º, § 2º.

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

[Súmula Vinculante 25.]

O Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: proteção do domicílio contra ingerências arbitrárias

Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, art. 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 17, 1). O controle judicial *a posteriori* decorre tanto da interpretação da Constituição quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. (...) A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. [RE 603.616, rel. min. Gilmar Mendes, j. 5-11-2015, P, DJE de 10-5-2016, RG.]

Interpretação da Lei Maria da Penha de acordo com a CF/1988 e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil

No tocante à violência doméstica, há de considerar-se a necessidade da intervenção estatal. (...) Descabe interpretar a Lei Maria da Penha de forma dissociada do Diploma Maior e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sendo estes últimos normas de caráter supralegal também aptas a nortear a interpretação da legislação ordinária.

[ADI 4.424, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 9-2-2012, P, *DJE* de 1º-8-2014.]

Afastamento da possibilidade de prisão civil por dívida, supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos

(...) o Pacto de São José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/1988, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, prepondera sobre lei ordinária que admita a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional — à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º —, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida.

[HC 100.888, rel. min. Ayres Britto, j. 9-2-2010, 1ª T, *DJE* de 12-3-2010.]

O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil

(...) desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo Código Civil (Lei 10.406/2002).

[RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, voto do min. Gilmar Mendes, j. 3-12-2008, P, *DJE* de 5-6-2009.]

= RE 349.703, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, j. 3-12-2008, P, *DJE* de 5-6-2009

Capacidade postulatória — Constituição Federal *versus* Pacto de São José da Costa Rica

A posse da capacidade postulatória, como assinalado, constitui pressuposto processual subjetivo referente à parte. Sem que esta titularize o *ius postulandi*, torna-se

inviável a válida constituição da própria relação processual, o que faz incidir a norma inscrita no art. 267, IV, do Código de Processo Civil, gerando, em consequência, como necessário efeito de ordem jurídica, a extinção do processo, sem resolução de mérito. Nem se invoque, como o faz o ora agravante, o que dispõe, em seus arts. 1º, 2º, 8º, 25 e 29, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), pois, em tema de capacidade postulatória, não se pode ignorar o que estabelece o art. 133 da Constituição Federal, que reconhece o advogado como profissional indispensável à administração da Justiça. A norma constitucional em questão torna necessária, ressalvadas as exceções legais, a intervenção do advogado na prática de atos que lhe são privativos (Lei 8.906/1994, art. 1º), o que justifica, plenamente, a formulação do juízo de cognoscibilidade que se veiculou na decisão ora agravada. Cabe registrar, neste ponto, uma advertência, consistente no reconhecimento da irrecusável supremacia da Constituição da República sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro. Sabemos que o exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro — não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) —, está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional. A Constituição qualifica-se como estatuto fundamental da República. Nessa condição, todas as leis e tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa desse instrumento básico. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta política. É que o sistema jurídico brasileiro não confere qualquer procedência hierárquico-normativa aos atos internacionais sobre o ordenamento constitucional. [MI 772 AgR, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 24-10-2007, P, DJE de 20-3-2009.]

REGIMES POLÍTICOS E DIREITOS HUMANOS

O princípio democrático e as doações em campanhas eleitorais

A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da *judicial review*, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias. O funcionamento do processo político-eleitoral, conquanto matéria deveras sensível, impõe uma postura mais expansiva e particularista por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções mais deferentes e formalistas, sobre as escolhas políticas exercidas pelas maiorias no seio do Parlamento, instância, por excelência, vocacionada à tomada de decisão de primeira ordem sobre a matéria. A Constituição da República, a despeito de não ter estabelecido um modelo normativo pré-pronto e cerrado de financiamento de campanhas, forneceu uma moldura que traça limites à discricionariedade legislativa, com a positivação de normas fundamentais (*e.g.*, princípio democrático, o pluralismo político ou a isonomia política), que norteiam o processo político e que, desse modo, reduzem, em alguma extensão, o espaço de liberdade do legislador ordinário na elaboração de critérios para as doações e contribuições a candidatos e partidos políticos. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais

devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. A formulação de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento de campanhas impõe um pronunciamento da Corte destinado a abrir os canais de diálogo com os demais atores políticos (Poder Legislativo, Executivo e entidades da sociedade civil). Os limites previstos pela legislação de regência para a doação de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais se afiguram assaz insuficientes a coibir, ou, ao menos, amainar, a captura do político pelo poder econômico, de maneira a criar indesejada “plutocratização” do processo político. O princípio da liberdade de expressão assume, no aspecto político, uma dimensão instrumental ou acessória, no sentido de estimular a ampliação do debate público, de sorte a permitir que os indivíduos tomem contato com diferentes plataformas e projetos políticos. A doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um agir estratégico destes grandes doadores, no afã de estreitar suas relações com o Poder Público, em pactos, muitas vezes, desprovidos de espírito republicano. O *telos* subjacente ao art. 24 da Lei das Eleições, que elenca um rol de entidades da sociedade civil que estão proibidas de financiarem campanhas eleitorais, destina-se a bloquear a formação de relações e alianças promíscuas e não republicanas entre aludidas instituições e o Poder Público, de maneira que a não extensão desses mesmos critérios às demais pessoas jurídicas evidencia desequiparação desprovida de qualquer fundamento constitucional idôneo. Os critérios normativos vigentes relativos à doação a campanhas eleitorais feitas por pessoas naturais, bem como o uso próprio de recursos pelos próprios candidatos, não vulneram os princípios fundamentais democrático, republicano e da igualdade política. [ADI 4.650, rel. min. Luiz Fux, j. 17-9-2015, P, DJE de 24-2-2016.]

Estados totalitários e a crise dos direitos humanos

Com o movimento de 1964, sobreveio a ruptura da ordem jurídica plasmada no texto constitucional de 1946. Os atos institucionais constituíram, no Brasil, ao longo de todo o processo revolucionário, o meio instrumental de manifestação da vontade política e jurídica incontestável dos comandantes do grupo que empolgou o poder. Com isso, passaram a coexistir, no País, duas ordens jurídicas superpostas: uma, de caráter institucional, dotada de eficácia condicionante, e outra, de natureza constitucional, sujeita às limitações estabelecidas pelo poder revolucionário. Desse modo, os atos institucionais representavam categorias, estruturas ou modelos jurídicos providos de eficácia constitucional absoluta e de normatividade plena e irresistível, infensos, por sua incontestabilidade, a qualquer controle estatal externo. (...) O *bill* de indenidade, estabelecido pela legislação de exceção, verdadeiro manto protetor das iniquidades cometidas com fundamento nos atos institucionais,

impedia que o Judiciário revisse os atos excepcionais e, desse modo, contivesse a prática expansiva do abuso do poder. O regime de exceção, buscando a sua própria preservação institucional e sobrevivência política, vedou o controle jurisdicional dos atos praticados com fundamento nos estatutos revolucionários. Essa proibição, que incidiu sobre o princípio da inafastabilidade da *judicial review*, constituiu a própria antítese do preceito assegurado das liberdades públicas inscrito na Carta Federal então vigente, na medida em que afastou os limites de contenção do poder, viabilizando, assim, práticas criminosas e abusivas por parte dos agentes que serviam ao regime. (...) O respeito e a observância das liberdades públicas impõem-se ao Estado como obrigação indeclinável, que se justifica pela necessária submissão do Poder Público aos direitos fundamentais da pessoa humana. O conteúdo dessas liberdades — verdadeiras prerrogativas do indivíduo em face da comunidade estatal — acentua-se pelo caráter ético-jurídico que assumem e pelo valor social que ostentam, na proporção exata em que essas franquias individuais criam, em torno da pessoa, uma área indepassável à ação do Poder. (...) Daí a advertência de Celso Lafer (*A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 118): “(...) o valor da pessoa humana, enquanto conquista histórico-axiológica, encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. É por essa razão que a análise da ruptura — o hiato entre o passado e o futuro, produzido pelo esfacelamento dos padrões da tradição ocidental — passa por uma análise da crise dos direitos humanos, que permitiu o estado totalitário de natureza”.

[ADPF 153, rel. min. Eros Grau, voto do min. Celso de Mello, j. 29-4-2010, P, DJE de 6-8-2010.]

O Estado de Direito e o respeito aos direitos humanos

A Constituição Federal de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em 78 incisos e 4 parágrafos (CF, art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta, portanto, a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância. O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º). A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda, por conseguinte, que se evitem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais. E no que se refere aos direitos de caráter penal, processual e processual-penal,

talvez não haja qualquer exagero na constatação de que esses direitos cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado democrático de direito. Como observa Martin Kriele, o Estado territorial moderno arrosta um dilema quase insolúvel: de um lado, há de ser mais poderoso que todas as demais forças sociais do país (...), por outro, deve outorgar proteção segura ao mais fraco (...). O estado absolutista e os modelos construídos segundo esse sistema (ditaduras militares, estados fascistas, os sistemas do chamado “centralismo democrático”) não se mostram aptos a resolver essa questão. Segundo ressalta Kriele: “(...) A Inglaterra garantiu os direitos humanos sem necessidade de uma constituição escrita. Por outro lado, um catálogo constitucional de direitos fundamentais é perfeitamente compatível com o absolutismo, com a ditadura e com o totalitarismo. Assim, por exemplo, o art. 127 da Constituição soviética de 1936 garante a ‘inviolabilidade da pessoa’. Isso não impediu que o terror stalinista tivesse alcançado em 1937 seu ponto culminante. A constituição não pode impedir o terror, quando está subordinada ao princípio de soberania, em vez de garantir as condições institucionais da *rule of law*. O mencionado artigo da Constituição da União Soviética diz, mas adiante, que ‘a detenção requer o consentimento do fiscal do Estado’. Esta fórmula não é uma cláusula de defesa, mas tão somente uma autorização ao fiscal do Estado para proceder à detenção. Os fiscais foram nomeados conforme o critério político e realizaram ajustes ao princípio da oportunidade política, e, para maior legitimidade, estavam obrigados a respeitar as instruções. Todos os aspectos do princípio de *habeas corpus* ficaram de lado, tais como as condições legais estritas para a procedência da detenção, a competência decisória de juízes legais independentes, o direito ao interrogatório por parte do juiz dentro de prazo razoável, etc. Nestas condições, a proclamação da ‘inviolabilidade da pessoa’ não tinha nenhuma importância prática. Os direitos humanos aparentes não constituem uma defesa contra o Arquipélago Gulag; ao contrário, servem para uma legitimação velada do princípio da soberania: o Estado tem o total poder de disposição sobre os homens, mas isto em nome dos direitos humanos” (KRIELE, Martín. *Introducción a la teoría del estado*. cit. p. 160-161). A solução do dilema — diz Kriele — consiste no fato de que o Estado incorpora, em certo sentido, a defesa dos direitos humanos em seu próprio poder, ao definir-se o poder do Estado como o poder defensor dos direitos humanos. Todavia, adverte Kriele, “sem divisão de poderes e em especial sem independência judicial isto não passará de uma declaração de intenções”. É que, explicita Kriele, “os direitos humanos somente podem ser realizados quando limitam o poder do Estado, quando o poder estatal está baseado na entrada em uma ordem jurídica que inclui a defesa dos direitos humanos” (KRIELE, Martín. *Introducción a la teoría del estado*. cit. p. 150). Nessa linha ainda expressiva a conclusão de Kriele: “Os direitos humanos estabelecem condições e limites àqueles que têm competência de criar e modificar o direito e negam o poder de violar o direito. Certamente, todos os direitos não

podem fazer nada contra um poder fático, a *potestas desnuda*, como tampouco nada pode fazer a moral face ao cinismo. Os direitos somente têm efeito frente a outros direitos, os direitos humanos somente em face a um poder jurídico, isto é, em face a competências cuja origem jurídica e cujo *status* jurídico seja respeitado pelo titular da competência. Esta é a razão profunda por que os direitos humanos somente podem funcionar em um Estado constitucional. Para a eficácia dos direitos humanos a independência judicial é mais importante do que o catálogo de direitos fundamentais contidos na Constituição (g.n)”. KRIELE, Martín. *Introducción a la teoría del estado*. cit. p. 159-160. Tem-se, assim, em rápidas linhas, o significado que os direitos fundamentais e, especialmente os direitos fundamentais de caráter processual, assumem para a ordem constitucional como um todo.
[HC 91.386, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 19-2-2008, 2ª T, DJ de 16-5-2008.]

TEÓRIA DOS QUATRO STATUS DE JELLINEK

A invocação do *status* ativo da teoria de Jellinek

O direito à nomeação constitui um típico direito público subjetivo em face do Estado, decorrente do princípio que a ministra Cármen Lúcia, em obra doutrinária, cunhou de princípio da acessibilidade aos cargos públicos (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 143). Na ordem constitucional brasileira, esse princípio está fundado em alguns princípios informadores da organização do Poder Público no Estado Democrático de Direito, tais como: a) o princípio democrático de participação política, que impõe a participação plural e universal dos cidadãos na estrutura do Poder Público, na qualidade de servidores públicos; b) o princípio republicano, que exige a participação efetiva do cidadão na gestão da coisa pública; c) o princípio da igualdade, que prescreve a igualdade de oportunidades no acesso ao serviço público. Nesses termos, a acessibilidade aos cargos públicos constitui um direito fundamental expressivo da cidadania, como bem observou a ministra Cármen Lúcia na referida obra. Esse direito representa, dessa forma, uma das faces mais importantes do *status activus* dos cidadãos, conforme a conhecida “teoria dos *status*” de Jellinek. A existência de um direito à nomeação, nesse sentido, limita a discricionariedade do Poder Público quanto à realização e gestão dos concursos públicos. Respeitada a ordem de classificação, a discricionariedade da Administração resume-se ao momento da nomeação, nos limites do prazo de validade do concurso. Não obstante, quando se diz que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público.

[RE 598.099, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 30-9-2011, P, DJE de 3-10-2011.]

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

- CF/1988, art. 1º, III.

A crise carcerária e a violação à dignidade da pessoa humana

Esta arguição envolve a problemática do dever de o Poder Público realizar melhorias em presídios ou construir novos com a finalidade de reduzir o déficit de vagas prisionais. Vai além: versa a interpretação e a aplicação das leis penais e processuais de modo a minimizar a crise carcerária, implantar a forma eficiente de utilização dos recursos orçamentários que compõem o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) e o dever de elaboração, pela União, Estados e Distrito Federal, de planos de ação voltados a racionalizar o sistema prisional e acabar com a violação de direitos fundamentais dos presos sujeitos às condições de superlotação carcerária, acomodações insalubres e falta de acesso a direitos básicos, como saúde, educação, alimentação saudável, trabalho, assistência jurídica, indispensáveis a uma vida minimamente digna e segura. (...) trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes. Em que pese a atenção que este Tribunal deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, não se pode esquecer da missão de defesa de minorias, do papel contramajoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar. (...) A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

(...) Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (art. 5º, III); a vedação da aplicação de penas cruéis (art. 5º, XLVII, e); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (art. 5º, XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (art. 6º) e à assistência judiciária (art. 5º, LXXIV). Outras normas são afrontadas, igualmente reconhecedoras dos direitos dos presos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Também a legislação interna é transgredida: a Lei 7.210, de 1984, a chamada “Lei de Execução Penal”, na qual são assegurados diversos desses direitos, inclusive o alusivo à cela individual salubre e com área mínima de seis metros quadrados, e a Lei Complementar 79/1994, por meio da qual foi criado o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), cujos recursos estão sendo contingenciados pela União, impedindo a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuindo para o agravamento do quadro. (...) Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas. A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social. [ADPF 347 MC, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 9-9-2015, P, DJE de 19-2-2016.]

As prisões brasileiras e o desrespeito à dignidade humana

(...) o que se verifica, hoje, relativamente às prisões brasileiras, é uma completa ruptura com toda a doutrina legal de cunho civilizatório construída no pós-guerra. Trata-se de um processo de verdadeira “coisificação” de seres humanos presos, amontoados em verdadeiras “masmorras medievais”, que indica claro retrocesso relativamente a essa nova lógica jurídica. O fato é que a sujeição dos presos às condições até aqui descritas mostra, com clareza meridiana, que o Estado os está sujeitando a uma pena que ultrapassa a mera privação da liberdade prevista na sentença, porquanto acresce a ela um sofrimento físico, psicológico e moral, o qual,

além de atentar contra toda a noção que se possa ter de respeito à dignidade humana, retira da sanção qualquer potencial de ressocialização.

[RE 592.581, voto do rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 13-8-2015, P, DJE de 1º-2-2016, RG.]

A Lei da Anistia e a dignidade da pessoa humana

(...) a dignidade da pessoa humana precede a Constituição de 1988 e esta não poderia ter sido contrariada, em seu art. 1º, III, anteriormente a sua vigência. A arguente desqualifica fatos históricos que antecederam a aprovação, pelo Congresso Nacional, da Lei 6.683/1979. (...) A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa história sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei 6.683/1979. (...) Tem razão a arguente ao afirmar que a dignidade não tem preço. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano. Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor (valor de quem se arroga e tanto). É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirma e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensura. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. (...) Sem de qualquer modo negar o que diz a arguente ao proclamar que a dignidade não tem preço (o que subscrevo), tenho que a indignidade que o cometimento de qualquer crime expressa não pode ser retribuída com a proclamação de que o instituto da anistia viola a dignidade humana. (...) O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, esse argumento não prospera.

[ADPF 153, voto do rel. min. Eros Grau, j. 29-4-2010, P, DJE de 6-8-2010.]

A prestação jurisdicional e o princípio da dignidade da pessoa humana

A prestação jurisdicional é uma das formas de se concretizar o princípio da dignidade humana, o que torna imprescindível seja ela realizada de forma célere, plena e eficaz.

[Rcl 5.758, rel. min. Cármen Lúcia, j. 13-5-2009, P, DJE de 7-8-2009.]

O Estado Constitucional Cooperativo e a proteção dos direitos humanos

Não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um “Estado Constitucional Cooperativo”, identificado pelo professor Peter Häberle como aquele que não mais

se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais. Para Häberle, ainda que, numa perspectiva internacional, muitas vezes a cooperação entre os Estados ocupe o lugar de mera coordenação e de simples ordenamento para a coexistência pacífica (ou seja, de mera delimitação dos âmbitos das soberanias nacionais), no campo do direito constitucional nacional, tal fenômeno, por si só, pode induzir ao menos a tendências que apontem para um enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, gerando uma concepção que faz prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno. Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral como os mais evidentes. E no que se refere ao aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sociopolítica do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.

[RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, voto do min. Gilmar Mendes, j. 3-12-2008, P, DJE de 5-6-2009.]

O direito internacional público contemporâneo e a dignidade da pessoa humana

Não se pode desconhecer (...) que se delinea, hoje, uma nova perspectiva no plano do direito internacional. É que, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, os tratados e convenções, presentemente, não mais consideram a pessoa humana como um sujeito estranho ao domínio de atuação dos Estados no plano externo. O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade veio a ser reconhecida, em sucessivas declarações e pactos internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais. Torna-se importante destacar, sob tal perspectiva, que a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, representou um passo decisivo no processo de reconhecimento, consolidação e contínua expansão dos direitos básicos da pessoa humana. A Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada consensualmente pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, foi responsável — consoante observa o diplomata brasileiro José Augusto Lindgren Alves (*Os direitos humanos como tema global*. p. 135/144, item n. 8.2, 1994, Perspectiva) — por significativos avanços conceituais que se projetaram

nos planos concernentes à legitimidade das preocupações internacionais com os direitos humanos (art. 4º), à interdependência entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos (art. 8º) e, ainda, ao reconhecimento do sentido de universalidade dos direitos humanos (art. 5º). Cumpre não desconhecer, nesse contexto, o alcance e o significado de diversas proclamações constantes da Declaração de Viena, especialmente daquelas que enfatizam o compromisso solene de todos os Estados de promoverem o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas, assegurando-lhes, para esse efeito, meios destinados a viabilizar o acesso à própria jurisdição de organismos internacionais.

[RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, voto do min. Celso de Mello, j. 3-12-2008, P, DJE de 5-6-2009.]

O tratamento degradante do acusado e o princípio da dignidade da pessoa humana

Segundo o art. 1º da Carta Federal, a própria República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Da leitura do rol das garantias constitucionais — art. 5º —, depreende-se a preocupação em resguardar a figura do preso. A ele é assegurado o respeito à integridade física e moral — inciso XLIX. (...) Ora, estes preceitos — a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no País — repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade. Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. [HC 91.952, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 7-8-2008, P, DJE de 19-12-2008.]

A organização do trabalho e a dignidade da pessoa humana

(...) é inadmissível pensar que o respectivo sistema de organização do trabalho, atividade que dignifica o homem e em que ele se aperfeiçoa completamente, possa ser concebido unicamente à luz do que tradicionalmente se passou a caracterizar como órgãos e instituições, excluindo-se dessa relação o ator principal de todo o sistema, isto é, o homem, esse ser dotado de dignidade intrínseca. Não. *Data venia* dos que esposam pontos de vista diferentes, entendendo que o componente humano, sobretudo em virtude da proteção elevada que a Constituição outorga à sua dignidade, deve, sim, ser considerado elemento indissociável da organização do trabalho. A Constituição, no art. 109, VI, determina que são da competência da Justiça Federal os crimes contra a organização do trabalho, sem explicitar que delitos se incluem nessa categoria. Embora no Código Penal brasileiro haja um capítulo destinado a tais crimes, o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante é no sentido de que não há correspondência taxativa entre os delitos capitulados no referido Código

e aqueles indicados na Constituição, cabendo ao intérprete verificar em quais casos se está diante de “crime contra a organização do trabalho”.

[RE 398.041, voto do rel. min. **Joaquim Barbosa**, j. 30-11-2006, P, *DJE* de 19-12-2008.]

= RE 459.510, rel. p/ o ac. min. **Dias Toffoli**, j. 26-11-2015, P, *DJE* de 12-4-2016

PRINCÍPIO DA IGUALDADE

- CF/1988, art. 5º, *caput*;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 24.

Constitucionalidade da reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos no âmbito da Administração direta e indireta

É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. Com base nesse entendimento, o Plenário, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade em que se discutia a legitimidade da Lei federal 12.990/2014. (...) Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentou a questão das cotas raciais em três planos de igualdade, tal como compreendida na contemporaneidade: a) formal; b) material; e c) como reconhecimento. A igualdade formal impede a lei de estabelecer privilégios e diferenciações arbitrárias entre as pessoas, isto é, exige que o fundamento da desequiparação seja razoável e que o fim almejado seja compatível com a Constituição. (...) Quanto à igualdade material, o Colegiado observou que o racismo estrutural gerou uma desigualdade material profunda. Desse modo, qualquer política redistributivista precisará indiscutivelmente assegurar vantagens competitivas aos negros. Enfatizou, em relação à igualdade como reconhecimento, que esse aspecto identifica a igualdade quanto ao respeito às minorias e ao tratamento da diferença de um modo geral. Significa respeitar as pessoas nas suas diferenças e procurar aproximá-las, igualando as oportunidades. [ADC 41, rel. min. Roberto Barroso, j. 8-6-2017, P, *Informativo* 868.]

Não recepção de expressões discriminatórias pela Constituição

No entendimento majoritário do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses (art. 142 da Constituição). No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, contidas, respectivamente, no *nomen iuris* e no *caput* do art. 235 do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo. Não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados. [ADPF 291, rel. min. Roberto Barroso, j. 28-10-2015, P, DJE de 11-5-2016.]

Política pública de combate aos fatores de desigualdade na CF/1988

E o fato é que, no âmbito dessas relações institucionalizadas da convivência humana, a cor da pele é um elemento de desigualdade, de desigualação por baixo. Daí por que a mesma Constituição, já no art. 23, erige como política pública o combate aos fatores de desigualdades. No art. 23, diz a nossa Lei Maior didaticamente: “X — combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos”. E social aqui é mais do que social, é comunitário, porque, desde o preâmbulo, que a Constituição faz a diferença entre o social e o racial. Desde o preâmbulo a Constituição fala de bem-estar, por exemplo. É no plano social: bem-estar físico. O bem-estar vai ser objeto do art. 6º: educação, saúde, transporte, moradia, lazer. Mas a Constituição não se contenta com o bem-estar, como não se contentou em proibir o racismo e criminalizá-lo. Erigiu o combate ao racismo ao patamar de políticas públicas imperiosas, imperativas. [RE 597.285, rel. min. Ricardo Lewandowski, voto do min. Ayres Britto, j. 9-5-2012, P, DJE de 18-3-2014.]

ProUni e concretização do valor constitucional da igualdade

Programa Universidade para Todos (PROUNI). Ações afirmativas do Estado. Cumprimento do princípio constitucional da isonomia. (...) A educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade. A Lei 11.096/2005 não laborou no campo material reservado à lei complementar. Tratou, tão somente, de erigir um critério objetivo de contabilidade compensatória da aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais. Critério que, se atendido, possibilita o gozo integral da isenção quanto aos impostos e contribuições mencionados no art. 8º do texto impugnado. Não há outro modo de concretizar

o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, *verbi gratia*, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social. A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um discrimen que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade (“ciclos cumulativos de desvantagens competitivas”). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem.

[ADI 3.330, rel. min. Ayres Britto, j. 3-5-2012, P, *DJE* de 22-3-2013.]

A viabilidade jurídica dos programas de ação afirmativa

(...) A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, internalizada ao ordenamento pátrio pelo Decreto 65.810/1969, prevê que “não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos” (art. 1º, item 4). A aludida Convenção foi incorporada ao ordenamento pátrio com *status* hierárquico supralegal, à luz da jurisprudência desta Suprema Corte (*cf.*, dentre outros, RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, RE 349.703, rel. min. Carlos Britto, HC 92.566, rel. min.

Marco Aurélio, todos julgados pelo Tribunal Pleno, em 3-12-2008, *DJE* 104 divulgado em 4-6-2009). Todas essas previsões legais evidenciam, a mais não poder, a plena viabilidade jurídica da instituição de programas de ação afirmativa pela via administrativa, mediante deliberação das próprias instituições de ensino superior. Não ocorre, na hipótese, qualquer usurpação de competência legislativa privativa da União para dispor diretrizes e bases da educação nacional (CRFB, art. 22, XXIV). A uma porque a própria lei que definiu tais diretrizes reservou às universidades a definição dos critérios de seleção de estudantes, bem como o número e perfil de vagas oferecidas (art. 51 c/c art. 53, IV e parágrafo único, II). A duas porque à Lei 9.394/1996 somam-se diversos outros diplomas que expressamente admitem, quando não verdadeiramente impõem, a implementação de políticas de ação afirmativa. Por fim, ainda que assim não fosse, a autonomia universitária embasa e justifica o ato editado pela própria instituição de ensino.

[ADPF 186, rel. min. Ricardo Lewandowski, voto do min. Luiz Fux, j. 24-4-2012, P, *DJE* de 20-10-2014.]

VIDE ADC 41, rel. min. Roberto Barroso, j. 8-6-2017, P, *Informativo* 868

A discriminação contra os negros nos EUA e o surgimento das ações afirmativas

Este Supremo Tribunal Federal, inclusive, no histórico julgamento do HC 82.424/RS, frisou a inexistência de subdivisões raciais entre indivíduos. A noção de “raça”, que insiste em dividir e classificar os seres humanos em “categorias”, resulta de um processo político-social que, ao longo da história, originou o racismo, a discriminação e o preconceito segregacionista. Como explica Joaze Bernardino, “a categoria raça é uma construção sociológica, que por esse motivo sofrerá variações de acordo com a realidade histórica em que ela for utilizada”. Em razão disso, uma pessoa pode ser considerada branca num contexto social e negra em outro, como ocorre com “alguns brasileiros brancos que são tratados como negros nos Estados Unidos” (BERNARDINO, Joaze. Levando a raça a sério: ação afirmativa e correto reconhecimento, In: *Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. p. 19-20). De toda forma, é preciso enfatizar que, enquanto em muitos países o preconceito sempre foi uma questão étnica, no Brasil o problema vem associado a outros vários fatores, dentre os quais sobressai a posição ou o *status* cultural, social e econômico do indivíduo. Como já escrevia nos idos da década de 40 do século passado Caio Prado Júnior, célebre historiador brasileiro, “a classificação étnica do indivíduo se faz no Brasil muito mais pela sua posição social; e a raça, pelo menos nas classes superiores, é mais função daquela posição que dos caracteres somáticos” (PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense, 2006. p. 109). Isso não quer dizer que não haja problemas “raciais” no Brasil. O preconceito está em toda parte. Como dizia Bobbio, “não existe preconceito pior do que o acreditar não ter preconceitos” (BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e*

outros escritos morais. São Paulo: Unesp, 2002. p. 122). No debate sobre o tema, somos também levados a analisar a diferença existente entre a discriminação promovida pelo Estado e a discriminação praticada pelos particulares. Desde a abolição da escravidão — um dos fatos mais importantes da história de afirmação e efetivação dos direitos fundamentais no Brasil —, não há notícia de que o Estado brasileiro tenha se utilizado do critério racial para realizar diferenciação legal entre seus cidadãos. Esse é um fator de relevo que distingue o debate sobre o tema no Brasil. Nos Estados Unidos, por exemplo, existiu um sistema institucionalizado de discriminação racial estimulado pela sociedade e pelo próprio Estado, por seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em seus diferentes níveis. A segregação entre negros e brancos foi amplamente implementada pelo denominado sistema Jim Crow e legitimada durante várias décadas pela doutrina do “separados mas iguais” (*separate but equal*), criada pela famosa decisão da Suprema Corte no caso *Plessy vs. Ferguson* (163 U.S 537 1896). Com base nesse sistema legal segregacionista, os negros foram proibidos de frequentar as mesmas escolas que os brancos, comer nos mesmos restaurantes e lanchonetes, morar em determinados bairros, serem proprietários ou locatários de imóveis pertencentes a brancos, utilizar os mesmos transportes públicos, teatros, banheiros etc., casar com brancos, votar e serem votados e, enfim, de serem cidadãos dos Estados Unidos da América. Foi nesse específico contexto de cruel discriminação contra os negros que surgiram as ações afirmativas como uma espécie de mecanismo emergencial de inclusão e integração social dos grupos minoritários e de solução para os conflitos sociais que se alastravam por todo o país na década de 1960. [ADPF 186 MC, rel. min. Ricardo Lewandowski, dec. monocrática proferida pelo min. Gilmar Mendes, j. 31-7-2009, DJE de 7-8-2009.]

O caráter vinculante dos princípios constitucionais que vedam a prática do nepotismo

De fato, embora existam diversos atos normativos no plano federal que vedam o nepotismo, inclusive no âmbito desta Corte, tal não significa que apenas leis em sentido formal ou outros diplomas regulamentares sejam aptos a coibir a nefasta e antirrepublicana prática do nepotismo. É que os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e “positivamente vinculantes”, como ensina Gomes Canotilho. A sua inobservância, ao contrário do que muitos pregavam até recentemente, atribuindo-lhes uma natureza apenas programática, deflagra sempre uma consequência jurídica, de maneira compatível com a carga de normatividade que encerram. Independentemente da preeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência de seu impacto sobre a ordem legal, os princípios constitucionais, como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente se necessário.

(...) A Constituição de 1988, em seu art. 37, *caput*, preceitua que a Administração Pública rege-se por princípios destinados a resguardar o interesse público na tutela dos bens da coletividade. Esses princípios, dentre os quais destaco o da moralidade e o da impessoalidade, exigem que o agente público pautar a sua conduta por padrões éticos que têm como fim último lograr a consecução do bem comum, seja qual for a esfera de poder ou o nível político-administrativo da Federação em que atue. [RE 579.951, voto do rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 20-8-2008, P, DJ de 24-10-2008.]

A vedação à prática do nepotismo e a observância do princípio da igualdade

(...) o princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos órgãos e dos agentes governamentais, não importando em que instância de poder eles se situem. (...) Assentadas tais premissas, (...) entendo que a prática do nepotismo traduz a própria antítese da pauta de valores cujo substrato constitucional repousa no postulado da moralidade administrativa, que não tolera — porque incompatível com o espírito republicano e com a essência da ordem democrática — o exercício do poder *pro domo sua*. Esta Suprema Corte, ao reconhecer que a vedação à prática do nepotismo incide sobre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentemente de sua previsão em lei formal, estendendo-se tal proibição a todos os órgãos estatais (qualquer que seja a instância de poder em que se situem), reafirma a força normativa da Constituição da República e preserva a supremacia (formal e material) de que se revestem as normas e princípios constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, não de ser valorizadas em face de sua precedência, de sua autoridade e de seu grau hierárquico. (...) Sabemos que o Estado, no exercício das atividades que lhe são inerentes, não pode ignorar os princípios essenciais, que, derivando da constelação axiológica que confere substrato ético às ações do Poder Público, proclamam que as funções governamentais, não importa se no âmbito do Poder Executivo, no âmbito do Poder Legislativo ou no domínio do Poder Judiciário, não de ser exercidas com estrita observância dos postulados da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa. Esses princípios, erigidos à condição de valores fundamentais pela Carta Política, representam pauta de observância necessária por parte dos órgãos estatais. Mais do que isso, (...) tais postulados qualificam-se como diretrizes essenciais que dão substância e significado à repulsa que busca fazer prevalecer, no âmbito do aparelho de Estado, o sentido real da ideia republicana, que não tolera práticas e costumes administrativos tendentes a confundir o espaço público com a dimensão pessoal do governante, em claro desvio de caráter ético-jurídico.

[RE 579.951, rel. min. Ricardo Lewandowski, voto do min. Celso de Mello, j. 20-8-2008, P, DJ de 24-10-2008.]

A ausência de prescrição nos crimes de racismo e os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos

No Estado de Direito Democrático, devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. (...) A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem.

[HC 82.424, rel. p/ o ac. min. **Maurício Corrêa**, j. 17-9-2003, P, *DJ* de 19-3-2004.]

A defesa internacional da igualdade de direitos e o repúdio às práticas racistas

A questão, como visto, gira em torno da exegese do termo racismo inscrito na Constituição como sendo crime inafiançável e imprescritível. Creio não se lhe poder emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. (...) Como se sabe, já não é de hoje que tal diferenciação não mais subsiste, o que agora encontra reforços nas descobertas desenvolvidas pelo Projeto Genoma Humano (PHG). (...) Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos, realçada nas normas internacionais sobre direitos humanos, mas também os fundamentos do Pentateuco ou Torá acerca da origem comum do homem. (...) Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do art. 5º da Carta Política. (...) Em linhas gerais, como dito antes, o paciente procura negar a existência do holocausto, imputando aos judeus todas as responsabilidades pelas tragédias registradas na Segunda Guerra. Até mesmo o genocídio de 6 milhões de judeus nos campos de concentração é apresentado como uma farsa concebida por eles próprios, como estratégia sórdida destinada a fazer chantagem com o resto do mundo e abrir horizontes que permitam a sua hegemonia. Pretende, pois, alterar fatos históricos incontroversos, falsear a verdade e reacender a chama do ideal nazista, para instigar a discriminação racial contra o povo judeu. Algumas passagens dos livros editados ou escritos pelo paciente, entremeados de muitos outros juízos idênticos, contidas na denúncia, não deixam dúvidas a respeito (...). Há passagens, no mínimo, repulsivas, nos livros editados pelo paciente (...). Do que se pode apreender até aqui, as condutas imputadas ao paciente caracterizam prática de racismo, seja porque o conceito de raça não pode resumir-se a semelhança de características físicas, devendo ser adotado em suas mais diversas formas, especialmente como definição de comportamento social, seja porque, como é notório, a doutrina nazista defendida e incentivada pelas publicações não só reputa os judeus uma raça como baseia todo o seu segregacio-

nismo nessa convicção. Feitas essas considerações, vejamos como o tema foi disciplinado em tratados internacionais. A visão contemporânea dos direitos humanos e de tratamento igualitário contrapõe-se à visão racista de então, que buscava dar gradação nas relações entre os homens. (...) É claro que essas normas internacionais inspiraram e balizaram a atuação da Assembleia Constituinte de 1988 e do legislador ordinário, merecendo, por outra via, consideração irrestrita do intérprete da Carta Federal, especialmente por se acharem formalmente incorporadas ao nosso sistema jurídico. Nessa mesma linha de defesa internacional da igualdade de direitos e repúdio às práticas racistas, foi firmado o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos de 1966, que prevê a proibição legal de “apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência”, que foi reiterado para as Américas no art. 13-5 do Pacto de São José da Costa Rica, também incorporado ao direito brasileiro (Decreto Legislativo 89/1998, Decreto 678/1992 e Decreto 4.463/2002). (...) Analisando o caso dos autos à luz da legislação brasileira, tenho que as leis ordinárias, com base na Constituição Federal, permitem a conclusão de que o paciente cometeu sim ato de racismo, sendo o crime praticado imprescritível. Veja-se que a Constituição rejeita de antemão a definição isolada e tradicional de raça como sendo distinta pela cor da pele (branca, amarela e negra), tendo em vista que, ao designar como preceito fundamental o inciso IV do art. 3º da Constituição, trata cor e raça como conceitos diferentes, ao estimular a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (...) Pretender, agora, dar interpretação diversa e restritiva é negar toda a ordem jurídica que concebeu a positivação dos direitos fundamentais. (...) Não se pode perder de vista, na busca da verdadeira acepção do termo, segundo uma visualização harmônica da Carta da República, dois dogmas fundamentais inerentes ao verdadeiro Estado de Direito Democrático, que são exatamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, II e III). Pretende-se, com eles, que todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, tenham os mesmos direitos, para que de fato se cumpra na sua inteireza o “direito de ter direitos”. Ora, as teorias antisemitas congenitamente relacionadas com o nazismo, incentivada pelo paciente em suas publicações, começam por eliminar a possibilidade de os judeus possuírem direitos inerentes à cidadania, daí evoluindo para as barbáries que eliminam a dignidade do ser humano. A exclusão desses atos do conceito de racismo contraria, de plano, as bases do Estado brasileiro. Parece-me evidente, por outra via, que o combate ao racismo tem clara inspiração no princípio da igualdade, que por sua vez se confunde com o reconhecimento mundial dos direitos do homem. A Constituição brasileira o reitera em várias passagens, não sem razão, deixando consignada sua condição de preceito fundamental (CF, arts. 1º, II; 3º, IV; 4º, II e VIII; 5º, *caput*, I e XLI). A efetiva aplicação desses postulados, e a consequente defesa dos direitos humanos,

deve ser buscada obstinada e intransigentemente, sob pena de ruir-se a própria democracia, sendo o combate ao racismo, em seu sentido amplo, fator decisivo para a consecução desse objetivo fundamental. O direito de qualquer cidadão de não ser alvo de práticas racistas, como de resto as demais garantias individuais, está inserido nas liberdades públicas asseguradas pela Carta Magna, sendo dever do Estado assegurar sua total observância. O respeito ao valor fundamental da pessoa humana é premissa básica do Estado de Direito, e sua desconsideração permite o surgimento de sociedades totalitárias. Nada pode ser mais aviltante à dignidade do homem do que ser discriminado e inferiorizado em seu próprio meio social. Malgrado não seja fundamento do *writ*, penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento (CF, art. 5º, IV e IX; e art. 220). Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, art. 5º, § 2º, primeira parte). Atos discriminatórios de qualquer natureza ficaram expressamente vedados, com alentado relevo para a questão racial, o que impõe certos temperamentos quando possível contrapor-se uma norma fundamental a outra (CF, art. 220, *caput*, *in fine*). A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o “direito à incitação ao racismo”, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra. E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada “concordância prática”, a que se refere a doutrina. (...) Não resta dúvida, portanto, que o preceito do inciso XLII do art. 5º da Constituição aplica-se à espécie, dado que todos aqueles que defendem e divulgam ideias dessa mesma natureza são, deliberadamente, racistas e, em consequência, estão sujeitos às sanções penais de que se valeram os acórdãos impugnados.

[HC 82.424, voto do rel. p/ o ac. min. **Maurício Corrêa**, j. 17-9-2003, P, DJ de 19-3-2004.]

O Estatuto dos Refugiados e a garantia a todas as pessoas dos direitos básicos proclamados na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana

A comunidade internacional, em 28-7-1951, imbuída do propósito de consolidar e de valorizar o processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais da pessoa humana, celebrou, no âmbito do Direito das Gentes, um pacto de alta significação ético-jurídica, destinado a conferir proteção real e efetiva àqueles que, arbitrariamente perseguidos por razões de gênero, de orientação sexual e de ordem étnica, cultural,

confessional ou ideológica, buscam, no Estado de refúgio, acesso ao amparo que lhes é negado, de modo abusivo e excludente, em seu Estado de origem. Na verdade, a celebração da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados — a que o Brasil aderiu em 1952 — resultou da necessidade de reafirmar o princípio de que todas as pessoas, sem qualquer distinção, devem gozar dos direitos básicos reconhecidos na Carta das Nações Unidas e proclamados na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana. Esse estatuto internacional representou um notável esforço dos Povos e das Nações na busca solidária de soluções consensuais destinadas a superar antagonismos históricos e a neutralizar realidades opressivas que negavam, muitas vezes, ao refugiado — vítima de preconceitos, da discriminação, do arbítrio e da intolerância — o acesso a uma prerrogativa básica, consistente no reconhecimento, em seu favor, do direito a ter direitos.

[Ext 783 QO-QO, rel. p/ o ac. min. **Ellen Gracie**, voto do min. **Celso de Mello**, j. 28-11-2001, P, *DJ* de 14-11-2003.]

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA RETROATIVIDADE NO DIREITO PENAL

- CF/1988, art. 5º, XXXIX e XL;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 9º;
- Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/1966, art. 15.

Reserva legal e anterioridade no direito penal incriminador

Cumprir ter presente, sempre, que, em matéria penal, prevalece o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois — não é demasiado enfatizar — a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal. Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), também encontra expresso reconhecimento na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 9º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 15), que representam atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu. Mostra-se constitucionalmente relevante, portanto, como adverte a doutrina (...), o entendimento segundo o qual, “no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o Parlamento pode legislar sobre o Direito Penal incriminador) e a anterioridade (*lex populi* e *lex praevia*, respectivamente). Lei não aprovada pelo Parlamento não é válida (...)” (...). Não se pode também desconhecer, considerado o princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, como a própria formulação conceitual de “organização criminosa”, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento, como adverte autorizado magistério doutrinário (...). Isso significa, pois, que somente lei interna (e não convenção internacional, como

a Convenção de Palermo) pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação ou à conceituação de organização criminosa.

[RHC 121.835 AgR, voto do rel. min. **Celso de Mello**, j. 13-10-2015, 2ª T, *DJE* de 23-11-2015.]

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Subprincípios aplicáveis ao exame da proporcionalidade voltado à vedação de excesso

No âmbito dos direitos sociais, a tutela da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente é empregada na definição da extensão das obrigações positivas que podem ser exigidas do Estado, quando este se abstém, total ou parcialmente, de adotar a promoção de direitos tutelados constitucionalmente. O teste da proporcionalidade, neste contexto, sujeita-se aos mesmos subprincípios aplicáveis ao exame da proporcionalidade voltado à vedação de excesso. Assim, diante de uma norma questionada por proteger de forma insuficiente um direito, deve-se indagar: (i) se a proteção deficiente é adequada e/ou se a deficiência promove um fim constitucional legítimo; (ii) se é necessária, ou se havia medida mais eficiente sob o prisma do direito protegido deficientemente, que permitisse tutelar o direito a que ele se opõe na mesma medida; (iii) se é proporcional em sentido estrito a proteção deficiente porque os custos justificam os benefícios gerados.

[RE 778.889, voto do rel. min. Roberto Barroso, j. 10-3-2016, P, DJE de 1º-8-2016, RG.]

As duas faces do princípio da proporcionalidade: a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente

(...) não obstante a prescrição constitucional que garante a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania (CF, art. 5º, LXXVII), a autora ajuizou a presente ação contra o que entende configurar ilegítima intervenção estatal nos serviços exercidos “em caráter privado” (CF, art. 236). (...) Como se sabe, o princípio da proporcionalidade, bem estudado pela doutrina alemã, corresponde a uma moeda de duas faces: de um lado, tem-se a proibição de excesso (*übertassverbot*) e, de outro, a proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*). Não me parece que os dispositivos legais impugnados incidam na proibição de excesso, porquanto os

notários e registradores exercem tantas outras atividades lucrativas que a isenção de emolumentos neles estabelecida certamente não terá o condão de romper o equilíbrio econômico-financeiro das serventias extrajudiciais, de maneira a inviabilizar a sua continuidade. De outra banda, vejo que a medida legal contestada conforma-se perfeitamente à outra faceta do princípio da proporcionalidade acima mencionado, a qual exige que o Estado preste proteção eficaz aos economicamente hipossuficientes, sobretudo no que respeita aos seus direitos de cidadania. (...) Com efeito, o nascimento e a morte constituem fatos naturais que afetam igualmente ricos e pobres, mas as suas consequências econômicas e sociais distribuem-se desigualmente. O diploma legal impugnado busca igualá-los nesses dois momentos cruciais da vida, de maneira a permitir que todos, independentemente de sua situação patrimonial, nesse particular, possam exercer os direitos de cidadania, exatamente nos termos do que dispõe o art. 5º, LXXVII, da Constituição da República. Conjugadas, pois, no diploma legal sob exame, a proibição de excesso e a proibição da proteção deficiente, entendo revestida de proporcionalidade a limitação imposta aos serviços notariais e de registro, razão pela qual julgo improcedente esta ação direta de inconstitucionalidade.

[ADI 1.800, voto do rel. p/ o ac. min. **Ricardo Lewandowski**, j. 11-6-2007, P, DJ de 15-9-2011.]

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A proibição do retrocesso social em direitos fundamentais

O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, *v.g.*) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar — mediante supressão total ou parcial — os direitos sociais já concretizados.

[ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, DJE de 15-9-2011.]

PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Mínimo existencial e impossibilidade de invocação da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos

Ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais. Dever estatal de assistência materno-infantil resultante de norma constitucional. Obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao Poder Público, inclusive aos Estados-membros. Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Estado-membro. Desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal (*RTJ* 183/818-819). Comportamento que transgride a autoridade da Lei Fundamental da República (*RTJ* 185/794-796). A questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (*RTJ* 200/191-197). O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público. A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado. A teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”). Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 196, 197 e 227). A questão das “escolhas trágicas”. A colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do Direito. Controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso). Doutrina. Precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constitui-

ção da República (*RTJ* 174/687 — *RTJ* 175/1212-1213 — *RTJ* 199/1219-1220). Possibilidade jurídico-processual de utilização das *astreintes* (CPC, art. 461, § 5º) como meio coercitivo indireto. Existência, no caso em exame, de relevante interesse social. Ação civil pública: instrumento processual adequado à proteção jurisdicional de direitos revestidos de metaindividualidade. Legitimação ativa do Ministério Público (CF, art. 129, III). A função institucional do Ministério Público como “defensor do povo” (CF, art. 129, II). Doutrina.
[RE 581.352 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 29-10-2013, 2ª T, *DJE* de 22-11-2013.]

A gratuidade do transporte coletivo aos idosos como garantia do mínimo existencial e o princípio da reserva do possível

A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar, não se compadece com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível. Aquele princípio haverá de se compatibilizar com a garantia do mínimo existencial, sobre o qual disse, em outra ocasião, ser “o conjunto das condições primárias sociopolíticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais (...) que garantem que o princípio da dignidade humana dota-se de conteúdo determinável (conquanto não determinado abstratamente na norma constitucional que o expressa), de vinculabilidade em relação aos poderes públicos, que não podem atuar no sentido de lhe negar a existência ou de não lhe assegurar a efetivação, de densidade que lhe concede conteúdo específico sem o qual não se pode afastar o Estado”.

[ADI 3.768, voto da rel. min. Cármen Lúcia, j. 19-9-2007, P, *DJE* de 26-10-2007.]

A questão das escolhas trágicas e a inaplicabilidade da reserva do possível em caso de comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial

A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria

Lei Fundamental. (...) A cláusula da reserva do possível — que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição — encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (art. 25).

[ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, DJE de 15-9-2011.]

DIREITO À VIDA

- CF/1988, art. 5º, *caput*;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 4º.

Cláusula de proteção desde o momento da concepção

É certo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao estabelecer a inviolabilidade do direito à vida, proclama, em seu art. 4º, § 1º, que “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 (...)” (...). A Declaração Americana de Direitos e Deveres da Pessoa Humana, no entanto, promulgada na IX Conferência Internacional dos Estados Americanos, em Bogotá, em 1948, refere-se, genericamente, em seu art. I, ao “direito à vida”, sem qualquer menção ao instante da concepção. Também o Pacto Internacional das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos (1966), em seu art. 6º, § 1º, reconhece, de maneira geral, igualmente sem qualquer referência ao momento da concepção, a inviolabilidade do direito à vida. Vê-se, desse modo, que esses dois últimos documentos internacionais, que precederam a promulgação do Pacto de São José da Costa Rica, não incorporaram a noção de que o direito à vida existe desde o momento da concepção. Foi por essa razão que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao examinar o caso “Baby Boy” (Resolução 23/1981), advertiu que a inserção, no art. 4º, § 1º, do Pacto de São José da Costa Rica, da cláusula “em geral” tem implicações substancialmente diversas daquelas que resultariam se constasse, desse mesmo artigo, a expressão (nele inexistente) “desde o momento da concepção”, a significar, portanto, como se reconheceu em referido processo (Resolução 23/1981 — Caso 2141), que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não acolheu nem estabeleceu um conceito absoluto do direito à vida desde o momento da concepção. [ADPF 54, rel. min. Marco Aurélio, voto do min. Celso de Mello, j. 12-4-2012, P, DJE de 30-4-2013.]

Direito à vida e células-tronco embrionárias

A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofias espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião *in vitro*, porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo “fraterna”. O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões *in vitro*, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (min. Celso de Mello). (...) A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. [ADI 3.510, rel. min. Ayres Britto, j. 29-5-2008, P, DJE de 28-5-2010.]

Cláusula de proteção desde o momento da concepção

A se levar às últimas consequências tal raciocínio, qual seja, o da prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as leis ordinárias, não há como deixar de concluir, *concessa venia*, que a vida, do ponto de vista estritamente legal, começa na concepção, ou seja, a partir do encontro do espermatozoide com o óvulo. Isso porque o art. 4, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sem cuidar da implantação ou não do ócito fecundado em um útero humano — até porque à época de sua aprovação não se cogitava, ainda, da técnica da fertilização extracorpórea —, estabelece, *tout court*, o seguinte: “Toda pessoa tem o direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o

momento da concepção” (...). Ainda que se queira relativizar a força desse comando em face da expressão “em geral” nele abrigada, tal locução não afasta a ideia de que, para os efeitos legais, a vida começa na concepção, iniciada quer *in utero*, quer *in vitro*, podendo a lei do Estado signatário da Convenção deixar, eventualmente, de protegê-la, em situações excepcionais, caso outros valores estejam em jogo. Um exemplo típico consiste na exclusão da antijuridicidade do chamado “aborto necessário”, contemplada no art. 128, I, do Código Penal brasileiro, que corresponde àquele praticado por médico, quando não há “outro meio de salvar a vida da gestante”. Daí segue-se, a meu ver, que esse conceito jurídico, abrigado em um tratado internacional de direitos humanos, regulamente subscrito e ratificado pelo País, a saber, de que a vida começa na concepção, não é abalado, *data venia*, pelo raciocínio arrimado, fundamentalmente, no Código Civil, segundo o qual a legislação pátria somente ampararia o nascituro, isto é, o ser aninhado no útero materno, garantindo-lhe a proteção do Estado, antes mesmo do nascimento.

[ADI 3.510, rel. min. Ayres Britto, voto do min. Ricardo Lewandowski, j. 29-5-2008, P, DJE de 28-5-2010.]

VIDE ADPF 54 QO, rel. min. Marco Aurélio, voto do min. Carlos Britto, j. 27-4-2005, P, DJE de 31-8-2007

DIREITO AO NOME

- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 18.

O direito ao nome e o direito à declaração de paternidade

O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana, princípio alçado a fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III). O nome, por sua vez, traduz a identidade da pessoa, a origem de sua ancestralidade, enfim é o reconhecimento da família, base de nossa sociedade. Por isso mesmo, o patronímico não pertence apenas ao pai senão à entidade familiar como um todo, o que aponta para a natureza indisponível do direito em debate. No dizer de Luiz Edson Fachin “a descoberta da verdadeira paternidade exige que não seja negado o direito, qualquer que seja a filiação, de ver declarada a paternidade. Essa negação seria francamente inconstitucional em face dos termos em que a unidade da filiação restou inserida na Constituição Federal. Trata-se da própria identidade biológica e pessoal — uma das expressões concretas do direito à verdade pessoal”.

[RE 248.869, voto do rel. min. **Maurício Corrêa**, j. 7-8-2003, P, *DJ* de 12-3-2004.]

DIREITO À NACIONALIDADE

- CF/1988, art. 12;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 20;
- Declaração Universal dos Direitos Humanos/1948, art. 15.

Perda da nacionalidade brasileira

Brasileira naturalizada americana. Acusação de homicídio no exterior. Fuga para o Brasil. Perda de nacionalidade originária em procedimento administrativo regular. Hipótese constitucionalmente prevista. (...) A Constituição Federal, ao cuidar da perda da nacionalidade brasileira, estabelece duas hipóteses: (i) o cancelamento judicial da naturalização (art. 12, § 4º, I); e (ii) a aquisição de outra nacionalidade. Nesta última hipótese, a nacionalidade brasileira só não será perdida em duas situações que constituem exceção à regra: (i) reconhecimento de outra nacionalidade originária (art. 12, § 4º, II, *a*); e (ii) ter sido a outra nacionalidade imposta pelo Estado estrangeiro como condição de permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis (art. 12, § 4º, II, *b*). No caso sob exame, a situação da impetrante não se subsume a qualquer das exceções constitucionalmente previstas para a aquisição de outra nacionalidade, sem perda da nacionalidade brasileira.

[MS 33.864, rel. min. **Roberto Barroso**, j. 19-4-2016, P, *DJE* de 20-9-2016.]

Privação de nacionalidade obtida mediante fraude e apatria

Não ignoro ser a nacionalidade direito fundamental de primeira geração, pelo qual se estabelece o vínculo instaurador de direitos e deveres entre o indivíduo e determinado Estado, enfatizando, com isso, a identidade da pessoa humana no cenário internacional. Tampouco desconheço os esforços no sentido de conferir maior efetividade a esse direito, constante da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual estabelece em seu art. 15: “1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de

mudar de nacionalidade”. A adesão brasileira à Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, celebrada em 28-7-1951 no âmbito das Nações Unidas, com o depósito do instrumento de ratificação brasileiro em 30-4-1996, evidencia a importância que o Brasil passou a conferir à matéria. Buscando dotar esse documento de maior eficácia e com o objetivo de reduzir os casos de indivíduos sem nacionalidade, foi celebrada pelas Nações Unidas, em 30-8-1961, a “Convenção para a Redução dos Casos de Apátridia” (*Convention on the Reduction of Statelessness*), cujo texto foi aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro em 4-10-2007 (Decreto Legislativo 274, publicado no Diário Oficial da União de 5-10-2007), sendo esse instrumento de adesão apresentado às Nações Unidas em 25-10-2007 (...). Nesse documento, os Estados contratantes se comprometem a não privar uma pessoa de sua nacionalidade se essa privação vier a convertê-la em apátrida (art. 8º, § 1º). Inobstante essa regra geral, o acordo internacional referido prevê a possibilidade de uma pessoa ser privada da nacionalidade de Estado contratante “nos casos em que a nacionalidade tenha sido obtida por declaração falsa ou fraude” (art. 8º, § 2º, *b*). Além dessa exceção, o tratado ainda admite a reserva do direito do Estado contratante de privar o indivíduo de sua nacionalidade se, em condições incompatíveis com o dever de lealdade ao Estado contratante, a pessoa “tiver se conduzido de maneira gravemente prejudicial aos interesses vitais do Estado” (art. 8º, § 3º, *a*, inc. II), estando condicionada essa reserva à existência prévia, na legislação nacional, desse motivo. Pelo art. 12, § 4º, *b*, da Constituição Federal, quando do depósito da adesão do Brasil a essa convenção internacional, anotou-se reserva do direito mencionado. Quanto ao direito de privar o indivíduo da nacionalidade obtida por declaração falsa ou fraude, não se fez essa exigência. Tem-se, assim, o manifesto reconhecimento da comunidade internacional sobre o direito dos Estados de assentar a invalidade de nacionalidade obtida por declaração falsa ou fraude, ainda que disso decorra uma situação de apátrida. [RMS 27.840, rel. p/ o ac. min. Marco Aurélio, voto da min. Cármen Lúcia, j. 7-2-2013, P, DJE de 27-8-2013.]

Quase nacionalidade do súdito português

A norma inscrita no art. 12, § 1º, da Constituição da República — que contempla, em seu texto, hipótese excepcional de quase-nacionalidade — não opera de modo imediato, seja quanto ao seu conteúdo eficaz, seja no que se refere a todas as consequências jurídicas que dela derivam, pois, para incidir, além de supor o pronunciamento aquiescente do Estado brasileiro, fundado em sua própria soberania, depende, ainda, de requerimento do súdito português interessado, a quem se impõe, para tal efeito, a obrigação de preencher os requisitos estipulados pela Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre brasileiros e portugueses. [Ext 890, rel. min. Celso de Mello, j. 5-8-2004, 1ª T, DJ de 28-10-2004.] = HC 100.793, rel. min. Marco Aurélio, j. 2-12-2010, P, DJE de 1º-2-2011

DIREITO DE CIRCULAÇÃO E DE RESIDÊNCIA

- CF/1988, art. 5º, XV;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 22.

O direito de circulação e de residência *versus* a execução de sentença condenatória

Pedido de autorização, formulado ao juízo da ação penal, para que a ré possa se ausentar do País. Superveniência de sentença condenatória. Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem cumpridas no espaço de dois anos: prestação de serviços à comunidade e entrega mensal de cestas básicas a entidade assistencial. Circunstância que se mostra incompatível com o pedido, tendo em vista que a paciente tem residência fixa nos Estados Unidos, onde tem marido e possui estabelecimento comercial, o que poderia frustrar a execução da sentença condenatória, cujo cumprimento afasta a alegação de ofensa aos arts. 17 e 22 do Pacto de São José da Costa Rica.

[HC 82.016, rel. min. Ellen Gracie, j. 26-11-2002, 1ª T, DJ de 7-2-2003.]

DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA

- CF/1988, arts. 5º, *caput*, XXII, XXIII; 170, II; 182; 183; 185; 186; 191;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 21.

Usucapião especial urbana em área de imóvel inferior ao módulo mínimo dos lotes urbanos previstos no plano diretor

(...) a modalidade de aquisição da propriedade imobiliária (usucapião especial urbana) foi incluída em nossa Carta como forma de permitir o acesso dos mais humildes a melhores condições de moradia, bem como para fazer valer o respeito à dignidade da pessoa humana, erigido a um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da Constituição Federal), fato que, inegavelmente, conduz ao “pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade”, além de “garantir o bem-estar de seus habitantes” (art. 182, *caput*, da Constituição Federal). Assim, a desconformidade de sua metragem com normas e posturas municipais que disciplinam os módulos urbanos em sua respectiva área territorial não pode obstar a implementação de direito constitucionalmente assegurado a quem preencher os requisitos para tanto exigidos pela Carta da República; até porque — ressalte-se — trata-se de modo originário de aquisição da propriedade.

[RE 422.349, voto do rel. min. Dias Toffoli, j. 29-4-2015, P, DJE de 5-8-2015, RG.]

Constitucionalidade da sistemática de “superpreferência” a credores de verbas alimentícias quando idosos ou portadores de doença grave

O pagamento prioritário, até certo limite, de precatórios devidos a titulares idosos ou que sejam portadores de doença grave promove, com razoabilidade, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e a proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), situando-se dentro da margem de conformação do legislador constituinte para operacionalização da novel preferência subjetiva criada pela Emenda Constitucional 62/2009. [ADI 4.425, rel. min. Ayres Britto, j. 14-3-2013, P, DJE de 19-12-2013.]

Correção monetária de precatórios e direito de propriedade

A atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola o direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) na medida em que é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. A inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (*ex ante*), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período).

[ADI 4.425, rel. min. Ayres Britto, j. 14-3-2013, P, DJE de 19-12-2013.]

Penhorabilidade do bem de família do fiador

Não me parece sólida a alegação de que a penhora do bem de família do recorrente violaria o disposto no art. 6º da Constituição da República, que, por força da redação introduzida pela Emenda Constitucional 26, de 15 de fevereiro de 2000, não teria recebido a norma do art. 3º, VII, da Lei 8.009, de 29-3-1990, a qual, com a redação da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991, abriu exceção à impenhorabilidade do bem de família. A regra constitucional enuncia direito social, que, não obstante suscetível de qualificar-se como direito subjetivo, enquanto compõe o espaço existencial da pessoa humana, “independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas”, sua dimensão objetiva supõe provisão legal de prestações aos cidadãos, donde entrar na classe dos chamados “direitos a prestações, dependentes da actividade mediadora dos poderes públicos”. Isto significa que, em teoria, são várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia. (...) Daí se vê logo que não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia — o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário de imóvel — pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante provisão de reforço das garantias contratuais dos locadores. [RE 407.688, voto do rel. min. Cezar Peluso, j. 8-2-2006, P, DJ de 6-10-2006.]

Reconhecimento do direito à moradia como direito fundamental¹

Cabe assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à moradia — que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 6º) — qualifica-se

1 No julgamento do RE 407.688, o ministro Celso de Mello ficou vencido.

como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161). A essencialidade desse direito é também proclamada por declarações internacionais que o Brasil subscreveu ou a que o nosso país aderiu, valendo referir, dentre elas, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (art. 25) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11), que dispõem sobre o reconhecimento do direito à moradia como expressão de um direito fundamental que assiste a toda e qualquer pessoa. [RE 407.688, rel. min. Cezar Peluso, voto do min. Celso de Mello, j. 8-2-2006, P, DJ de 6-10-2006.]

Caráter relativo do direito de propriedade visto sob o prisma da função social

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. A desapropriação, nesse contexto — enquanto sanção constitucional impositiva ao descumprimento da função social da propriedade — reflete importante instrumento destinado a dar consequência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social. Incumbe, ao proprietário da terra, o dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade. (...) O processo de reforma agrária, em uma sociedade estruturada em bases democráticas, não pode ser implementado pelo uso arbitrário da força e pela prática de atos ilícitos de violação possessória, ainda que se cuide de imóveis alegadamente improdutivos, notadamente porque a Constituição da República — ao amparar o proprietário com a cláusula de garantia do direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII) — proclama que “ninguém será privado (...) de seus bens, sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV).

[ADI 2.213 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 4-4-2002, P, DJE de 23-4-2004.]

O direito de propriedade e a possibilidade de indenização dos revestimentos florestais localizados nas áreas previstas no art. 225, § 4º, da Constituição

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais em geral, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a plena indenizabilidade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público. (...) A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/1988, art. 5º, XXII). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do *dominus*, da garantia de compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, § 4º, da Constituição. [RE 134.297, rel. min. Celso de Mello, j. 13-6-1995, 1ª T, DJ de 22-9-1995.]

PROTEÇÃO DA HONRA E DA DIGNIDADE

- CF/1988, arts. 1º, III; 5º, X;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 11.

Os limites à liberdade de expressão e a proteção da honra e da dignidade

O direito à livre expressão do pensamento, contudo, não se reveste de caráter absoluto, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico. Os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, quando praticados, legitimarão, sempre *a posteriori*, a reação estatal aos excessos cometidos, expondo aqueles que os praticarem a sanções jurídicas, de caráter civil ou, até mesmo, de índole penal. (...) O fato irrecusável, neste tema, é um só: o abuso no exercício da liberdade de expressão não pode ser tolerado. Ao contrário, deve ser reprimido e neutralizado, sempre, porém, *a posteriori*, eis que a liberdade de opinião não autoriza nem legitima práticas que atinjam e vulnerem, mediante imputações ofensivas, o patrimônio moral das pessoas, cuja proteção encontra fundamento no próprio texto da Constituição da República (art. 5º, X, c/c o art. 220, § 1º). (...) Cabe referir, neste ponto, a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo art. 13, inciso 2, alínea *a*, depois de vedar a censura prévia, prescreve que o exercício do direito à liberdade de manifestação do pensamento sujeitar-se-á “a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar (...) o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas (...)” (...). (...) Irrecusável, por isso mesmo, que publicações que extravasem, abusiva e criminosamente, os limites razoáveis que conformam, no plano ético-jurídico, a prática da liberdade jornalística, degradando-a ao nível primário do insulto e da ofensa, não merecem a dignidade da proteção constitucional, pois o direito à livre expressão não pode compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de caráter delituoso.

[ARE 891.647 ED, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 15-9-2015, 2ª T, DJE de 1º-10-2015.]

Liberdade de imprensa *versus* proteção à honra

A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional “observado o disposto nesta Constituição” (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da “plena liberdade de informação jornalística” (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). (...) O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. (...) Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão *lato sensu* para se tornar um fator de

contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos.

[ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, j. 30-4-2009, P, *DJE* de 6-11-2009.]

Os contrapesos à liberdade de informação

Cabe reconhecer que os direitos da personalidade (como os pertinentes à incolumidade da honra e à preservação da dignidade pessoal dos seres humanos) representam limitações constitucionais externas à liberdade de expressão, “verdadeiros contrapesos à liberdade de informação” (...), que não pode — e não deve — ser exercida de modo abusivo (...), mesmo porque a garantia constitucional subjacente à liberdade de informação não afasta, por efeito do que determina a própria Constituição da República, o direito do lesado à indenização por danos materiais, morais ou à imagem (CF, art. 5º, V e X, c/c o art. 220, § 1º).

[ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, voto do min. Celso de Mello, j. 30-4-2009, P, *DJE* de 6-11-2009.]

As restrições admissíveis ao direito de informação

Cumprir notar que as restrições admissíveis ao direito à informação são estabelecidas na própria Carta Magna e dizem respeito à proibição do anonimato, ao direito de resposta e à indenização por dano material ou moral, à proteção da intimidade, privacidade, honra e imagem da pessoa, ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e, finalmente, ao resguardo do sigilo da fonte, quando necessário.

[ADI 3.741, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 6-8-2006, P, *DJ* de 23-2-2007.]

DIREITO À INDENIZAÇÃO

- CF/1988, art. 5º, LXXV;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 10.

Erro judiciário e direito à indenização

Erro judiciário. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Direito à indenização por danos morais decorrentes de condenação desconstituída em revisão criminal e de prisão preventiva. Constituição Federal, art. 5º, LXXV. Código de Processo Penal, art. 630. O direito à indenização da vítima de erro judiciário e daquela presa além do tempo devido, previsto no art. 5º, LXXV, da Constituição, já era previsto no art. 630 do Código de Processo Penal, com a exceção do caso de ação penal privada e só uma hipótese de exoneração, quando para a condenação tivesse contribuído o próprio réu. A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, § 6º, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. O art. 5º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário *stricto sensu*, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça.

[RE 505.393, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 26-6-2007, 1ª T, DJ de 5-10-2007.]

DIREITOS DO PRESO

- CF/1988, art. 5º, XLIX, LXI, LXII, LXIII e LXIV;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), arts. 5º e 7º.

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

[**Súmula Vinculante 56.**]

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

[**Súmula Vinculante 26.**]

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

[**Súmula Vinculante 11.**]

O disposto no art. 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do art. 58.

[**Súmula Vinculante 9.**]

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

[**Súmula 719.**]

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

[Súmula 718.]

Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

[Súmula 716.]

Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

[Súmula 717.]

A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.

[Súmula 715.]

Dever do Estado de compensar os danos causados aos detentos em razão da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. Com essa orientação, o Tribunal, em conclusão e por maioria, deu provimento a recurso extraordinário para restabelecer o juízo condenatório nos termos e limites do acórdão proferido no julgamento da apelação, a qual fixara indenização no valor de dois mil reais a favor de detento. Consoante o acórdão restabelecido, estaria caracterizado o dano moral porque, após laudo de vigilância sanitária no presídio e decorrido lapso temporal, não teriam sido sanados os problemas de superlotação e de falta de condições mínimas de saúde e de higiene do estabelecimento penal. Além disso, não sendo assegurado o mínimo existencial, seria inaplicável a teoria da reserva do possível — v. *Informativos* 770 e 784. Prevaleceu o voto do ministro Teori Zavascki (relator). Registrou, de início, a inexistência de controvérsia a respeito dos fatos da causa e da configuração do dano moral, haja vista o reconhecimento, pelo próprio acórdão recorrido, da precariedade do sistema penitenciário estadual, que lesou direitos fundamentais do recorrente, quanto à dignidade, intimidade, higidez física e integridade psíquica. Portanto, sendo incontroversos os fatos da causa e a ocorrência do dano, afirmou que a questão jurídica desenvolvida no recurso ficou restrita à reparabilidade, ou seja, à existência ou não da obrigação do Estado de ressarcir os danos morais verificados nas circunstâncias enunciadas. Em seguida, consignou que

a matéria jurídica está no âmbito da responsabilidade civil do Estado de responder pelos danos, até mesmo morais, causados por ação ou omissão de seus agentes, nos termos do art. 37, § 6º, da CF, preceito normativo autoaplicável, que não se sujeita a intermediação legislativa ou a providência administrativa de qualquer espécie. Ocorrido o dano e estabelecido o seunexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. Sendo assim e tendo em conta que, no caso, a configuração do dano é matéria incontroversa, não há como acolher os argumentos que invocam, para negar o dever estatal de indenizar, o princípio da reserva do possível, na dimensão reducionista de significar a insuficiência de recursos financeiros. Frisou que Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto ali permanecerem detidas, e que é seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir os danos que daí decorrerem. Ademais, asseverou que as violações a direitos fundamentais causadoras de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não poderiam ser relevadas ao argumento de que a indenização não teria o alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, dependente da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Sustentou que admitir essa assertiva significaria justificar a perpetuação da desumana situação constatada em presídios como aquele onde cumprida a pena do recorrente. Relembrou que a garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica dos detentos constitui dever estatal que tem amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (CF, art. 5º, XLVII, *e*, XLVIII; XLIX; Lei 7.210/1984 — LEP, arts. 10, 11, 12, 40, 85, 87, 88; Lei 9.455/1997 — crime de tortura; Lei 12.874/2013 — Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como também em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas; Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, contida na Resolução 1/2008, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da Organização das Nações Unidas contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes). A criação de subterfúgios teóricos — como a separação dos Poderes, a reserva do possível e a natureza coletiva dos danos sofridos — para afastar a responsabilidade estatal pelas calamitosas condições da carceragem afronta não apenas o sentido do art. 37, § 6º, da CF, mas também determina o esvaziamento das inúmeras cláusulas constitucionais e convencionais citadas. O descumprimento reiterado dessas cláusulas se transforma em mero e inconsequente ato de fatalidade, o que não pode ser tolerado. Por fim, o relator enfatizou que a invocação seletiva de razões de Estado para negar, especificamente a determinada categoria de sujeitos, o

direito à integridade física e moral não é compatível com o sentido e o alcance do princípio da jurisdição. Acolher essas razões é o mesmo que recusar aos detentos os mecanismos de reparação judicial dos danos sofridos, deixando-os descobertos de qualquer proteção estatal, em condição de vulnerabilidade juridicamente desastrosa. É dupla negativa: do direito e da jurisdição.

[RE 580.252, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, j. 16-2-2017, P, *Informativo* 854, RG.]

Inviabilidade de cumprimento de pena em regime mais gravoso por falta de vaga nos regimes aberto ou semiaberto

Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, *b e c*). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. Apelo ao legislador. A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN); (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas — pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão de obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da Federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem re-

curso públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional. Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente: (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; (iii) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; (iv) relatório deverá avaliar (a) a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do Funpen; (d) a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal. Estabelecimento de interpretação conforme a Constituição para (a) excluir qualquer interpretação que permita o contingenciamento do Funpen, criado pela Lei Complementar 79/1994; b) estabelecer que a utilização de recursos do Funpen para financiar centrais de monitoração eletrônica e penas alternativas é compatível com a interpretação do art. 3º da Lei Complementar 79/1994. Caso concreto: o Tribunal de Justiça reconheceu, em sede de apelação em ação penal, a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime semiaberto e, como consequência, determinou o cumprimento da pena em prisão domiciliar, até que disponibilizada vaga. Recurso extraordinário provido em parte, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, sejam observados (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto.

[RE 641.320, rel. min. Gilmar Mendes, j. 11-5-2016, P, DJE de 1º-8-2016, RG.]

Aplicação das Regras de Bangkok — Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras

O encarceramento de mulheres merece destaque. As mulheres em situação de prisão têm demandas e necessidades muito específicas, o que não raro é agravado por históricos de violência familiar e condições como a maternidade, a nacionalidade estrangeira, a perda financeira ou o uso de drogas. Não é possível desprezar, nesse cenário, a distinção dos vínculos e relações familiares estabelecidos pelas mulheres, bem como sua forma de envolvimento com o crime, quando comparados com a população masculina, o que repercute, de forma direta, com as condições de encarceramento a que estão submetidas. Historicamente, a ótica masculina tem sido

tomada como regra para o contexto prisional, com prevalência de serviços e políticas penais direcionados para homens, deixando em segundo plano as diversidades que compreendem a realidade prisional feminina, que se relacionam com sua raça e etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, situação de gestação e maternidade, entre tantas outras nuances. Há grande deficiência de dados e indicadores sobre o perfil de mulheres em privação de liberdade nos bancos de dados oficiais governamentais, o que contribui para a invisibilidade das necessidades dessas pessoas. O principal marco normativo internacional a abordar essa problemática são as chamadas Regras de Bangkok — Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Essas regras propõem olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário. Apesar de o governo brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes em nosso país, sinalizando, ainda, o quanto carece de fomento a implementação e a internalização eficaz pelo Brasil das normas de direito internacional dos direitos humanos. E cumprir esta regra é um compromisso internacional assumido pelo Brasil. Embora se reconheça a necessidade de impulsionar a criação de políticas públicas de alternativas à aplicação de penas de prisão às mulheres, é estratégico abordar o problema primeiramente sob o viés da redução do encarceramento feminino provisório. De acordo com as Regras de Bangkok, deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado.

[*Rcl 25.371 MC*, rel. min. **Ricardo Lewandowski**, dec. monocrática, j. 26-10-2016, *DJE* de 3-11-2016.]

Estado de coisas inconstitucional na atual situação de superlotação carcerária brasileira

(...) no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na

comparação com as “masmorras medievais”. Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (art. 5º, III); a vedação da aplicação de penas cruéis (art. 5º, XLVII, *e*); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (art. 5º, XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (art. 6º) e à assistência judiciária (art. 5º, LXXIV). Outras normas são afrontadas, igualmente reconhecedoras dos direitos dos presos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Também a legislação interna é transgredida: a Lei 7.210, de 1984, a chamada “Lei de Execução Penal”, na qual são assegurados diversos desses direitos, inclusive o alusivo a cela individual salubre e com área mínima de seis metros quadrados, e a Lei Complementar 79/1994, por meio da qual foi criado o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), cujos recursos estão sendo contingenciados pela União, impedindo a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuindo para o agravamento do quadro. Importa destacar que a forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercute além das respectivas situações subjetivas, produzindo mais violência contra a própria sociedade. Segundo as palavras da professora Ana Paula de Barcellos, “o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. Revista de Direito Administrativo n. 254*, 2010 [Biblioteca Digital Fórum de Direito Público]). [ADPF 347 MC, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 9-9-2015, P, DJE de 19-2-2016.]

Imposição de obrigação de fazer à Administração Pública pelo Poder Judiciário

(...) em consequência da reiterada violação aos direitos humanos dos presos no Brasil, já foram ajuizados contra o País diversos processos perante a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. (...) Vale sublinhar, nesse passo, que, a partir do momento em que o Brasil adere a um tratado ou a uma convenção internacional, sobretudo àqueles que dizem respeito aos direitos humanos, a União assume as obrigações neles pactuadas, sujeitando-se, inclusive, à supervisão dos órgãos internacionais de controle, porquanto somente ela possui personalidade jurídica no plano externo. [RE 592.581, voto do rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 13-8-2015, P, DJE de 1º-2-2016.]

Maior efetividade da sanção penal e inafastabilidade dos direitos humanos

A Lei 12.234/2010 visa exatamente concretizar, em justa medida, o dever estatal de proteção a direitos fundamentais da coletividade e conferir maior efetividade às normas penais que os tutelam e à prestação jurisdicional. Nesse contexto, assegurar-se a efetividade da execução de uma pena legalmente prevista e regularmente imposta em processo no qual tenham sido respeitadas, dentre outras, as garantias constitucionais do juiz natural, do devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, mediante sua imunização contra os efeitos retroativos da prescrição da pretensão punitiva entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa, não importa em violação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) ou de seu consectário, o princípio da humanidade das penas, cujo principal escopo é vedar a imposição de penas cruéis, degradantes, de trabalhos forçados, de caráter perpétuo ou de morte (art. 5º, XLVII, CF) e assegurar ao preso o respeito à sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX, CF). O acusado não deixa de ser tratado como pessoa humana pelo simples fato de se conferir maior efetividade à sanção penal, mesmo porque, afirmada sua responsabilidade criminal, há o “dever de submeter-se às consequências jurídicas do crime”.

[HC 122.694, voto do rel. min. Dias Toffoli, j. 10-12-2014, P, DJE de 19-2-2015.]

Direito à progressão de regime para os extraditados

A exclusão do estrangeiro do sistema progressivo de cumprimento de pena conflita com diversos princípios constitucionais, especialmente o da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) e o da isonomia (art. 5º), que veda qualquer discriminação em razão da raça, cor, credo, religião, sexo, idade, origem e nacionalidade. [Ext 947 QO, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 28-5-2014, P, DJE de 30-10-2014.] = HC 117.878, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 19-11-2013, 2ª T, DJE de 3-12-2013

A transferência imediata de preso e a possibilidade de postergação de sua oitiva em caso de emergência

Transferência de preso para presídio federal de segurança máxima sem observância de formalidades legais. Afronta ao devido processo legal, à ampla defesa, à individualização da pena e à dignidade humana: incoerência: Medida emergencial caracterizada por: a) histórico de rebeliões que provocaram 40 mortes em Rondônia, a partir de 2003; b) julgamento do Brasil e do Estado de Rondônia pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; c) interdição de presídio; d) periculosidade do paciente, condenado a 49 anos de reclusão; e e) liderança subversiva exercida pelo agente e conseqüente desestabilização do sistema prisional. Oitiva do recluso: postergação em caso de emergência — art. 5º, § 6º, da Lei 11.671/2008.

[HC 115.539, rel. min. Luiz Fux, j. 3-9-2013, 1ª T, DJE de 17-9-2013.]

Duração não razoável da prisão cautelar que se prolonga sem causa legítima

O excesso de prazo na duração da prisão cautelar — tratando-se, ou não, de delito hediondo — não pode ser tolerado, impondo-se, ao Poder Judiciário, em obséquio aos princípios consagrados na Constituição da República, a imediata devolução do *status libertatis* ao indiciado ou ao réu. A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa — considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) — significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (art. 5º, LIV e LXXVIII). Emenda Constitucional 45/2004 . Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, n. 5 e 6). [HC 105.437, rel. min. Celso de Mello, j. 30-10-2012, P, DJE de 21-3-2013.]

Direito do preso de receber visita dos familiares

(...) levando em conta que uma das finalidades da pena é a ressocialização, eventuais erros por parte do Estado ao promover a execução podem e devem ser sanados via *habeas corpus*, sob pena de, ao fim do cumprimento da pena, não restar alcançado o objetivo de reinserção eficaz do apenado em seu seio familiar e social. É indubitável, também, que erros na ressocialização têm como consectário lógico a não recuperação do encarcerado que, cedo ou tarde, em futuro contato com a sociedade, poderá novamente vir a delinquir. (...) a Constituição Federal de 1988 tem como um de seus princípios norteadores o princípio da humanidade, sendo vedadas as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada (nos termos do art. 84, XIX), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (CF, art. 5º, XLVII). Prevê, ainda, ser assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (CF, art. 5º, XLIX). No mesmo sentido, a diretriz traçada pelo Pacto de São José da Costa Rica — Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao dispor que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral” (art. 5º, 1) e “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano” (art. 5º, 2). (...) é fato que a pena assume o caráter de prevenção e retribuição ao mal causado. Por outro lado, não se pode olvidar seu necessário caráter ressocializador, devendo-se preocupar o Estado, portanto, em recuperar o apenado. Assim, é que dispõe o art. 10 da Lei de Execução Penal ser dever do Estado a assistência ao preso e ao internado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. As Regras Mínimas do Tratamento de Prisioneiros da ONU, por sua vez, em seu n. 65, dispõem como objetivo de tratamento dos condenados, enquanto perdurar a

pena, inspirar-lhes a vontade de viver conforme a lei, inculcar-lhes o respeito por si mesmos e desenvolver o seu senso de responsabilidade. Destaque-se, aliás, o direito do preso a visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e de amigos, assegurado expressamente pela própria Lei de Execução Penal (art. 41, X), sobretudo com o escopo de buscar a almejada ressocialização e reeducação do apenado que, cedo ou tarde, retornará ao convívio familiar e social. (...) Nem se diga, como afirmou o juízo das execuções, que o paciente não faz jus à visita de seus filhos por se tratar de local impróprio, podendo trazer prejuízos à formação psíquica dos menores. De fato, é público e notório o total desajuste do sistema carcerário brasileiro à programação prevista pela Lei de Execução Penal. Não raro, presenciamos vastas reportagens jornalísticas dando conta das condições desumanas de cumprimento de pena às quais são submetidos os apenados do sistema carcerário brasileiro. Todavia, levando em conta a almejada ressocialização do apenado e partindo da premissa de que o convívio familiar é salutar para a perseguição desse fim, cabe ao Poder Público o dever de propiciar meios para que o apenado possa receber visitas, inclusive de seus filhos e enteados, em ambiente minimamente aceitável e preparado para tanto e que não coloque em risco a integridade física e psíquica dos visitantes.
[HC 107.701, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 13-9-2011, 2ª T, DJE de 26-3-2012.]

Direito à progressão de regime para os extraditados

A questão está em saber se é, ou não, admissível progressão de regime para réus estrangeiros não residentes no País. A indagação remete logo ao disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal (...). Em princípio, parece que tal norma excluiria de sua tutela os estrangeiros não residentes no País. Não é esta, porém, a leitura mais curial, sobretudo porque a garantia de inviolabilidade dos direitos fundamentais da pessoa humana não comporta exceção baseada em qualificação subjetiva puramente circunstancial. Tampouco se compreende que, sem razão perceptível, o Estado deixe de resguardar direitos inerentes à dignidade humana das pessoas que, suposto estrangeiras sem domicílio no País, se encontrem sob o império de sua soberania.
[HC 97.147, voto do rel. p/ o ac. min. Cezar Peluso, j. 4-8-2009, 2ª T, DJE de 12-2-2010.]

= HC 117.878, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 19-11-2013, 2ª T, DJE de 3-12-2013

Proibição da vedação legal apriorística de liberdade provisória

(...) Vedação legal apriorística de liberdade provisória. Convenção de Palermo (art. 11). Inadmissibilidade de sua invocação. Regra legal de questionável constitucionalidade. Possível conflito com os princípios da presunção de inocência, do *due process of law*, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade. Cláusulas inscritas nos textos de tratados internacionais que imponham a compulsória adoção,

por autoridades judiciárias nacionais, de medidas de privação cautelar da liberdade individual, ou que vedem, em caráter imperativo, a concessão de liberdade provisória, não podem prevalecer em nosso sistema de direito positivo, sob pena de ofensa à presunção de inocência, dentre outros princípios constitucionais que informam e compõem o estatuto jurídico daqueles que sofrem persecução penal instaurada pelo Estado. A vedação apriorística de concessão de liberdade provisória é repelida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a considera incompatível com a presunção de inocência e com a garantia do *due process*, dentre outros princípios consagrados na Constituição da República, independentemente da gravidade objetiva do delito. Precedente: ADI 3.112/DF.

[HC 94.404, rel. min. Celso de Mello, j. 18-11-2008, 2ª T, DJE de 18-6-2010.]

DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL

- CF/1988, art. 5º, XLIX;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 5º.

Estado de coisas inconstitucional e a superlotação carcerária brasileira

Custodiado. Integridade física e moral. (...) Sistema penitenciário nacional. Superlotação carcerária. Condições desumanas de custódia. Violação massiva de direitos fundamentais. Falhas estruturais. Estado de coisas inconstitucional. Configuração. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

[ADPF 347 MC, rel. min. Marco Aurélio, j. 9-9-2015, P, DJE de 19-2-2016.]

Privação de liberdade e uso de algemas

Não há, para o direito, pessoas de categorias variadas. O ser humano é um, e a ele deve ser garantido o conjunto dos direitos fundamentais. As penas haverão de ser impostas e cumpridas, igualmente por todos os que se encontrem em igual condição, na forma da lei. De se invocarem também, em apoio às regras jurídicas que tratam de prisioneiros, aquelas adotadas pela Organização das Nações Unidas, na parte que versa sobre instrumentos de coação. Em seu n. 33, estabelece aquela Organização que o emprego de algemas jamais se poderá dar como medida de punição. Conquanto recomendação, portanto não tendo natureza de norma cogente, serve ela de fonte da interpretação a ser adotada na espécie pelos sistemas jurídicos dos Estados signatários. Também se faz mister ressaltar ser o Brasil parte em tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica, que prevê que ninguém será

submetido a torturas, penas ou tratamento cruel, desumano ou degradante. “Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano” (art. 5, 2). Quando o agente do Estado não cumpre ou cumpre com demasias ou despropósitos jurídicos o que estabelece a norma de direito do País e os tratados internacionais, dos quais o Brasil seja signatário, o abuso — inclusive na utilização de algemas — deve mais que ser considerado indevido juridicamente. Em tese, deve mesmo constituir crime.

[HC 89.429, voto da rel. min. **Cármen Lúcia**, j. 22-8-2006, 1ª T, DJ de 2-2-2007.]

Privação de liberdade e sistema progressivo de cumprimento de pena

Deveras, a aniquilação do sistema progressivo conflita com o princípio da humanidade da pena (art. 5º, III, XLVII e LXIX, da CF), transformando-lhe a finalidade (...). (...) Acresça-se que o Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, não só veda a submissão de qualquer pessoa a penas desumanas ou degradantes (art. 5, n. 2), como fixa os escopos que devem orientar a disciplina legal e a execução das penas privativas de liberdade (...) (art. 5, n. 6).

[HC 82.959, rel. min. **Marco Aurélio**, voto do min. **Cezar Peluso**, j. 23-2-2006, P, DJ de 1º-9-2006.]

A proteção dos direitos humanos do extraditando

(...) já advertiu o ministro Celso de Mello: “Em tema de direito extradicional, o Supremo Tribunal Federal não pode e nem deve revelar indiferença diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. É que o Estado brasileiro — que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional — assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (art. 4º II)”. Este dever de prestígio prioritário aos direitos humanos, em matéria extradicional, restará frustrado se não se propiciar uma adequada e eficaz apuração das circunstâncias em que se deu a gravidez da extraditanda; e assim há de acrescentar aos direitos fundamentais da criança e dos sessenta envolvidos o direito (na realidade poder-dever) de o Estado punir de alguma forma maus servidores públicos. (...) A extraditanda, ora reclamante, fez, assim, nos autos, acusação que recai, à evidência, na pessoa dos policiais federais lotados na Superintendência, à época, em afirmando ter sofrido “estupro carcerário”. (...) Em realidade, assim, de um lado, a extraditanda, ora reclamante, com base no art. 5º, X, da Constituição, alega como o faz na inicial seu direito fundamental à intimidade, à vida privada, em não concordando com qualquer exame de “material genético dela e de seu filho” (fl. 3), e, de outra parte, os policiais federais (fl. 186), atingidos, consoante alegam, em sua honra, pelas acusações da reclamante, juntamente com o delegado federal que preside o inquérito policial em que se apuram

os fatos ligados à origem da gravidez da requerente, e o Ministério Público Federal, invocando, por igual, o direito à honra e à imagem, *ut* art. 5º, X, da Constituição (...). Põem-se, aqui, portanto, em confronto alegações de direitos fundamentais à intimidade, de um lado, e à honra e imagem de outro lado, previstos no art. 5º, X, da Lei Magna da República. (...) Não há, em linha de princípio, precedência de um desses direitos sobre os demais, constantes do inciso X do art. 5º da Constituição, não cabendo, assim, considerar um deles superior a outro; decerto, todos estão vinculados ao princípio da igualdade da pessoa humana, reconhecido como um dos fundamentos da própria ordem constitucional (Constituição Federal, art. 1º, II). (...) Ora, todos esses aspectos que se acrescem, como bens jurídicos da comunidade — na expressão de Canotilho, referido às fls. 162 — ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X) já examinado, estão a autorizar se estabeleça restrição, no caso concreto, ao invocado direito à intimidade da reclamante. Cumpre observar, de outra parte, que isso acontecerá sem invasão atual à sua integridade física, ou do filho há pouco nascido, eis que o exame de DNA se fará com material da placenta do filho da reclamante (...). Julgando, desde logo, o mérito desse pedido, defiro-o, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização do material biológico da placenta retirada da suplicante Glória de Los Angeles Treviño Ruiz, e ora recolhida, no Hospital Regional da Asa Norte (HRAN), cabendo ao Dr. Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal adotar, na forma de direito, as providências necessárias à efetivação do referido exame. [Rcl 2.040 QO, voto do rel. min. Neri da Silveira, j. 21-2-2002, P, DJ de 27-6-2003.]

PROIBIÇÃO DE TORTURA

- CF/1988, art. 5º, III e XLIII;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 5º, 2.

Não aplicabilidade do art. 5º, XLIII, às anistias consumadas anteriormente à vigência da CF/1988

A chamada Lei da Anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento — o momento da transição conciliada de 1979. A Lei 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. A Lei 6.683/1979 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes — adotada pela Assembleia Geral em 10-12-1984, vigorando desde 26-6-1987 — e a Lei 9.455, de 7-4-1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo art. 5º, XLIII, da Constituição — que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes — não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido.

[ADPF 153, rel. min. Eros Grau, j. 29-4-2010, P, DJE de 6-8-2010.]

A tortura e a negação arbitrária dos direitos humanos

A tortura, além de expor-se ao juízo de reprovabilidade ético-social, revela, no gesto primário e irracional de quem a pratica, uma intolerável afronta aos direitos da pessoa humana e um acintoso desprezo pela ordem jurídica estabelecida. Trata-se de conduta cuja gravidade objetiva torna-se ainda mais intensa, na medida em que a transgressão criminosa do ordenamento positivo decorre do abusivo exercício de função estatal. O Brasil, consciente da necessidade de prevenir e de reprimir

os atos caracterizadores da tortura, subscreveu, no plano externo, importantes documentos internacionais, de que destaco, por sua inquestionável importância, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1984; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, concluída em Cartagena em 1985; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da OEA em 1969, atos internacionais estes que já se acham incorporados ao plano do direito positivo interno (Decreto 40/1991, Decreto 98.386/1989 e Decreto 678/1992). Cabe reafirmar que a tortura exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, as múltiplas formas de execução desse gesto caracterizador de profunda insensibilidade moral daquele que se presta, com ele, a ofender a dignidade da pessoa humana. O respeito e a observância das liberdades públicas impõem-se ao Estado como obrigação indeclinável, que se justifica pela necessária submissão do Poder Público aos direitos fundamentais da pessoa humana. O conteúdo dessas liberdades — verdadeiras prerrogativas do indivíduo em face da comunidade estatal — acentua-se pelo caráter ético-jurídico que assumem e pelo valor social que ostentam, na proporção exata em que essas franquias individuais criam, em torno da pessoa, uma área indevassável à ação do poder. Quando se fala em tortura, a problematização da liberdade individual na sociedade contemporânea não pode prescindir de um dado axiológico essencial: o do valor ético fundamental da pessoa humana. (...) A tortura, nesse contexto, constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete — enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva — um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo.

[ADPF 153, rel. min. Eros Grau, voto do min. Celso de Mello, j. 29-4-2010, P, DJE de 6-8-2010.]

Crime de tortura contra criança ou adolescente

A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete — enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva — um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo. (...) O

Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969). Mais do que isso, o legislador brasileiro, ao conferir expressão típica a essa modalidade de infração delituosa, deu aplicação efetiva ao texto da Constituição Federal que impõe ao Poder Público a obrigação de proteger os menores contra toda a forma de violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput*, *in fine*).

[HC 70.389, rel. p/ o ac. min. Celso de Mello, j. 23-6-1994, P, DJ de 10-8-2001.]

PROIBIÇÃO DA ESCRAVIDÃO E DA SERVIDÃO

- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 6º;
- Declaração Universal dos Direitos Humanos/1948, art. 4.

A violação dos direitos trabalhistas e a configuração do trabalho escravo

Para configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima “a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva” ou “a condições degradantes de trabalho”, condutas alternativas previstas no tipo penal. A “escravidão moderna” é mais sutil do que a do século 19 e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”. Não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo. Se a violação aos direitos do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes de trabalho, é possível, em tese, o enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal, pois os trabalhadores estão recebendo o tratamento análogo ao de escravos, sendo privados de sua liberdade e de sua dignidade. [Inq 3.412, rel. p/ o ac. min. Rosa Weber, j. 29-3-2012, P, DJE de 12-11-2012.]

Trabalho em condições degradantes *versus* trabalho decente

A atual redação do art. 149 do Código Penal veio a buscar atender o compromisso internacionalmente assumido pelo governo brasileiro de combater o trabalho escravo

(Convenção 105 da OIT, em matéria de abolição do trabalho forçado). De acordo com lições da doutrina, os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos são enfáticos em considerar o trabalho escravo e degradante como grave forma de violação de direitos humanos, sendo simultaneamente resultado de um padrão de violação de direitos e causa de violação de outros direitos (PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 160). A noção de condições degradantes corresponde ao trabalho realizado em determinadas condições que afrontam a dignidade da pessoa do trabalhador, como o trabalho submetido à jornada exaustiva. O trabalho em condições degradantes corresponde aquele que “explora a necessidade e a miséria do trabalhador”, submetendo-o a condições indignas, colocando em risco sua saúde e integridade física (ANDRADE, Denise Lapolla de Paula Aguiar. A Lei n. 10.803/2003 e a nova definição de trabalho escravo — diferenças entre trabalho escravo, forçado e degradante. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 29, março de 2005, p. 81.). De acordo com a lição de José Cláudio Monteiro de Brito Filho, “o trabalho em condições análogas à de escravo é reconhecido, hoje, a partir do momento em que há o desrespeito ao atributo maior do ser humano que é a sua dignidade, e que ocorre, do ponto de vista do trabalho humano, quando é negado ao trabalhador um conjunto mínimo de direitos que a Organização Internacional do Trabalho convencionou denominar trabalho decente, e que são os Direitos Humanos específicos dos trabalhadores” (Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (coord.). *Trabalho escravo contemporâneo*. São Paulo: LTr e ANAMATRA, 2005, p. 126.). Assim, o trabalho em condições degradantes e o trabalho forçado são antíteses do denominado trabalho decente, sendo espécies do gênero “trabalho em condições análogas à de escravo”. [Inq 2.131, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, voto da rel. min. Ellen Gracie, j. 23-2-2012, P, DJE de 7-8-2012.]

O compromisso de erradicação do trabalho escravo nos planos interno e externo

Está claro que o trabalho escravo é uma prática condenada pela sociedade, violadora de toda a ordem constitucional, que possui na dignidade da pessoa humana a sua norma-base (*Häberle*) e seu valor jurídico supremo (*Dürig*). O exercício laboral em condições degradantes e desumanas, como é o caso dos autos, tem sido reprimido nos planos nacional e internacional, por meio dos tratados e convenções de direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, por exemplo, prescreve que “ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas”. Do mesmo modo, a Organização Internacional do Trabalho, por meio da Convenção 29, aprovada na 14^a reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1930), adotou diversas proposições relativas ao combate ao trabalho

forçado ou obrigatório sob todas as suas formas. O Estado brasileiro, portanto, está comprometido, nos planos interno e externo, com a erradicação de todo tipo de escravidão, servidão e trabalho forçado que venham a afrontar a dignidade humana. O Estado está incumbido, dessa forma, do dever de criar mecanismos eficazes para a realização desse mister, dentre os quais sobressai a edição de normas de organização e procedimento destinadas a regular a investigação, processo e julgamento dos fatos transgressores dos direitos fundamentais dos trabalhadores. (...) Ademais, a Emenda Constitucional 45/2004 estabeleceu a hipótese de deslocamento da competência para a Justiça Federal para julgamento dos crimes contra os direitos humanos, concedendo à União a responsabilidade nacional para investigar, processar e punir os crimes que incorram em grave ofensa aos direitos humanos. Assim, o art. 109, V-A e § 5º, dispõe que, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o procurador-geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. (...) entendendo que a regra de competência fixada pelo art. 109, VI, da Constituição deve incidir apenas naqueles casos em que esteja patente a ofensa a princípios básicos sobre os quais se estrutura o trabalho em todo o País. (...) Como se vê, o Tribunal tem fixado seu entendimento jurisprudencial no sentido de que a incidência das normas constitucionais que definem a competência da Justiça Federal depende da análise casuística sobre a configuração da ofensa ao bem jurídico protegido, que deve levar em conta, como na espécie, o elemento coletivo ou transindividual. Entendo, portanto, que a competência da Justiça Federal para processar e julgar o crime de redução de alguém à condição análoga à de escravo configura-se apenas nas hipóteses em que esteja presente a ofensa aos princípios que regem a organização do trabalho. (...) Não se deve esquecer que, nos casos em que esteja configurada a grave violação de direitos humanos, e em que, por razões variadas, a Justiça comum não esteja atuando de forma eficiente, pode o procurador-geral da República suscitar ao Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou do processo penal, o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, com base no que dispõe o art. 109, § 5º, da Constituição Federal, com a redação determinada pela Emenda Constitucional 45/2004. Poderá também o procurador-geral da República, tendo em vista as circunstâncias do caso, sempre em hipóteses excepcionais, formular, ao Supremo Tribunal Federal, pedido de intervenção federal no Estado para assegurar a observância de direitos da pessoa humana, conforme o disposto no art. 34, VII, *b*, da Constituição.

[RE 398.041, rel. min. **Joaquim Barbosa**, voto do min. **Gilmar Mendes**, j. 30-11-2006, P, *DJE* de 19-12-2008.]

= RE 459.510, rel. p/ o ac. min. **Dias Toffoli**, j. 26-11-2015, P, *DJE* de 12-4-2016

DIREITO À LIBERDADE PESSOAL

- CF/1988, art. 5º, LXVI;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 7º.

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

[**Súmula Vinculante 25.**]

Não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade.

[**Súmula 695.**]

Inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública

O Plenário julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 8.866/1994, resultante da conversão da Medida Provisória 427/1994, reeditada pela Medida Provisória 449/1994. A lei impugnada trata do depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública. (...) No mérito, a Corte explicou que a lei: a) cria a ação de depósito fiscal, com o escopo primordial de coagir, sob pena de prisão, o devedor a depositar o valor referente à dívida na contestação, ou após a sentença, no prazo de 24 horas; b) chancela a possibilidade de submeter o devedor a sofrer processo judicial de depósito, sem que tenha ocorrido a finalização do processo administrativo fiscal; e c) dispõe sobre a proibição de, em se tratando de coisas fungíveis, seguir-se o disposto sobre o mútuo (Código Civil/1916, art. 1280; Código Civil/2002, art. 645), com a submissão do devedor a regime mais gravoso de pagamento, em face dos postulados da proporcionalidade, do limite do direito de propriedade e do devido processo legal. Diante desse cenário, admitir que seja erigido à condição de “depositário infiel aquele que não entrega à Fazenda Pública o valor referido neste artigo, no termo e forma fixados

na legislação tributária ou previdenciária” (Lei 8.866/1994, art. 1º, § 2º) para o fim de coagi-lo a pagar a dívida tributária ou previdenciária da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, cria situação mais onerosa do que a prevista no ordenamento jurídico até então vigente, consistente nas garantias constitucionais e nas já previstas disposições do Código Tributário Nacional (CF, art. 5º, LV; e CTN, arts. 142, 201 e 204). À época da edição da Medida Provisória 427/1994, já existia a Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980) e a medida cautelar fiscal (Lei 8.397/1992), as quais são instrumentos suficientes, adequados e proporcionais para a cobrança tributária. Cumprindo o mandamento constitucional do devido processo legal, ambos os dispositivos estipulam ritos e privilégios para a tutela da arrecadação ao erário e garantias ao contribuinte. Sem guardar qualquer correspondência com o postulado da proporcionalidade e seus subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, a lei em questão possibilita o ajuizamento de demanda que coage ao depósito da quantia devida com ou sem apresentação de contestação, sob pena de decretação de revelia. E mais: a legislação questionada admite o ajuizamento de demanda judicial apenas com base em “declaração feita pela pessoa física ou jurídica, do valor descontado ou recebido de terceiro, constante em folha de pagamento ou em qualquer outro documento fixado na legislação tributária ou previdenciária, e não recolhido aos cofres públicos” (Lei 8.866/1994, art. 2º, I), sem que ocorra a finalização do processo administrativo fiscal, o que fere postulados constitucionais (CF, art. 5º, LIV e LV). É corolário do princípio do devido processo legal que aos litigantes sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes. O postulado também se aplica aos processos que contenham relação jurídico-tributária, razão pela qual aquela medida vulnera a garantia do contribuinte ao devido processo legal. Nesse sentido, determinar que a contestação seja apresentada com o depósito do numerário sob pena de revelia equivale a exigir depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial, o que é manifestamente proibido pela Suprema Corte, nos termos da Súmula Vinculante 28. Ao contribuinte é facultado ajuizar ação de depósito em face do Fisco, a fim de obter certidão negativa de débito (ou positiva com efeito de negativa). Porém, ele não pode ser coagido a assim proceder, sob pena de vulneração ao princípio da proporcionalidade, do contraditório e da ampla defesa. De outro lado, não há nenhuma lesão ao patrimônio público, haja vista os instrumentos processuais à disposição da Fazenda Pública. Demonstrado, pois, que, se o incremento da arrecadação era o resultado almejado, o ordenamento jurídico já contém modos e formas de chegar a resultado semelhante, quais sejam, ação de execução fiscal ou medida cautelar fiscal. Sob esse aspecto, a lei em comento não guarda compatibilidade com a norma constitucional e ainda apresenta outras incompatibilidades. É cediço que há o dever fundamental de pagar tributos, entretanto os meios escolhidos pelo Poder Público devem estar jungidos à necessidade da medida, à adequação e à proporcionalidade,

em sentido estrito, de restringir os meios de adimplemento em caso de cobrança judicial, as quais não estão presentes na apreciação da legislação ora questionada. O Estado brasileiro baseia-se em receitas tributárias. Um texto constitucional como o nosso, pródigo na concessão de direitos sociais e na promessa de prestações estatais aos cidadãos, deve oferecer instrumentos suficientes para que possa fazer frente às inevitáveis despesas que a efetivação dos direitos sociais requer. O tributo é esse instrumento. Considera-se, portanto, a existência de um dever fundamental de pagar impostos. No caso da Constituição, esse dever está expresso no § 1º do art. 145. Existe inegável conflito entre os cidadãos e os agentes privados no sentido de transferir para os demais concidadãos o ônus tributário, furtando-se, tanto quanto possível, a tal encargo. Ao disciplinar de maneira isonômica, segundo a capacidade econômica do contribuinte, a distribuição dos ônus tributários e ao operar por meio da fiscalização tributária para conferir efetividade a esse objetivo, o Estado está verdadeiramente a prestar aos cidadãos a função de árbitro de um conflito entre agentes privados. Igualmente, o Colegiado observou a lei à luz do disposto no inciso LIV do art. 5º da Constituição. Constatou que o instrumento de agir em juízo, lá estabelecido, restringe o cumprimento da obrigação pelo devedor tributário, quando determina apenas o depósito da quantia em dinheiro, em claro desrespeito ao direito de propriedade. Isso ocorre porque o diploma normativo em questão suprime, parcial ou totalmente, posições jurídicas individuais e concretas do devedor vinculadas ao pagamento da dívida tributária, que repercutem em sua propriedade, ante a existência de rol normativo-legal que já disciplina a matéria com completude. A restrição acaba conflitando com a existência da ação de execução fiscal, na qual coincide tal possibilidade, aliada a outras. A medida legislativa-processual criada não é adequada, tampouco necessária para obtenção de fins legítimos, por restringir a propriedade do devedor e estabelecer uma única forma de pagamento: depósito da quantia devida em dinheiro no prazo de 24 horas, situação flagrantemente inconstitucional. A retirada das disposições relativas à prisão civil por dívidas acaba com o escopo da legislação em comento. Afinal, não existe plausibilidade para manutenção da tutela jurisdicional díspar com o ordenamento jurídico, a qual cria situação desproporcional e, portanto, inconstitucional para o fim de otimizar a arrecadação tributária. Por fim, a possibilidade de manejo da ação de depósito fiscal está em franco desuso, ante a existência de outros meios de que o Fisco se pode valer para cobrança de seus créditos, tal como execução fiscal ou medida cautelar fiscal, fato que não afasta a inconstitucionalidade. No entanto, para evitar insegurança jurídica ou qualquer prejuízo ao erário em relação aos prazos prescricionais, o Tribunal definiu que as ações de depósito fiscal em curso deverão ser transformadas em ação de cobrança, de rito ordinário, com oportunidade ao Poder Público para a sua adequação ou para requerer a sua extinção.

[ADI 1.055, rel. min. Gilmar Mendes, j. 15-12-2016, P, *Informativo* 851.]

Privação de liberdade e comparecimento em juízo — observância obrigatória da audiência de custódia

Estão obrigados juízes e tribunais, observados os arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

[ADPF 347 MC, rel. min. Marco Aurélio, j. 9-9-2015, P, DJE de 19-2-2016.]

Privação de liberdade, comparecimento em juízo e audiência de custódia

(...) a garantia trazida pelo art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos não é uma inovação; muito pelo contrário, suas origens remontam à Magna Carta, documento basilar de garantia dos direitos do homem, que no dia 15 de junho deste ano de 2015 completou 800 anos. Embora alguns autores apontem semelhanças do *habeas corpus* com outros institutos do direito romano ou germânico anterior, a gênese do remédio heroico, tal como hoje o conhecemos, encontra-se na Magna Carta, cujos arts. 39 e 40 assim dispunham: “(39) Nenhum homem livre será apreendido ou preso, ou despojado dos seus direitos ou bens, ou banido ou exilado, ou privado de seu *status* de qualquer forma, tampouco usaremos força contra ele, nem ordenaremos que outros o façam, exceto por meio de um julgamento legítimo por parte de seus pares ou em virtude da lei do país. (40) Para ninguém venderemos, negaremos ou atrasaremos um direito ou a justiça.” (...) é direito subjetivo do preso ser apresentado ao juiz sem demora, também é evidente que nessa ocasião o preso poderá pedir a sua liberdade, como lhe assiste o art. 5º, XXXIV, *a*, da Constituição Federal (direito de petição). Esse pedido de liberdade nada mais é do que um pedido de *habeas corpus*, nos termos do art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, *verbis*: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Se, contudo, o próprio preso não fizer esse pedido, seu defensor, por dever de ofício, deverá pedir a sua liberdade. Se nem o defensor pedir a liberdade do detido, ainda poderá o Ministério Público pedi-la. Em último caso, mesmo que ninguém peça a liberdade do preso, ainda deverá o juiz, constatando ilegalidade, soltá-lo de ofício, ou seja, conceder *habeas corpus ex officio*. [ADI 5.240, voto do rel. min. Luiz Fux, j. 20-8-2015, P, DJE de 1º-2-2016.]

Excepcionalidade da segregação cautelar

(...) a segregação cautelar durante o curso da ação penal é tomada no pressuposto implícito de que o processo tenha curso normal e prazo razoável de duração, o que, aliás, é direito fundamental dos litigantes (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto 678/1992, art. 7º). Não sendo assim, a prisão

acaba representando, na prática, uma punição antecipada, sem devido processo e sem condenação.

[HC 108.929, voto do rel. min. Teori Zavascki, j. 17-12-2013, 2ª T, DJE de 13-2-2014.]

Afastamento da possibilidade de prisão civil por dívida, supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos

Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. Revogação da Súmula 619/STF. (...) A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º).

[HC 96.772, rel. min. Celso de Mello, j. 9-6-2009, 2ª T, DJE de 21-8-2009.]

Tendência de abolição da prisão civil por dívida no direito internacional

A questão básica suscitada na presente causa consiste em saber se ainda subsiste, no direito positivo brasileiro, no plano infraconstitucional da legislação interna, a prisão civil do depositário infiel, considerado o que dispõem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, § 7º) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 11). A alta relevância dessa matéria, que envolve discussão em torno do alcance e precedência dos direitos fundamentais da pessoa humana, impõe que se examine, de um lado, o processo de crescente internacionalização dos direitos humanos e, de outro, que se analisem as relações entre o direito nacional (direito positivo interno do Brasil) e o direito internacional dos direitos humanos, notadamente em face do preceito inscrito no § 3º do art. 5º da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004. Nesse contexto, o tema da prisão civil por dívida, analisado na perspectiva dos documentos internacionais, especialmente na dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, assume significativa importância no plano jurídico, pois estimula reflexão a propósito de uma clara tendência que se vem registrando no sentido da abolição desse instrumento de coerção processual, que constitui resquício de uma prática extinta, já na Roma republicana, desde o advento, no século 5º a.C., da *“Lex Poetelia Papiria”*, saudada, então, enquanto marco divisor entre dois períodos históricos, como representando a “aurora dos novos tempos”.

[RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, voto do min. Celso de Mello, j. 3-12-2008, P, DJE de 5-6-2009.]

Prazo razoável da privação de liberdade para extradição

A prisão preventiva para extradição (PPE) deve ser analisada caso a caso, e a ela deve ser atribuído limite temporal, compatível com o princípio da proporcionalidade; e, ainda, que esteja em consonância com os valores supremos assegurados pelo Estado constitucional, que compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos. O Pacto de São José da Costa Rica proclama a liberdade provisória como direito fundamental da pessoa humana (art. 7º, 5). A prisão é medida excepcional em nosso Estado de Direito e não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos (art. 5º, LXVI). Inexiste razão, tanto com base na CF/1988, quanto nos tratados internacionais com relação ao respeito aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, para que tal entendimento não seja também aplicado às PPEs.

[HC 91.657, rel. min. Gilmar Mendes, j. 13-9-2007, P, DJE de 14-3-2008.]

Admissão de restrição ao direito de recorrer em liberdade

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se sobre esse específico aspecto da questão, enfatizou que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de sempre recorrer em liberdade (HC 72.366/SP, rel. min. Néri da Silveira, jul. em 13-9-1995), pois o Pacto de São José da Costa Rica, em tema de proteção ao *status libertatis* do réu, proclama que “Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas” (art. 7º, n. 2). Na realidade, essa cláusula da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao remeter ao plano do direito positivo interno a definição normativa das hipóteses de supressão da liberdade pessoal, admite que o sistema jurídico nacional ou doméstico de cada Estado institua — como o faz o ordenamento estatal brasileiro — os casos em que se legitimará a privação antecipada do *status libertatis* do réu ou do condenado.

[HC 72.610, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 5-12-1995, 1ª T, DJ de 6-9-1996.]

= HC 99.891, rel. min. Celso de Mello, j. 15-9-2009, 2ª T, DJE de 18-12-2009

LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO

- CF/1988, art. 5º, IV, VI e IX;
- Declaração Universal dos Direitos Humanos/1948, arts. 18 e 19;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 13;
- Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/1966, art. 19;
- Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem/1948, art. 4º;
- Convenção Europeia de Direitos Humanos/1953, art. 10;
- Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos/1986, art. 9º.

Liberdade de expressão e classificação indicativa no Estatuto da Criança e do Adolescente

O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, acolheu o pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no art. 254 da Lei 8.069/1990 (“Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação: Pena — multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias”) — v. *Informativos* 650 e 806. A Corte afirmou que tanto a liberdade de expressão nos meios de comunicação como a proteção da criança e do adolescente seriam axiomas de envergadura constitucional e que a própria Constituição teria delineado as regras de sopesamento entre esses valores. A respeito, rememorou o julgamento da ADPF 130/DF (*DJE* de 6-11-2009), em que consignada a plenitude do exercício da liberdade de expressão como decorrência da dignidade da pessoa humana e como meio de reafirmação de outras liberdades constitucionais. O presente caso destacaria a liberdade de expressão na sua dimensão instrumental, ou seja, a forma como se daria a exteriorização da manifestação do pensamento. A real consagração da liberdade de expressão, nos termos do art. 5º,

IX, da CF, dependeria da liberdade de comunicação social, prevista no art. 220 da CF, de modo a garantir a livre circulação de ideias e de informações, a comunicação livre e pluralista, protegida da ingerência estatal. Assim, liberdade de programação seria uma das dimensões da liberdade de expressão em sentido amplo, essencial para construir e consolidar uma esfera de discurso público qualificada. Por outro lado, a criança e o adolescente, pela posição de fragilidade em que se colocariam no corpo da sociedade, deveriam ser destinatários, tanto quanto possível, de normas e ações protetivas voltadas ao seu desenvolvimento pleno e à preservação contra situações potencialmente danosas a sua formação física, moral e mental. Nessa direção, o Estatuto da Criança e do Adolescente concretizaria o valor de preservação insculpido na Constituição, ao estabelecer incentivos para que se alcançassem os objetivos almejados e ao fixar uma série de vedações às atividades a eles contrárias. De modo a compatibilizar a defesa da criança e do adolescente contra a exposição a conteúdos inapropriados veiculados em diversões públicas e programas de rádio e de televisão, de um lado, e a garantia constitucional da liberdade de expressão, de outro, haveria que se observar o art. 21, XVI, da CF (...). A Constituição teria estabelecido mecanismo apto a oferecer aos telespectadores das diversões públicas e de programas de rádio e televisão as indicações, as informações e as recomendações necessárias acerca do conteúdo veiculado. O sistema de classificação indicativa seria, então, ponto de equilíbrio ténue adotado pela Constituição para compatibilizar os dois postulados, a fim de velar pela integridade das crianças e dos adolescentes sem deixar de lado a preocupação com a garantia da liberdade de expressão. O texto constitucional buscaria conferir aos pais, como reflexo do exercício do poder familiar, o papel de supervisão efetiva sobre o conteúdo acessível aos filhos, enquanto não plenamente aptos a conviver com os influxos prejudiciais do meio social. A competência da União para exercer a classificação indicativa somente se legitimaria por expressa disposição constitucional. Mas essa incumbência não se confundiria com autorização, e sequer poderia servir de anteparo para que se aplicassem sanções de natureza administrativa. Assim, o uso do verbo “autorizar”, contido na expressão impugnada, revelaria sua ilegitimidade. A submissão de programa ao Ministério de Estado da Justiça não consistiria em condição para que pudesse ser exibido, pois não se trataria de licença ou de autorização estatal, vedadas pela CF. A submissão ocorreria, exclusivamente, com o fito de que a União exercesse sua competência administrativa para classificar, a título indicativo, as diversões públicas e os programas de rádio e televisão (CF, art. 21, XVI). Desse modo, o Estado não poderia determinar que a exibição da programação somente se desse em horários determinados, o que caracterizaria imposição, e não recomendação. Inexistiria dúvida de que a expressão questionada teria convertido a classificação indicativa em obrigatória. A Constituição conferira à União e ao legislador federal margem limitada de atuação no campo da classificação dos espetáculos e diversões públicas. A autorização constitucional

seria para que aquele ente federativo classificasse, informasse, indicasse as faixas etárias e/ou horários não recomendados, e não que proibisse, vedasse ou censurasse. A classificação indicativa deveria, pois, ser entendida como aviso aos usuários acerca do conteúdo da programação, jamais como obrigação às emissoras de exibição em horários específicos, mormente sob pena de sanção administrativa. O dispositivo adversado, ao estabelecer punição às empresas do ramo por exibirem programa em horário diverso do autorizado, incorreria em abuso constitucional. Embora a norma discutida não impedisse a veiculação de ideias, não impusesse cortes em obras audiovisuais, mas tão somente exigisse que as emissoras veiculassem seus programas em horário adequado ao público-alvo, implicaria censura prévia, acompanhada de elemento repressor, de punição. Esse caráter não se harmonizaria com os arts. 5º, IX; 21, XVI; e 220, § 3º, I, todos da CF. A exibição do aviso de classificação indicativa teria efeito pedagógico, a exigir reflexão por parte do espectador e dos responsáveis. Seria dever estatal, nesse ponto, conferir maior publicidade aos avisos de classificação, bem como desenvolver programas educativos acerca desse sistema. Ademais, o controle parental poderia ser feito, inclusive, com o auxílio de meios eletrônicos de seleção e de restrição de acesso a determinados programas, como já feito em outros países. A tecnologia, inclusive, seria de uso obrigatório no Brasil, apesar de ainda não adotada (Lei 10.359/2001). De todo modo, seria sempre possível a responsabilização judicial das emissoras de radiodifusão por abusos ou danos à integridade de crianças e adolescentes, tendo em conta, inclusive, a recomendação do Ministério de Estado da Justiça em relação aos horários em que determinada programação seria adequada. Nesse aspecto, a liberdade de expressão exigiria igualmente responsabilidade no seu exercício. As emissoras deveriam observar na sua programação as cautelas necessárias às peculiaridades do público infantojuvenil. Elas, e não o Estado, deveriam, não obstante, proceder ao enquadramento horário de sua programação. [ADI 2.404, rel. min. Dias Toffoli, j. 31-8-2016, P, *Informativo* 837.]

A transformação do exercício do poder geral de cautela em inadmissível instrumento de censura estatal

Com efeito, o Brasil subscreveu, entre tantos outros instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, promulgada pela III Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Esse estatuto contempla, em seu art. 19, previsão do direito à liberdade de opinião e de expressão, inclusive a prerrogativa de procurar de receber e de transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras. O direito fundamental à liberdade de expressão, inclusive à liberdade de imprensa, é igualmente assegurado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (art. 19), adotado pela Assembleia Geral da ONU em 16-12-1966 e incorporado, formalmente, ao nosso direito positivo interno em 6-12-1992 (De-

creto 592/1992). Vale mencionar, ademais, por sumamente relevante, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, promulgada pela IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, em abril de 1948, cujo texto assegura a todos a plena liberdade de expressão (art. IV). A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, por sua vez, garante às pessoas em geral o direito à livre manifestação do pensamento, sendo-lhe absolutamente estranha a ideia de censura estatal (art. 13). É interessante assinalar, neste ponto, até mesmo como registro histórico, que a ideia da incompatibilidade da censura com o regime democrático já se mostrava presente nos trabalhos de nossa primeira Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, reunida em 3-5-1823 e dissolvida, por ato de força, em 12-11-1823. (...) Preocupa-me, por isso mesmo, o fato de que alguns juízes e tribunais tenham transformado o exercício do poder geral de cautela em inadmissível instrumento de censura estatal, com grave comprometimento da liberdade de expressão, nesta compreendida a liberdade de imprensa e de informação. Ou, em uma palavra, como anteriormente já acentuei: o poder geral de cautela tende, hoje, perigosamente, a traduzir o novo nome da censura!

[Rcl 21.504 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 17-11-2015, 2ª T, DJE de 11-12-2015.]

Matéria jornalística censurada e direito à livre manifestação do pensamento

Alegação de desrespeito à autoridade do julgamento plenário da ADPF 130/DF. Eficácia vinculante dessa decisão do Supremo Tribunal Federal. Possibilidade de controle, mediante reclamação, de atos que tenham transgredido tal julgamento. (...) Liberdade de expressão. Jornalismo digital. Proteção constitucional. Direito de informar: prerrogativa fundamental que se compreende na liberdade constitucional de manifestação do pensamento e de comunicação. Inadmissibilidade de censura estatal, inclusive daquela imposta pelo Poder Judiciário, à liberdade de expressão, nesta compreendida a liberdade de informação jornalística. Tema efetivamente versado na ADPF 130/DF, cujo julgamento foi invocado como parâmetro de confronto. (...) A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, garante, por sua vez, às pessoas em geral o direito à livre manifestação do pensamento, sendo-lhe absolutamente estranha a ideia de censura estatal (art. 13).

[Rcl 21.504 MC, rel. min. Celso de Mello, dec. monocrática, j. 18-8-2015, DJE de 24-8-2015.]

A liberdade de expressão em obras biográficas literárias, independentemente de censura prévia, e a possibilidade de reparação indenizatória em caso de abusos

Cumpra limitar o objeto da presente ação: não afastar do mundo jurídico os dispositivos legais questionados, mas interpretá-los de forma a compreender-se não incidente necessidade de autorização prévia do interessado quanto a obras

biográficas literárias ou audiovisuais, tornando aquelas normas compatíveis com os preceitos constitucionais de direitos fundamentais. (...) Este é um julgamento sobre o direito à palavra e a liberdade de expressá-la. Sem verbo, há o silêncio humano. Às vezes desumano. Por isso, a Constituição da República e todos os textos declaratórios de direitos fundamentais, ou de direitos humanos, garantem como núcleo duro e essencial da vivência humana a comunicação, que se faz essencialmente pela palavra. No princípio era o Verbo. No Direito, o princípio e os fins definem-se em Verbo. O sentido, o sabor e o saber da comunicação humana, condutores da história da humanidade — de cada um e de todos —, põem-se na palavra. Palavra é liberdade e convivência para a libertação de pessoas e de povos. (...) a vida conjuga-se no plural. A garantia de falar do outro, que me cumpre, hoje, juíza, garantir, pode ter como conteúdo a minha vida. (...) A Constituição da República declara fundamental a liberdade de pensamento e de sua expressão, a liberdade intelectual, artística, científica e cultural. Também garante a inviolabilidade da intimidade (a essência resguardada de cada um), da privacidade (o que não se pretende viver senão no espaço mais recolhido daqueles com quem recai a escolha), da honra (que se projeta a partir da formação moral e dos valores que determinam as ações de cada um e fazem a pessoa reconhecida, para o que se precisa da liberdade) e da imagem (construída a partir da livre escolha do que se quer ser). Se houver ofensa — o que pode acontecer, pelas características humanas —, o autor haverá de responder por essa transgressão, na forma constitucionalmente traçada, pela indenização reparadora ou outra forma prevista em lei. Não se admite, na Constituição da República, sob o argumento de se ter direito a manter trancada a sua porta, se invadido o seu espaço, abolir-se o direito à liberdade do outro. No caso do escrito, proibindo-se, recolhendo-lhe a obra, impedindo-se a circulação, calando-se não apenas a palavra do outro, mas amordaçando-se a história. Pois a história humana faz-se de histórias dos humanos, ou seja, de todos nós. (...) Há o risco de abusos. Não apenas no dizer, mas também no escrever. Vida é experiência de riscos. Riscos há sempre e em tudo e para tudo. Mas o direito preconiza formas de serem reparados os abusos, por indenização a ser fixada segundo o que se tenha demonstrado como dano. O mais é censura. E censura é forma de “calar a boca”. Pior: calar a Constituição, amordaçar a liberdade, para se viver o faz de conta, deixar-se de ver o que ocorreu. [ADI 4.815, rel. min. Cármen Lúcia, j. 10-6-2015, P, DJE de 1º-2-2016.]

Caráter não absoluto do direito à livre expressão do pensamento

É certo que o direito à livre expressão do pensamento não se reveste de caráter absoluto, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico. (...) Cabe lembrar, neste ponto, a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo art. 13, § 5º, exclui, do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento, “toda propaganda a favor da guerra,

bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.

[ADPF 187, rel. min. Celso de Mello, j. 15-6-2011, P, DJE de 29-5-2014.]

Programas humorísticos e liberdade de imprensa em período eleitoral

Programas humorísticos, *charges* e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de “imprensa”, sinônimo perfeito de “informação jornalística” (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, V. A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, lócus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia de que a locução “humor jornalístico” enlaça pensamento crítico, informação e criação artística. A liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer restrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. Tanto em período não eleitoral, portanto, quanto em período de eleições gerais. Se podem as emissoras de rádio e televisão, fora do período eleitoral, produzir e veicular *charges*, sátiras e programas humorísticos que envolvam partidos políticos, pré-candidatos e autoridades em geral, também podem fazê-lo no período eleitoral. Processo eleitoral não é estado de sítio (art. 139 da CF), única fase ou momento de vida coletiva que, pela sua excepcional gravidade, a Constituição toma como fato gerador de “restrições à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei” (inciso III do art. 139).

[ADI 4.451 MC-REF, rel. min. Ayres Britto, j. 2-9-2010, P, DJE de 24-8-2012.]

Exigência de diploma para a prática do jornalismo *versus* liberdade de expressão

As liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Precedente do STF: ADPF 130, rel. min. Carlos Britto. A ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que

sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas. Fora desse quadro, há patente inconstitucionalidade da lei. A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo — o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação — não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição. (...) A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso *“La colegiación obligatoria de periodistas”* — Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos (OEA), por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009).

[RE 511.961, rel. min. Gilmar Mendes, j. 17-6-2009, P, DJE de 13-11-2009.]

Os contrapesos à liberdade de informação

(...) sob a égide da vigente Constituição da República, intensificou-se, em face de seu inquestionável sentido de fundamentalidade, a liberdade de informação e de manifestação do pensamento. (...) Não se pode ignorar que a liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer parcela de autoridade no âmbito do Estado, pois o interesse social, fundado na necessidade de preservação dos limites ético-jurídicos que devem pautar a prática da função pública, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar os detentores do poder. (...) É relevante observar, aqui, que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em mais de uma ocasião, também advertiu que a limitação do direito à informação e do direito (dever) de informar, mediante (inadmissível) redução de sua prática “ao relato puro, objetivo e asséptico de fatos, não se mostra constitucionalmente aceitável nem compatível com o pluralismo, a tolerância (...), sem os quais não há sociedade democrática (...)” (Caso Handyside, Sentença do TEDH, de 7-12-1976). Essa mesma Corte Europeia de Direitos Humanos, quando do julgamento do Caso Lingens (Sentença de 8-7-1986), após assinalar que “a diver-

gência subjetiva de opiniões compõe a estrutura mesma do aspecto institucional do direito à informação”, acentua que “a imprensa tem a incumbência, por ser essa a sua missão, de publicar informações e ideias sobre as questões que se discutem no terreno político e em outros setores de interesse público (...)”, vindo a concluir, em tal decisão, não ser aceitável a visão daqueles que pretendem negar, à imprensa, o direito de interpretar as informações e de expender as críticas pertinentes. (...) É importante observar, no entanto, (...) que a Constituição da República, embora garantindo o exercício da liberdade de informação jornalística, legitima a intervenção normativa do Poder Legislativo, permitindo-lhe — observados determinados parâmetros referidos no § 1º do art. 220 da Lei Fundamental — a emanação de regras concernentes à proteção dos direitos à integridade moral e à preservação da intimidade, da vida privada e da imagem das pessoas. Se assim não fosse, os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia de fatos criminosos, por exemplo, não seriam suscetíveis de qualquer reação ou punição, porque supostamente protegidos pela cláusula da liberdade de expressão. (...) É por tal razão que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão. Cabe referir, neste ponto, a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo art. 13 exclui do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento “toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência” (art. 13, § 5º). (...) Torna-se importante salientar, neste ponto, presente o contexto em exame, que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais — como aqueles concernentes à liberdade de informação, de um lado, e à preservação da honra, de outro — há de resultar da utilização, pelo Poder Judiciário, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, *hic et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar em cada caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina (...). Cabe reconhecer que os direitos da personalidade (como os pertinentes à incolumidade da honra e à preservação da dignidade pessoal dos seres humanos) representam limitações constitucionais externas à liberdade de expressão, “verdadeiros contrapesos à liberdade de informação” (...), que não pode — e não deve — ser exercida de modo abusivo (...), mesmo porque a garantia constitucional subjacente à liberdade de informação não afasta, por efeito do que determina a própria Constituição da República, o direito do lesado à indenização por danos materiais, morais ou à imagem (CF, art. 5º, V e X, c/c art. 220, § 1º).

[ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, voto do min. Celso de Mello, j. 30-4-2009, P, DJE de 6-11-2009.]

VIDE ADI 4.451 MC-REF, rel. min. Ayres Britto, j. 2-9-2010, P, DJE de 24-8-2012

A precedência dada pela Corte Constitucional alemã ao direito à livre expressão do pensamento

Essa precedência que a Corte Constitucional alemã parece estabelecer em favor da imprensa está aqui em outro julgado que eu colacionei, 7.198, decisão do Tribunal Constitucional Federal, coletânea oficial: “O direito fundamental à livre expressão de pensamento é, enquanto expressão imediata da personalidade humana, na sociedade, um dos direitos humanos mais importantes” — aí vem uma afirmativa, (...) que é muito interessante, muito rica de inferência — ele é, em certo sentido, a base de toda e qualquer liberdade por excelência. Ou seja, parece ressaír daqui certa precedência em prol da liberdade de manifestação do pensamento quando veiculada pela imprensa. E o que me causou também um agrado sobremodo foi ver que a Corte alemã cuida da liberdade de manifestação do pensamento enquanto expressão imediata da personalidade humana. Aliás, eu disse isso no meu voto sem conhecer essa jurisprudência que vim a conhecer depois. Bem, em suma, o tema realmente é muito rico de inferências.

[ADPF 130, aditamento ao voto do rel. min. Ayres Britto, j. 30-4-2009, P, DJE de 6-11-2009.]

A liberdade de expressão no direito internacional público e na Constituição de 1988

Ora, a liberdade de informação, como corolário da liberdade de expressão, vem sendo protegida desde os primórdios da Era Moderna, encontrando abrigo já na célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na qual se podia ler que “a livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem”. Desde então, passou a constar de praticamente todas os textos constitucionais das nações civilizadas, bem como das declarações e pactos internacionais de proteção dos direitos humanos. Nesse sentido é emblemático o teor do art. 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que apresenta a seguinte dicção: “Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e de transmitir informações e ideias por quaisquer meios independentemente de fronteiras”. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Organização das Nações Unidas em 1966 e subscrito pelo Brasil na mesma data, de forma ainda mais abrangente, estabelece, em seu art. 19, item 2, que: “Toda a pessoa tem direito à liberdade de expressão; este direito compreende a liberdade de procurar, receber e de espalhar informações e ideias de toda a espécie, sem consideração de fronteiras, sob a forma oral, escrita, impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha”. Filiando-se a essa tradição, a Constituição de 1988, no art. 5º, IX, não apenas garante a todos a mais ampla liberdade de expressão, independentemente de censura ou licença, como também assegura, no inciso XIV daquele mesmo dis-

positivo, inovando com relação aos textos constitucionais precedentes, “o acesso à informação”. Reforçando esse direito, o art. 220 estabelece que a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. E o seu § 1º arremata o seguinte: “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Cumpre notar que as restrições admissíveis ao direito à informação são estabelecidas na própria Carta Magna e dizem respeito à proibição do anonimato, ao direito de resposta e à indenização por dano material ou moral, à proteção da intimidade, privacidade, honra e imagem da pessoa, ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e, finalmente, ao resguardo do sigilo da fonte, quando necessário. O que a Constituição protege, nesse aspecto, é exatamente, na precisa lição de José Afonso da Silva, “a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer”. A liberdade de expressão do pensamento, portanto, completa-se no direito à informação, livre e plural, que constitui um valor indissociável da ideia de democracia no mundo contemporâneo. Trata-se de um direito tão importante para a cidadania que somente pode ser suspenso na vigência do estado de sítio, a teor do art. 139, III, da Carta Magna, decretado nos casos de “comoção grave de repercussão nacional” ou, ainda, de “declaração de guerra ou resposta à agressão armada” (art. 137, I e II).

[ADI 3.741, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 6-8-2006, P, DJ de 23-2-2007.]

DIREITO DE RETIFICAÇÃO OU RESPOSTA

- CF/1988, art. 5º, V;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 14.

O direito de resposta e a sua essencialidade para a preservação dos direitos da personalidade

O direito de resposta/retificação traduz, como sabemos, expressiva limitação externa, impregnada de fundamento constitucional, que busca neutralizar as consequências danosas resultantes do exercício abusivo da liberdade de imprensa, pois tem por função precípua, de um lado, conter os excessos decorrentes da prática irregular da liberdade de comunicação jornalística (CF, art. 5º, IV e IX, e art. 220, § 1º) e, de outro, restaurar e preservar a verdade pertinente aos fatos reportados pelos meios de comunicação social. Vê-se, daí, que a proteção jurídica ao direito de resposta permite, nele, identificar uma dupla vocação constitucional, pois visa a preservar tanto os direitos da personalidade quanto assegurar, a todos, o exercício do direito à informação exata e precisa. Cabe referir, nesse sentido, quanto a essa ambivalência do direito constitucional de resposta, o valioso entendimento doutrinário exposto por Gustavo Binenbojm, que ressalta o caráter transindividual dessa prerrogativa jurídica, na medida em que o exercício do direito de resposta propicia, em favor de um número indeterminado de pessoas (mesmo daquelas não diretamente atingidas pela publicação inverídica ou incorreta), a concretização do próprio direito à informação correta, precisa e exata (...). A justa preocupação da comunidade internacional com a preservação do direito de resposta tem representado, em tema de proteção aos direitos de personalidade, um tópico sensível e delicado da agenda dos organismos internacionais em âmbito regional, como o Pacto de São José da Costa Rica (art. 14), aplicável ao sistema interamericano, que representa instrumento que reconhece, a qualquer pessoa que se considere ofendida por meio

de informação veiculada pela imprensa, o direito de resposta e de retificação: (...). Cabe mencionar, ainda, fragmento da Opinião Consultiva 7/1986, proferida, em 29 de agosto de 1986, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, ao ressaltar a essencialidade desse instrumento de preservação dos direitos da personalidade, entendeu que o direito de resposta deve ser aplicado independentemente de regulamentação pelo ordenamento jurídico interno ou doméstico dos países signatários do Pacto de São José da Costa Rica: (...). O que me parece relevante acentuar (...) é que a ausência de qualquer disciplina ritual regedora do exercício concreto do direito de resposta não impedirá que o Poder Judiciário, quando formalmente provocado, profira decisões em amparo e proteção àquele atingido por publicações inverídicas ou inexatas. É que esse direito de resposta/retificação não depende, para ser exercido, da existência de lei, ainda que a edição de diploma legislativo sobre esse tema específico possa revelar-se útil e, até mesmo, conveniente. Vale insistir na asserção de que o direito de resposta/retificação tem por base normativa a própria Constituição da República, cujo art. 5º, V, estabelece os parâmetros necessários à invocação dessa prerrogativa de ordem jurídica. Por isso mesmo, (...) sempre caberá ao Poder Judiciário, observados os parâmetros em questão, garantir, à pessoa lesada, o exercício do direito de resposta.

[ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, voto do min. Celso de Mello, j. 30-4-2009, P, DJE de 6-11-2009.]

VIDE ADI 4.451 MC-REF, rel. min. Ayres Britto, j. 2-9-2010, P, DJE de 24-8-2012

LIBERDADE DE CRENÇA E DE RELIGIÃO

- CF/1988, art. 5º, VI, VII e VIII;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 12.

Proselitismo religioso e não configuração de incitação à discriminação religiosa

A Primeira Turma, por maioria, deu provimento a recurso ordinário em *habeas corpus* para trancar ação penal em que se imputa ao recorrente a suposta prática de crime de racismo, por meio de incitação à discriminação religiosa (Lei 7.716/1989, art. 20, § 2º). No caso, sacerdote da Igreja Católica Apostólica Romana publicou livro no qual, segundo a acusação, explicitou conteúdo discriminatório a atingir a doutrina espírita. O Colegiado equacionou que, em um cenário permeado por dogmas com fundamentos emocionais, os indivíduos tendem a crer que professam sua fé dentro da religião correta e que aquela é a melhor, e essa certeza contém intrínseca hierarquização. Nesse ambiente, é necessário avaliar a observância dos limites do exercício das liberdades constitucionais. Por sua vez, não cabe ao Judiciário censurar manifestações de pensamento. Assim, eventual infelicidade de declarações e explicitações escapa do espectro de atuação estatal. Ponderou que a liberdade religiosa possui expressa proteção constitucional (CF, art. 5º, VI e VIII) e abrange o livre exercício de consciência, crença e culto. Além disso, alcança a escolha de convicções, de optar por determinada religião ou por nenhuma delas, de empreender proselitismo e de explicitar atos próprios de religiosidade. Assim, a liberdade de expressão funciona como condição de tutela efetiva da liberdade religiosa, assegurando-se a explicitação de compreensões religiosas do indivíduo e atuações conforme a crença. Caso contrário, em vez de liberdade, haveria mera indiferença religiosa. Por outro lado, a liberdade religiosa não ostenta caráter absoluto e deve ser exercitada de acordo com a delimitação constitucional, segundo o princípio da convivência das liberdades públicas. Nessa perspectiva, o repúdio ao racismo

figura como um dos princípios que regem o País em suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII). Ademais, o tipo penal em debate decorre de mandamento de criminalização expresso no art. 5º, XLII, da CF. No caso, cumpre perquirir se as opiniões explicitadas pelo recorrente estão em conformidade com a Constituição ou se desbordam dos limites do exercício das liberdades constitucionalmente asseguradas. A Turma assinalou que a característica plural da Constituição impõe que determinados interesses, na hipótese em que colidentes, sejam contrastados a fim de alcançar a máxima efetividade de ambos. É necessário que as posições divergentes sejam mutuamente respeitadas, reclamando-se tolerância em relação ao diferente. Por sua vez, os limites de discursos religiosos não coincidem, necessariamente, com explicitações atinentes aos demais elementos normativos do tipo em questão, quais sejam, raça, cor, etnia ou procedência nacional. A mensagem religiosa não pode ser tratada exatamente da mesma forma que a não religiosa. Sob esse aspecto, diversas religiões ostentam caráter universalista, ou seja, almejam converter o maior número possível de pessoas. Em especial, o catolicismo e o cristianismo perseguem esse objetivo. Nessa medida, tolher o proselitismo indispensável à consecução das finalidades de religiões universalistas configura ataque ao núcleo essencial da liberdade de expressão religiosa. O proselitismo religioso, em diversas oportunidades, é implementado à luz de um contraste entre as mais diversas religiões. O indivíduo que busca a conversão de outrem geralmente o faz sob argumentos de hierarquização entre religiões, almejando demonstrar a superioridade de suas próprias crenças, de modo que, corriqueiramente, as religiões pretendem assumir contornos de doutrinas de primeira ordem. Esse proselitismo, portanto, ainda que acarrete incômodas comparações religiosas, não materializa, por si só, o espaço normativo dedicado à incriminação de condutas preconceituosas. Essa ação constitui não apenas desdobramento da liberdade de expressão religiosa, mas figura como núcleo essencial desse direito, de modo que negar sua prática configuraria excessiva restrição às liberdades constitucionais. Assim, eventual animosidade decorrente de observações desigualadoras não configura, necessariamente, preconceito ou discriminação. A desigualação desemboca em discriminação na hipótese em que ultrapassa, de forma cumulativa, três etapas. A primeira delas relaciona-se a um juízo cognitivo em que se reconhecem as diferenças entre os indivíduos. Na segunda, implementa-se um juízo valorativo direcionado à hierarquização. Na hipótese de discursos religiosos, a comparação entre crenças e a ocorrência de explicitações quanto à mais adequada entre elas é da essencialidade da liberdade de expressão religiosa. Por fim, a terceira fase consiste em um juízo em que se exterioriza a necessidade ou legitimidade de exploração, escravização ou eliminação do indivíduo ou grupo considerado inferior. Desse modo, não apenas a finalidade de eliminação, mas também o intuito de supressão ou redução de direitos fundamentais sob razões religiosas já configura, em si, conduta discriminatória e, nessa medida, não albergada pela Constituição e sujeita,

em tese, à censura penal. Necessário, portanto, precisar o sentido de exploração e eliminação, que se relaciona à avaliação de que o suposto superior tem o dever e, ao mesmo tempo, a prerrogativa de subjugar o indivíduo considerado inferior. Por sua vez, nas hipóteses em que se reconhece caber ao pretense superior a prestação de auxílio ao considerado inferior, verifica-se a presença somente das primeiras etapas, de modo que, nesses casos, não se cogita de conduta discriminatória apta a merecer reprimenda penal. O discurso proselitista, nessas hipóteses, associa-se ao dever de auxílio a adeptos de outras religiões, vistas como equivocadas. Objetiva-se assegurar que o outro alcance o mesmo nível moral em que o agente se vê inserido. O discurso que persegue alcançar, pela fé, adeptos de outras crenças não se qualifica intrinsecamente como discriminatório. Sendo assim, no embate entre religiões, a tolerância é medida a partir dos métodos de persuasão (e não imposição) empregados. No contexto religioso, a tentativa de convencimento pela fé, sem contornos de violência ou desrespeito à dignidade humana, está dentro das balizas da tolerância. Também descabe potencializar o proselitismo, por si, para fins de reconhecimento de realização de uma espécie de guerra santa, mantida com base em discurso odioso, tampouco para legitimar atos de violência ou de perseguição aptos a macular a dignidade humana. No caso concreto, a publicação escrita pelo recorrente, sacerdote católico, dedica-se à pregação da fé católica, e suas explicitações detêm público específico. Não se pode depreender a intenção de proferir ofensas às pessoas que seguem a doutrina espírita, mas sim de orientar a população católica da incompatibilidade verificada, segundo sua visão, entre o catolicismo e o espiritismo. Ainda que, eventualmente, os dizeres possam sinalizar certa animosidade, não há intenção de que os fiéis católicos procedam à escravização, exploração ou eliminação dos adeptos do espiritismo. A vinculação operada entre o espiritismo e características malignas cinge-se à afirmação da suposta superioridade da religião professada pelo recorrente. Não se trata de tentativa de subjugação dos adeptos do espiritismo, portanto. Assim, a explicitação de aspectos de desigualação, bem como da suposta inferioridade decorrente de aspectos religiosos não perfaz, por si, o elemento típico. É indispensável que se verifique o especial fim de supressão ou redução da dignidade do diferente. Sendo assim, a afirmação de superioridade direcionada à realização de um suposto resgate ou salvação, apesar de indiscutivelmente preconceituosa, intolerante, pedante e prepotente, encontra guarida na liberdade de expressão religiosa, e não preenche o âmbito proibitivo da norma.

[RHC 134.682, rel. min. Edson Fachin, j. 29-11-2016, P, *Informativo* 849.]

A laicidade estatal no Brasil

A laicidade, que não se confunde com laicismo, foi finalmente alçada a princípio constitucional pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, cujo art. 11, § 2º, dispôs ser vedado aos Estados e à União

“estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos”. Desde então, todos os textos constitucionais reproduziram o conteúdo desse artigo — a Constituição de 1934 fê-lo no art. 17, II e III, ampliando a proibição aos entes municipais; o Texto Maior de 1937 menciona-o no art. 32, *b*; a Carta de 1946 dispôs a respeito do tema no art. 31, II e III, referindo-se, pela primeira vez, ao Distrito Federal; no Diploma Constitucional de 1967 e na Emenda Constitucional 1/1969, o preceito ficou no art. 9º, II. Na mesma linha, andou o Constituinte de 1988, que, sensível à importância do tema, dedicou-lhe os arts. 5º, VI, e 19, I, embora, àquela altura, já estivesse arraigada na tradição brasileira a separação entre Igreja e Estado. (...) a despeito do preâmbulo, destituído de força normativa — e não poderia ser diferente, especialmente no tocante à proteção divina, a qual jamais poderia ser judicialmente exigida —, o Brasil é um Estado secular tolerante, em razão dos arts. 19, I, e 5º, VI, da Constituição da República. Deuses e césores têm espaços apartados. O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro. Merece observação a temática afeta aos crucifixos e a outros símbolos religiosos nas dependências públicas. A discussão voltou à balha com a recente decisão do Conselho Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul no sentido da retirada dos símbolos religiosos dos espaços públicos dos prédios da Justiça estadual gaúcha. Ao contrário dos tempos imperiais, hoje, reafirmo, a República Federativa do Brasil não é um Estado religioso tolerante com minorias religiosas e com ateus, mas um Estado secular tolerante com as religiões, o que o impede de transmitir a mensagem de que apoia ou reprova qualquer delas. (...) A laicidade estatal, como bem observa Daniel Sarmiento, revela-se princípio que atua de modo dúplici: a um só tempo, salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenção abusiva do Estado nas respectivas questões internas — por exemplo, valores e doutrinas professados, a maneira de cultuá-los, a organização institucional, os processos de tomada de decisões, a forma e o critério de seleção dos sacerdotes e membros — e protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, de modo a afastar a prejudicial confusão entre o poder secular e democrático — no qual estão investidas as autoridades públicas — e qualquer igreja ou culto, inclusive majoritário. (...) Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual — ou a ausência dela, o ateísmo — serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem não de ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que

seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professem o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida. (...) Ao Estado brasileiro é terminantemente vedado promover qualquer religião. Todavia, como se vê, as garantias do Estado secular e da liberdade religiosa não param aí — são mais extensas. Além de impor postura de distanciamento quanto à religião, impedem que o Estado endosse concepções morais religiosas, vindo a coagir, ainda que indiretamente, os cidadãos a observá-las. Não se cuida apenas de ser tolerante com os adeptos de diferentes credos pacíficos e com aqueles que não professam fé alguma. Não se cuida apenas de assegurar a todos a liberdade de frequentar esse ou aquele culto ou seita ou ainda de rejeitar todos eles. A liberdade religiosa e o Estado laico representam mais do que isso. Significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução.

[ADPF 54, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 12-4-2012, P, DJE de 30-4-2013.]

Direito à religião

A designação de dia alternativo para a realização das provas do ENEM por um determinado grupo de alunos que respeitam a milenar tradição do *Shabat* poderia ser, *a priori*, considerado uma medida de “acomodação”, apta a afastar sobrecargas indesejáveis sobre aquele grupo religioso, que, em nosso país, revela-se minoritário. Ocorre que, apesar das diversas dificuldades administrativas e práticas que decorriam da medida, aptas, inclusive, a inviabilizar o ENEM (...), a designação de data alternativa parece, em mero juízo de delibação, não estar em sintonia com o princípio da isonomia, convolvendo-se em privilégio para um determinado grupo religioso. Até mesmo porque, conforme registrado na decisão agravada, o Ministério da Educação oferta aos candidatos que, em virtude de opções religiosas não podem fazer as provas durante o dia de sábado, a possibilidade de fazer a prova após o pôr do sol (deve-se lembrar que o *Shabat* judaico inicia-se no pôr do sol da sexta-feira e termina no pôr do sol do sábado). Tal medida já vem sendo aplicada, há algum tempo, no tocante aos adventistas do sétimo dia, grupo religioso que também possui como “dia de guarda” o sábado. Pode-se argumentar que a medida adotada pelo MEC prejudicaria os candidatos praticantes da referida profissão religiosa, os quais teriam de ser confinados, para apenas ao fim do dia iniciar as suas provas. Não sou insensível a esses argumentos, mas vejo que a medida adotada revela-se, em face dos problemas advindos da designação de dia alternativo, mais consentânea com o dever do Estado de neutralidade diante do fenômeno religioso (que não se confunde

com indiferença, consoante salientado anteriormente) e com a necessidade de se tratar todas as denominações religiosas de forma isonômica.

[STA 389 AgR, rel. min. presidente **Gilmar Mendes**, j. 3-12-2009, P, *DJE* de 14-5-2010.]

A desconsideração de questões religiosas no julgamento sobre o uso de células-tronco em pesquisas científicas

O que a Suprema Corte do Brasil está desafiando não é, portanto, uma questão religiosa. É uma questão jurídica, posta no plano da interpretação constitucional. A religião pertence à intimidade do ser do homem e todos nós devemos abrir nossos corações com humildade e grandeza para proclamar nossa fé no mais íntegro respeito moral pela pluralidade que é marca indissociável das sociedades livres. Tentar estabelecer a ideologização da ciência ou enxergar obscurantismo nos que creem e defendem sua fé é indigno desse trânsito da história da humanidade. É por essa razão que devemos pôr com toda clareza que estamos julgando o alcance constitucional da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana.

[ADI 3.510, rel. min. **Ayres Britto**, j. 29-5-2008, P, *DJE* de 28-5-2010.]

DIREITOS POLÍTICOS

- CF/1988, arts. 1º, parágrafo único; 14; 15; e 16;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 23.

A importância da identificação dos doadores de valores aos partidos políticos e aos candidatos para uma decisão de voto mais bem informada

Os dados relativos aos doadores de campanha interessam não apenas às instâncias estatais de controle da regularidade do processo eleitoral, mas à sociedade como um todo, e sua divulgação é indispensável para habilitar o eleitor a fazer uma prognose mais realista da confiabilidade das promessas de campanha de candidatos e partidos. O esclarecimento público da realidade do financiamento de campanhas (a) qualifica o exercício da cidadania, permitindo uma decisão de voto mais bem informada; (b) capacita a sociedade civil, inclusive os partidos e candidatos que concorrem entre si, a cooperar com as instâncias estatais na verificação da legitimidade do processo eleitoral, fortalecendo o controle social sobre a atividade político-partidária; e (c) propicia o aperfeiçoamento da própria política legislativa de combate à corrupção eleitoral, ajudando a denunciar as fragilidades do modelo e a inspirar propostas de correção futuras. Sem as informações necessárias, dentre elas a identificação dos particulares que contribuíram originariamente para legendas e candidatos, o processo de prestação de contas perde sua capacidade de documentar “a real movimentação financeira, os dispêndios e recursos aplicados nas campanhas eleitorais” (art. 34, *caput*, da Lei 9.096/1995), obstruindo o cumprimento, pela Justiça Eleitoral, da relevantíssima competência estabelecida no art. 17, III, da CF.

[ADI 5.394 MC, rel. min. Teori Zavascki, j. 12-11-2015, P, DJE de 10-11-2016.]

O sigilo do voto como direito fundamental do cidadão

No direito constitucional brasileiro o voto é secreto (art. 14 da Constituição). E o segredo do voto constitui conquista destinada a garantir a inviolabilidade do querer

democrático do eleitor e a intangibilidade do seu direito por qualquer forma de pressão. A história brasileira registrou vícios não pequenos nos processos eleitorais. A vulnerabilidade do voto era maior pela possibilidade de cobrança feita ao eleitor por candidatos que, imoralmente, cobravam o esclarecimento dos ilícitos acordos firmados e a cobrança dos “escusos compromissos”, o que somente deixou de ser possível com o sistema de votação eletrônica. O segredo do voto foi conquista impossível de retroação e a quebra deste direito fundamental do cidadão, posto no sistema constitucional, a garantir a liberdade da escolha feita pelo cidadão (art. 14 da Constituição), configura afronta à Constituição. A impressão do voto, como acentuado pela Procuradoria-Geral da República, fere exatamente este direito inexpugnável ao segredo, conferido constitucionalmente ao cidadão como conquista democrática para se suplantarem os gravíssimos vícios que a “compra e venda” de votos provocaram, vulnerando o sistema democrático brasileiro. Não é livre para votar quem pode ser chamado a prestar contas sobre o seu voto. E essa espúria prestação de contas supõe haver/dever, a que não pode o cidadão se sujeitar, que ele não deve a ninguém, nem se compadece a não ser com a sua própria consciência. O voto é espaço de liberdade cidadã, que não pode ser tolhido pelo exigir do outro, não pode ser trocado pela necessidade do eleitor nem pode ser negociado pela vontade de quem quer que seja, pois viciado estaria, então, todo o sistema. Daí por que voto livre é voto secreto. E esse segredo não pode ficar à mercê de prestação de contas, de comprovação do ato a ser demonstrada a terceiro, sob as mais diferentes causas e as mais escusas justificativas, nunca democráticas. A urna é o espaço de liberdade mais seguro do cidadão. Nada lhe pode ser cobrado, dele não se pode exigir prova do que foi feito ou do que tenha deixado de fazer. A cabine é o espaço de garantia do cidadão da sua escolha livre e inquestionável por quem quer que seja. A impressão do voto é prova do seu ato. Se o ato é próprio e inexpugnável, qual a sua necessidade? Se não há de prestar contas (porque é ato personalíssimo), para que o papel? Se o sistema dota-se de segurança incontestável, como demonstradas centenas de vezes, invulnerável como comprovado, para que a impressão que não seja para demonstração a terceiro e vulnerabilidade do segredo que lhe é constitucionalmente assegurado? (...) Eventual vulneração deste segredo do voto comprometeria não apenas o art. 14 da Constituição da República, mas também o inciso II do § 4º do seu art. 60, tido como núcleo imodificável do sistema, não podendo ser sequer objeto de emenda constitucional a proposta que tenda a abolir o sigilo do voto.

[ADI 4.543, voto da rel. min. Cármen Lúcia, j. 6-11-2013, P, DJE de 13-10-2014.]

Aplicação do princípio da proibição de retrocesso aos direitos políticos

(...) princípio constitucional que norteia decisões de controle de constitucionalidade para verificação da validade constitucional das normas, (...), qual seja, o da proibição de retrocesso. Com maior frequência adotado no âmbito dos direitos

sociais pode-se ter como também aplicável aos direitos políticos, como é o direito de ter o cidadão invulnerado o segredo do seu voto, que ficaria comprometido pela norma questionada. Esse princípio da proibição de retrocesso político há de ser aplicado tal como se dá quanto aos direitos sociais, vale dizer, nas palavras de Canotilho, “uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. (...) o princípio em análise limite a reversibilidade dos direitos adquiridos em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina. p. 326). Tenho por aplicável esse princípio também aos direitos políticos e ao caso presente, porque o cidadão tem o direito a não aceitar o retrocesso constitucional de conquistas históricas que lhe acrescentam o cabedal de direitos da cidadania. Como se dá quanto aos direitos sociais, a proibição de retrocesso político-constitucional impede que direitos conquistados, como o da democracia representativa exercida segundo modelo de votação que, comprovadamente, assegura o direito ao voto com garantia de segredo e invulnerabilidade da escolha retroceda para dar lugar a modelo superado exatamente pela vulnerabilidade em que põe o processo eleitoral.

[ADI 4.543, voto da rel. min. Cármen Lúcia, j. 6-11-2013, P, DJE de 13-10-2014.]

Direitos políticos e anterioridade eleitoral

Lei Complementar 135/2010, denominada Lei da Ficha Limpa. Inaplicabilidade às eleições gerais de 2010. (...) O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de devido processo legal eleitoral. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a aboli-las. O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. (...) Toda limitação legal ao direito de sufrágio passivo, isto é, qualquer restrição legal à elegibilidade do cidadão constitui uma limitação da igualdade de oportunidades na competição eleitoral. Não há como conceber causa de inelegibilidade que não restrinja a liberdade de acesso aos cargos públicos, por parte dos candidatos, assim como a liberdade para escolher e apresentar candidaturas por parte dos partidos políticos. E um dos fundamentos teleológicos do art. 16 da Constituição é impedir alterações no sistema eleitoral que venham a atingir a igualdade de participação no prélio eleitoral. (...) O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada

a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicado por esta Corte. A proteção das minorias parlamentares exige reflexão acerca do papel da jurisdição constitucional nessa tarefa. A jurisdição constitucional cumpre a sua função quando aplica rigorosamente, sem subterfúgios calcados em considerações subjetivas de moralidade, o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, pois essa norma constitui uma garantia da minoria, portanto, uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria. [RE 633.703, rel. min. **Gilmar Mendes**, j. 23-3-2011, P, *DJE* de 18-11-2011, **RG.**] = RE 637.485, rel. min. **Gilmar Mendes**, j. 1º-8-2012, P, *DJE* de 21-5-2013, **RG**

DIREITO DE REUNIÃO

- CF/1988, art. 5º, XVI;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 15.

O reconhecimento do direito de reunião como cláusula pétrea e as hipóteses excepcionais de restrição a esse direito

(...) é claro que há condicionantes ao exercício do direito constitucional de reunião. Uma delas é a necessidade de prévia comunicação às autoridades competentes. Tudo com a preocupação de não frustrar o direito de outras pessoas de também se reunirem no mesmo local e horário. Sem embargo, nem mesmo a Constituição de 1967/1969, com seu viés autoritário, trouxe maiores limitações ao direito em causa. Daí a impossibilidade de restrição que não se contenha nas duas situações excepcionais que a presente Constituição Federal prevê: o estado de defesa e o estado de sítio (art. 136, §1º, I, *a* e art. 139, IV). Por fim, tenho que o direito de reunião, na forma em que concebido pela Constituição, constitui direito fundamental e cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV). Isso porque a dignidade da pessoa humana alcança também a dimensão da conjunção humana de esforços, de inteligências, de energias, de ideias e de ideais, exatamente porque tal interação é de molde a concretizar com mais eficácia ainda o princípio daquela inata dignidade. Com suas naturais e robustas projeções no campo da cidadania, sabido que cidadania é qualidade do cidadão, e cidadão é o ativo habitante da cidade, naquele sentido de Cidade-Estado, que não é centro senão o da originária pólis grega. Esse espaço aberto de primárias relações jurídicas entre governados e governantes, tão presentes no encarecido direito de reunião. (...) Por todo o exposto, (...) julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Pelo que dou ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 “interpretação conforme à Constituição” para dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização

ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas. [ADI 4.274, voto do rel. min. Ayres Britto, j. 23-11-2011, P, DJE de 2-5-2012.]

O reconhecimento do direito de reunião como instrumento de concretização da liberdade de manifestação do pensamento

Postula-se, nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, seja dada, ao art. 287 do Código Penal, interpretação conforme à Constituição, “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos” (...). Tenho para mim (...) que o Supremo Tribunal Federal defronta-se, no caso, com um tema de magnitude inquestionável, que concerne ao exercício de duas das mais importantes liberdades públicas — a liberdade de expressão e a liberdade de reunião — que as declarações constitucionais de direitos e as convenções internacionais — como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (arts. XIX e XX), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (arts. 13 e 15) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (arts. 19 e 21) — têm consagrado no curso de um longo processo de desenvolvimento e de afirmação histórica dos direitos fundamentais titularizados pela pessoa humana. É importante enfatizar, (...) tal como tive o ensejo de assinalar em estudo sobre “O Direito Constitucional de Reunião” (*RJ/TJSP*, vol. 54/19-23, 1978, Lex Editora), que a liberdade de reunião traduz meio vocacionado ao exercício do direito à livre expressão das ideias, configurando, por isso mesmo, um precioso instrumento de concretização da liberdade de manifestação do pensamento, nela incluído o insuprimível direito de protestar. Impõe-se, desse modo, ao Estado, em uma sociedade estruturada sob a égide de um regime democrático, o dever de respeitar a liberdade de reunião (de que são manifestações expressivas o comício, o desfile, a procissão e a passeata), que constitui prerrogativa essencial dos cidadãos, normalmente temida pelos regimes despóticos ou ditatoriais, que não hesitam em golpeá-la, para asfixiar, desde logo, o direito de protesto, de crítica e de discordância daqueles que se opõem à prática autoritária do poder.

[ADPF 187, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 15-6-2011, P, DJE de 29-5-2014.]

A liberdade de reunião no direito internacional público

(...) a liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas, encontrando expressão, no plano jurídico, a partir do século 18, no bojo das lutas empreendidas pela humanidade contra o absolutismo monárquico. Recaséns Siches, estudando o tema, ressalta que essas liberdades, de caráter instrumental, possuem um duplo alcance: de um lado, asseguram a expressão de

uma das mais importantes liberdades individuais; de outro, garantem espontaneidade à atuação dos distintos grupos sociais. Não é por outra razão que Jean Rivero classifica a liberdade de reunião como uma das mais elementares de todas as liberdades coletivas. A liberdade de reunião, segundo a tradição, foi contemplada pela primeira vez no direito positivo na Declaração de Direitos, de 1776, do recém-criado Estado da Pensilvânia (...). A incorporação dessa importante liberdade pública ao direito constitucional deu-se, logo em seguida, na Constituição Francesa de 1791 (...). Desde então, a proteção dessa liberdade fundamental passou a constar de praticamente todos os textos constitucionais dos Estados modernos, bem como das declarações e pactos internacionais de proteção dos direitos humanos. Como documento pioneiro no plano internacional tem-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, subscrita sob a égide da Organização das Nações Unidas, que estabelece, em seu art. 20, o seguinte: “Todo homem tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas”. Inspirado nesse diploma, o art. 21 do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, e ratificado pelo Brasil em 12 de dezembro de 1991, é ainda mais explícito: “O direito de reunião pacífica será reconhecido. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas”. Konrad Hesse, a propósito, observa que o direito dos cidadãos de se reunirem pacificamente e sem armas encontra-se intimamente ligado à liberdade de expressão, registrando que a “formação de opinião ou formação preliminar de vontade política, pressupõe uma comunicação que se consuma, em parte essencial, em reuniões”.

[ADI 1.969, voto do rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 28-6-2007, P, *DJ* de 31-8-2007.]

LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

- CF/1988, arts. 5º, XVII e XX; e 8º;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 16.

Liberdade de associação *versus* crime militar

Crime militar. Paciente denunciado porque teria praticado o delito de incitamento (art. 155 do CPM) e de publicação ou crítica indevida (art. 166 do CPM). (...) As condutas narradas na denúncia não se subsumem ao tipo penal do art. 155 do CPM porque em nenhum momento houve incitação ao descumprimento de ordem de superior hierárquico. As condutas e episódios descritos na inicial acusatória também não se subsumem ao art. 166 do CPM, que tipifica o delito de publicação ou crítica indevida. O direito à plena liberdade de associação (art. 5º, XVII, da CF) está intrinsecamente ligado aos preceitos constitucionais de proteção da dignidade da pessoa, de livre iniciativa, da autonomia da vontade e da liberdade de expressão. Uma associação que deva pedir licença para criticar situações de arbitrariedades terá sua atuação completamente esvaziada.

[HC 106.808, rel. min. Gilmar Mendes, j. 9-4-2013, 2ª T, DJE de 24-4-2013.]

Liberdade de associação na Constituição de 1988

Com efeito, a liberdade de associação não se confunde com o direito de reunião, possuindo, em relação a este, plena autonomia jurídica, valendo referir, a tal propósito, a precisa lição de Pontes de Miranda (...): "(...) Na liberdade de associação, há mais do que reunião; e o reunir, que lhe é implícito, toma caráter geral, físico e psíquico. Sociedade de sábios ou de negócios pode existir sem que a reunião física se dê. Vota-se por meio de cartas, discute-se por escrito, pelo telégrafo, pelo telefone. Já o elemento psíquico é maior do que na liberdade de reunião; e o elemento espacial pode ser mínimo ou nenhum." (...) sob a égide da vigente Carta Política,

intensificou-se o grau de proteção jurídica em torno da liberdade de associação, na medida em que, ao contrário do que dispunha a Carta anterior, nem mesmo durante a vigência do estado de sítio se torna lícito suspender o exercício concreto dessa prerrogativa. O regime constitucional anterior, considerados os mecanismos extraordinários de defesa do Estado, tornava lícito, ao Poder Público, na vigência das medidas de emergência, do estado de emergência e do estado de sítio, suspender, temporariamente, o exercício da liberdade de reunião e da liberdade de associação; hoje, porém, tal não mais se revela possível, pois, quer sob a égide do estado de defesa, quer sob a égide do estado de sítio, a liberdade de associação mantém-se íntegra e inatingível (CF/1988, art. 136, § 1º, e art. 139). Revela-se importante assinalar, neste ponto, que a liberdade de associação tem uma dimensão positiva, pois assegura a qualquer pessoa (física ou jurídica) o direito de associar-se e de formar associações. Também possui uma dimensão negativa, pois garante, a qualquer pessoa, o direito de não se associar, nem de ser compelida a filiar-se ou a desfiliar-se de determinada entidade. Essa importante prerrogativa constitucional também possui função inibitória, projetando-se sobre o próprio Estado, na medida em que se veda, claramente, ao Poder Público, a possibilidade de interferir na intimidade das associações e, até mesmo, de dissolvê-las, compulsoriamente, a não ser mediante regular processo judicial.

[ADI 3.045, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 10-8-2005, P, DJ de 1º-6-2007.]

GARANTIAS JUDICIAIS

- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 8º;
- Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/1966, art. 14.

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

[Súmula Vinculante 14.]

Participação do ofendido na ação punitiva

(...) na fase de investigações, há pouquíssimo espaço para participação do ofendido. Os direitos do ofendido de fiscalizar e participar da ação punitiva têm fundamental importância. A Corte Interamericana de Direitos Humanos afirma que as vítimas têm “o direito de participar dos procedimentos criminais, não apenas para buscar a reparação do dano mas também para exercer seus direitos à verdade e à justiça” — caso Radilla-Pacheco contra México, decisão de 23 de novembro de 2009. Nossa legislação ainda é modesta quanto à participação do ofendido. Ainda assim, a Constituição Federal consagra o direito potestativo a mover ação penal privada, caso o Ministério Público deixe correr em aberto o prazo para denúncia — art. 5º, LXI. O CPP afirma o direito a ser cientificado dos atos do processo — art. 201, § 2º, do CPP — e a faculdade de participar da acusação — art. 268 e seguintes do CPP. [HC 125.101, rel. p/ o ac. min. Dias Toffoli, voto do min. Gilmar Mendes, j. 25-8-2015, 2ª T, DJE de 11-9-2015.]

Proibição de denúncias genéricas

Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. Mas há outras

implicações! Quando se fazem imputações vagas, dando ensejo à persecução criminal injusta, está a violar-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que, entre nós, tem base positiva no art. 1º, III, da Constituição. Como se sabe, na sua acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*) e fere o princípio da dignidade humana [*Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die Verweigerung des rechtlichen Gehörs*] (MAUNZ-DÜRIG, Grundgesetz Kommentar, Band I, München, Verlag C.H.Beck, 1990, 1I 18). Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Daí, a necessidade de rigor e prudência por parte daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso. Em suma, denúncia imprecisa, genérica e vaga, além de traduzir persecução criminal injusta, é incompatível com o princípio da dignidade humana e com o postulado do direito à defesa e ao contraditório. Ou seja, a denúncia deve projetar todos os elementos essenciais e acidentais da figura típica ao caso concreto, descrevendo as circunstâncias dessa projeção. [Inq 3.670, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 23-9-2014, 2ª T, DJE de 10-12-2014.]

A intervenção legislativa nos direitos fundamentais e o controle judicial

(...) devemos ter em mente os limites, sempre imprecisos, que demarcam a atividade legislativa e seu controle judicial, o que nos remete também às tensões entre controle de constitucionalidade e democracia, direitos humanos e soberania popular. [ADI 3.112, rel. min. Ricardo Lewandowski, voto do min. Gilmar Mendes, j. 2-5-2007, P, DJE de 26-10-2007.]

DEVIDO PROCESSO LEGAL

- CF/1988, art. 5º, LIV.

Prerrogativas do devido processo legal

A essencialidade do postulado do devido processo legal, que se qualifica como requisito legitimador da própria *persecutio criminis*. O exame da cláusula referente ao *due process of law* permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se,

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

[HC 94.016, rel. min. Celso de Mello, j. 16-9-2008, 2ª T, DJE de 27-2-2009.]

Devido processo legal substantivo e processual

Abrindo o debate, deixo expresso que a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV do art. 5º, respectivamente. (...) *Due process of law*, com conteúdo substantivo — *substantive due process* — constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexa com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual — *procedural due process* — garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa.

[ADI 1.511 MC, voto do rel. min. Carlos Velloso, j. 16-10-1996, P, DJ de 6-6-2003.]

CONTRADITÓRIO

- CF/1988, art. 5º, LV.

O direito da defesa de inquirir testemunhas

Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), no art. 8º, 2, f, estabelece, como garantia judicial, “o direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”. Não resta dúvida, portanto, de que o delatado, no exercício do contraditório, terá o direito de inquirir o colaborador, seja na audiência de interrogatório, seja em audiência especificamente designada para esse fim. Assegura-se, dessa forma, a “paridade de armas” entre o delatado e o órgão acusador, entendida como “o indis-

pensável equilíbrio que deve existir entre as oportunidades concedidas às partes para que, ao apresentar suas provas e alegações ao juiz ou tribunal, não seja colocado em desvantagem em relação à parte contrária” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 36). [HC 127.483, rel. min. Dias Toffoli, j. 27-8-2015, P, DJE de 4-2-2016.]

A essencialidade do contraditório no sistema processual penal

O contraditório processual (CF, art. 5º, LV, e art. 8º, 2, c, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos — Pacto de São José da Costa Rica) é inerente ao sistema processual penal, notadamente por assegurar ao reclamante o conhecimento da acusação formulada contra si e a possibilidade de reagir a essa acusação, oferecendo resposta. O conhecimento da acusação permite, também, a consecução do princípio constitucional da ampla defesa, pois mune a defesa dos elementos de informação e prova produzidos e permite a adoção da melhor estratégia de comportamento processual. [Rcl 19.245 MC, rel. min. Luiz Fux, dec. monocrática, j. 11-12-2014, DJE de 16-12-2014.]

O direito de defesa e a dignidade da pessoa humana

De início, observo que o direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do postulado da dignidade da pessoa humana. Esse princípio, em sua acepção originária, proíbe a utilização ou a transformação do homem em objeto de processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. Tenho enfatizado, relativamente ao direito de defesa, que a Constituição de 1988 (art. 5º, LV) teve o condão de ampliá-lo, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. [HC 118.344, rel. min. Gilmar Mendes, j. 18-3-2014, 2ª T, DJE de 16-6-2014.]

AMPLA DEFESA

▪ CF/1988, art. 5º, LV.

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

[Súmula Vinculante 14.]

A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta.

[Súmula 705.]

No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

[Súmula 523.]

Para requerer revisão criminal, o condenado não é obrigado a recolher-se à prisão.

[Súmula 393.]

O direito do acusado de comparecer aos atos processuais realizados perante o juízo processante

O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu (civil ou militar), de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do *due process of law* e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, ainda que situado este em local diverso daquele da sede da Organização Militar a que o réu esteja vinculado. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos/ONU (art. 14, n. 3, *d*); Convenção Americana sobre Direitos Humanos/OEA (art. 8º, § 2º, *d e f*); e Decreto 4.307/2002 (art. 28, I).

[HC 111.567 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 5-8-2014, 2ª T, DJE de 30-10-2014.]

O direito de presença do réu na audiência de instrução penal

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, analisada a função defensiva sob uma perspectiva global, que o direito de presença do réu na audiência de instrução penal, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa (mais especificamente da prerrogativa da autodefesa), também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, seja perante a Justiça comum, seja perante a Justiça Militar. A justa preocupação da comunidade internacional com a preservação da integridade das garantias processuais básicas reconhecidas às pessoas meramente acusadas de práticas delituosas tem representado, em tema de proteção aos direitos humanos, um dos tópicos mais sensíveis e delicados da agenda dos organismos internacionais, seja em âmbito regional, como o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, § 2º, *d e f*), aplicável ao sistema interamericano, seja em âmbito global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (art. 14, n. 3, *d*), celebrado sob a égide da Organização das Nações Unidas, e que representam instrumentos que reconhecem, a qualquer réu, dentre outras prerrogativas eminentes, o direito de comparecer e de

estar presente à instrução processual, independentemente de achar-se sujeito, ou não, à custódia do Estado.

[HC 98.676, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 7-2-2012, 2ª T, DJE de 8-8-2012.]

Nota: O precedente a seguir foi julgado com base na redação do Código de Processo Penal anterior à Lei 11.900/2009, que previu a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência.

Discussão sobre a legalidade de interrogatório realizado por videoconferência

A questão central desta impetração diz com a legalidade de interrogatório realizado mediante videoconferência. (...) Não fujo à realidade para reconhecer que, por política criminal, diversos países — Itália, França, Espanha, só para citar alguns — adotam o uso da videoconferência — sistema de comunicação interativo que transmite simultaneamente imagem, som e dados, em tempo real, permitindo que um mesmo ato seja realizado em lugares distintos — na *praxis* judicial. (...) Ainda assim, o uso da videoconferência é considerado “mal necessário”, devendo empregado com extrema cautela e rigorosa análise dos requisitos legais que o autorizam. Não é o que se passa aqui. Não existe, em nosso ordenamento, previsão legal para realização de interrogatório por videoconferência. E, suposto a houvesse, a decisão de fazê-lo não poderia deixar de ser suficientemente motivada, com demonstração plena da sua excepcional necessidade no caso concreto. O Projeto de Lei 5.073/2001, que, aprovado, se transformou na Lei 10.792/2003, recebeu emendas no Senado Federal, entre as quais a que possibilitava interrogatório por videoconferência (...). Tal emenda foi, porém, rejeitada, de modo que suas proposições não entraram na ordem jurídica vigente. E, muita embora o País seja signatário da Convenção de Palermo — Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional —, tendo editado o Decreto 5.015/2004, que prevê o uso da videoconferência (art. 18, n. 18, e art. 24, n. 2, *b*), até hoje não disciplinou a matéria, como o exigem a mesma previsão genérica e a reverência às garantias constitucionais da defesa. (...) A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, prescreve, ademais, no art. 7º, n. 5, que “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”. No mesmo sentido dispõe o art. 9º, n. 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Clara, portanto, a opção legislativa: na impossibilidade de o réu preso ser conduzido ao fórum, por razões de segurança, é o magistrado quem deve deslocar-se até ao local onde aquele se encontre, para o interrogar. (...) A perda do contato pessoal com os partícipes do processo torna, em termos de humanidade, asséptico o ambiente dos tribunais, fazendo mecânica e insensível a atividade judiciária. E, todos sabemos, “o exercício da magistratura é tarefa incômoda. Deve ser exercitada com todos os riscos inerentes ao ministério”.

E isso compreende observar a curial recomendação norte-americana de que cumpre aos juízes cuidarem de “*smell the fear*”, coisa que, na sua tradução prática para o caso, somente pode alcançada nas relações entre presentes (...).

[HC 90.900, rel. p/ o ac. min. Menezes Direito, voto do min. Cezar Peluso, j. 30-10-2008, P, DJE de 23-10-2009.]

NEMO TENETUR SE DETEGERE

- CF/1988, art. 5º, LXIII.

A garantia a não autoincriminação

Glosou a postura dos pacientes ao longo do processo, “dificultando a citação e as posteriores intimações, não querendo aparecer, fugindo à responsabilidade”, comportamento condizente com a garantia a não autoincriminação — art. 8º, item 2, g, do Pacto de São José da Costa Rica —, que tampouco pode ser sopesado contrariamente aos réus.

[HC 113.577, rel. min. Marco Aurélio, j. 10-11-2015, 1ª T, DJE de 25-11-2015.]

Direito ao silêncio

De toda sorte, a liberdade de escolha do imputado merece reflexão maior, notadamente quando se imbrica com o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF). De acordo com Maria Elizabeth Queijo, a expressão *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir, equivalente à máxima latina *nemo tenetur se accusare* (ninguém é obrigado a se acusar), a qual, no direito anglo-americano, traduz-se no *privilege against self-incrimination* (*O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 4). O reconhecimento do privilégio contra a autoincriminação se funda no instinto ou dever natural de autopreservação (João Cláudio Couceiro. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 25). Representa, ainda, o respeito à dignidade da pessoa humana no processo penal e a vedação da produção de provas que impliquem violação de direitos do imputado, numa limitação à busca da verdade (Maria Elizabeth Queijo. op. cit., p. 45). Por ser um direito fundamental constitucionalmente assegurado, seu exercício jamais poderá produzir qualquer efeito desfavorável ao imputado, razão por que não se limita à mera vedação a que, na valoração da prova, importe confissão ou seja interpretado em prejuízo da defesa (art. 186 e seu parágrafo único, CPP). Assim, é manifestamente ilegítima, por ausência de justificação constitucional, a adoção de medidas cautelares de natureza pessoal, notadamente a prisão temporária ou preventiva, que tenham por finalidade obter a colaboração ou a confissão do imputado, a pretexto de sua necessidade para a investigação ou a instrução criminal

(...). Como assevera Vittorio Grevi, em nenhuma hipótese o exercício do direito ao silêncio pode ser colocado como fundamento, no terreno do *periculum libertatis*, de uma medida cautelar pessoal, que jamais pode ser adotada com o fim de induzir o imputado a colaborar com a autoridade judiciária (...).

[HC 127.483, voto do rel. min. Dias Toffoli, j. 27-8-2015, P, DJE de 4-2-2016.]

Direito do paciente de negar material para exame grafotécnico

(...) quanto ao pleito de não ser o paciente compelido a colaborar para o exame grafotécnico, “a não exigibilidade de participação compulsória do acusado na formação da prova a ele contrária decorre, além do próprio sistema de garantias e franquias públicas instituído pelo constituinte de 1988, de norma expressa prevista no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 27), sendo, pois, direito do paciente negar-se a fornecer material para exame grafotécnico.

[HC 119.873, rel. min. Rosa Weber, dec. monocrática, j. 14-11-2013, DJE de 20-11-2013.]

JUIZ NATURAL

- CF/1988, art. 5º, XXXVII e LIII.

O conceito de juiz natural e a importância do juiz imparcial

(...) entende-se que o juiz natural é aquele regular e legitimamente investido de poderes de jurisdição, munido de todas as garantias inerentes ao exercício do cargo (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos — CF, art. 95, I, II, III), que decide consoante regras de competência fixadas com base em critérios gerais vigentes ao tempo do fato. O sentido maior da existência desse princípio é o da negação da constitucionalidade de juízos ou tribunais de exceção, impedindo que cortes sejam formadas *ex post facto*, ou que juízes específicos sejam designados para processamento e julgamento de casos específicos, sem que as normas que disciplinam o exercício da jurisdição assim determinem. O que se propugna com a constitucionalização do princípio é a determinação da existência de um juiz constitucionalmente indicado para processamento e julgamento de cada ato/fato que venha a ser apreciado pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, o mandamento constitucional impõe a existência de um juiz com jurisdição, competente e prévio. Por outro lado, também, é conteúdo do princípio do juiz natural a própria imparcialidade do juiz, isto é, a concepção de neutralidade e distância entre as partes, haja vista que sua inexistência acarreta a própria desconstrução do conceito de justiça.

Tal a importância do processamento e julgamento da causa por um juiz imparcial que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 8, 1, assenta essa garantia judicial de forma expressa (...).

[HC 114.523, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 21-5-2013, 2ª T, DJE de 5-6-2013.]

O princípio do juiz natural e o julgamento por juízes de primeiro grau convocados para substituir desembargadores

(...) sustenta-se a nulidade do julgamento (...) ao fundamento de que, à exceção do desembargador que presidiu a sessão, todos os demais membros do órgão eram juízes de primeiro grau convocados. A questão posta neste *habeas corpus*, pois, é saber se a convocação de juízes, tal como ocorreu no caso sob exame, ofende ou não alguma regra ou princípio constitucional. (...) No Superior Tribunal de Justiça, os recursos concentraram-se na Quinta e Sexta Turmas, especializadas em direito penal, nos quais se questiona, basicamente, a singular composição desses Colegiados, alegando-se, na grande maioria dos casos, que eles teriam sido constituídos com ofensa ao princípio do juiz natural. Após detida reflexão sobre o tema estou convencido, com o devido respeito pelas opiniões em contrário, de que a resposta, nesse aspecto, há de ser negativa. (...) A convocação para prestarem serviço na segunda instância, ao revés, constituiu uma resposta dada pelo Tribunal de Justiça São Paulo — dentro da difícil conjuntura de sobrecarga de trabalho em que se debatia à época — para dar efetividade ao um novo direito fundamental introduzido na Constituição, no inciso LXXVIII do art. 5º, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, acima mencionado, qual seja, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. É escusado lembrar que os direitos e garantias fundamentais, a teor do que dispõe o § 1º do art. 5º da Carta Magna, “têm aplicação imediata”. Outra, pois, não poderia ser a reação da Corte bandeirante que a de dar pronto cumprimento a esse comando constitucional. É certo, ademais, que esse novo direito fundamental guarda íntima relação com outros princípios abrigados na Lei Maior, a exemplo do postulado da dignidade humana e da eficiência da administração pública, cujo cumprimento também não pode ser postergado a nenhum pretexto. (...) No que concerne especificamente à composição do órgão julgador por juízes convocados, relembro, por oportuno, o que assentou o ministro Ayres Britto no julgamento do HC 84.414/SP, rel. min. Marco Aurélio, *verbis*: “Quando a Turma julgadora é composta, na sua maioria, por convocados, há um risco de se fugir da tendência do Tribunal. Daí a dizer que o princípio constitucional do juiz natural restou vulnerado, parece-me que vai uma distância” (...). (...) Ocorre que, no caso em apreço, a constitucionalidade da composição das câmaras julgadoras integradas por juízes de primeiro grau em São Paulo já foi examinada e reafirmada por diversas vezes pelo Supremo Tribunal Federal. Refiro-me aos seguintes *habeas corpus*: HC 68.905/SP, rel. min. Néri da Silveira, HC 69.601/SP,

rel. min. Celso de Mello, HC 71.963/SP e HC 81.347/SP, ambos de relatoria do ministro Carlos Velloso, entre outros. Assentou-se nesses julgados que não vulnera o princípio do juiz natural a convocação de juízes de primeiro grau para substituir desembargadores ou integrar câmaras julgadoras, na forma preconizada pela Lei Complementar paulista 646/1990.

[HC 96.821, voto do rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 8-4-2010, P, DJE de 25-6-2010.]

Necessidade de garantia de não submissão do extraditando à jurisdição de exceção

Obrigação do Supremo Tribunal Federal de manter e observar os parâmetros do devido processo legal, do Estado de Direito e dos direitos humanos. (...) Necessidade de se assegurar direitos fundamentais básicos ao extraditando. Direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (cf. art. 5º, § 1º); a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos deve obrigar o Estado a guardar-lhes estrita observância. Direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição (art. 60, § 4º). Direitos de caráter penal, processual e processual-penal cumprem papel fundamental na concretização do moderno Estado Democrático de Direito. A proteção judicial efetiva permite distinguir o Estado de Direito do Estado policial e a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Necessidade de que seja assegurada, nos pleitos extradicionais, a aplicação do princípio do devido processo legal, que exige o *fair trial* não apenas entre aqueles que fazem parte da relação processual, mas de todo o aparato jurisdicional. Tema do juiz natural assume relevo inegável no contexto da extradição, uma vez que o pleito somente poderá ser deferido se o estado requerente dispuser de condições para assegurar julgamento com base nos princípios básicos do Estado de Direito, garantindo que o extraditando não será submetido a qualquer jurisdição excepcional. [Ext 986, rel. min. Eros Grau, j. 15-8-2007, P, DJ de 5-10-2007.]

COISA JULGADA

- CF/1988, art. 5º, XXXVI.

Eficácia preclusiva do arquivamento

(...) tenho que a eficácia preclusiva do arquivamento está limitada a impedir a propositura da ação penal em face da reavaliação dos mesmos fatos. Com novas provas, apontando para nova versão dos fatos, sempre é viável a retomada da investigação, independentemente do fundamento do arquivamento. Esse entendimento

está em perfeita sintonia com a garantia contra dupla incriminação. O art. 8º, 4, do Pacto de São José da Costa Rica estabelece que “o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Trata-se de garantia institucional, a ser moldada pelo direito interno, de acordo com suas características. Em nosso direito, como visto, o arquivamento do inquérito ocorre justamente quando o Ministério Público deixa de promover a ação penal. Assim, não há que se falar em “acusado” ou “absolvição”, na medida em que, naquele momento, a ação penal não foi intentada. Ressalto que a aplicabilidade dessa garantia foi desenvolvida de forma mais exauriente no sistema europeu de proteção aos direitos humanos — talvez por sua incorporação mais recente. Ela foi positivada apenas pelo art. 4º do Protocolo 7 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem, datado de 1989. A disposição europeia remete expressamente ao direito interno a definição de julgamento definitivo — “absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado”, item 1. E prossegue, afastando expressamente a garantia “se factos novos ou recentemente revelados” levam à reabertura das investigações.

[HC 125.101, rel. min. Teori Zavascki, voto do min. Gilmar Mendes, j. 25-8-2015, 2ª T, DJE de 11-9-2015.]

Coisa julgada e *non bis in idem*

O princípio do *ne bis in idem* ou *non bis in idem*, como se sabe, traduz a proibição de sancionar ou punir alguém duas ou mais vezes pelo mesmo fato. Constitui, por isso, inequívoco limite ao poder punitivo do Estado consagrado no âmbito da legislação penal internacional (...). A propósito, a Convenção Americana dos Direitos Humanos — Pacto de São José da Costa Rica, ratificado no Brasil pelo Decreto 678, de 1992, acolheu o princípio do *non bis in idem* em contexto específico, ao estabelecer que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” (art. 8º, 4).

[HC 112.776, voto do rel. min. Teori Zavascki, j. 19-12-2013, P, DJE de 30-10-2014.]

PUBLICIDADE

- CF/1988, art. 5º, LX.

Direito ao sigilo bancário e o art. 6º da Lei Complementar 105/2001

Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. Entende-se que

a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu povo. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. (...) Fixação de tese em relação ao item *a* do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/2001 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”. [RE 601.314, rel. min. Edson Fachin, j. 24-2-2016, P, DJE de 16-9-2016, RG.]

Publicidade *versus* sigilo

(...) a publicidade deve ser considerada uma garantia democrática, que aproxima o Judiciário e os cidadãos, proporcionando um maior controle popular sobre o aparato jurisdicional. (...) Por outro lado, a publicidade acoberta a função do magistrado, o qual poderia se ver manietado pelas suspeitas que pairariam sobre sua atividade, caso levada a efeito sob o véu obscuro do sigilo. À sociedade, certamente, restaria a sensação de que há algo a esconder. Faltaria ao Judiciário legitimidade, hoje o grande móbil de qualquer atividade estatal, tornando a prestação jurisdicional tão menos democrática quanto pouco humana. (...) A jurisdição é um serviço público, numa noção ampla, e por isso não pode ser prestada sob portas fechadas, secretamente, sem o controle e a apreciação do povo, salvo se, no caso concreto, se apresentarem razões suficientes, consubstanciadas em direitos fundamentais, a exigir a proteção dos dados envolvidos no feito.

[ADI 4.414, voto do rel. min. Luiz Fux, j. 31-5-2012, P, DJE de 17-6-2013.]

Acesso do investigado aos dados probatórios

O que não se revela constitucionalmente lícito, segundo entendo, é impedir que o indiciado (ou aquele sujeito a investigação penal) tenha pleno acesso aos dados probatórios, que, já documentados nos autos (porque a estes formalmente incorporados), veiculam informações que possam revelar-se úteis ao conhecimento da verdade real e à condução da defesa da pessoa investigada ou processada pelo Estado, ainda que o procedimento de persecução penal esteja submetido a regime de sigilo. O fascínio do mistério e o culto ao segredo não devem estimular, no âmbito de uma sociedade livre, práticas estatais cuja realização, notadamente na esfera penal,

culmine em ofensa aos direitos básicos daquele que é submetido, pelos órgãos e agentes do Poder, a atos de persecução criminal.

[HC 89.837, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 20-10-2009, 2ª T, DJE de 20-11-2009.]

Norma regimental que autoriza a falta de formalização de acórdão

(...) uma das garantias mais importantes no tocante aos atos processuais é a de sua ampla publicidade, abrigada no art. 5º, LX, da Constituição da República, e que somente admite temperamentos “quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Salta à vista, pois, que a falta de formalização do acórdão, com base em norma regimental, configura ato atentatório à garantia constitucional da publicidade dos atos processuais. No mesmo sentido, tem-se a garantia expressa no art. 8º, 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, internalizada pelo Decreto 678/1992, que, ao tratar das “Garantias Judiciais”, estabelece que “o processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça”. [RE 575.144, voto do rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 11-12-2008, P, DJE de 20-2-2009, RG.]

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

- **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 8º, 2, b.**

Exceção ao duplo grau de jurisdição

De igual forma, não há vulneração do art. 8º, 2, b, do Pacto de São José da Costa Rica, que prevê o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. O tratado em questão foi promulgado no Brasil pelo Decreto 678, de 6-11-1992. O direito fundamental ali previsto deve ser adequadamente compreendido. Garante-se o direito de revisão de uma sentença criminal por um juiz ou tribunal superior a fim de prevenir condenações equivocadas. Entretanto, se a competência originária para julgamento já é atribuída ao um tribunal superior, o mesmo objetivo, prevenir condenações equivocadas, já é obtido de uma forma mais direta. Se o tribunal superior é o órgão que se encontra no ápice do sistema judiciário, é de todo evidente a inviabilidade de garantir um juízo revisional por outro órgão.

[Inq 3.412 ED, voto da rel. min. Rosa Weber, j. 11-9-2014, P, DJE de 8-10-2014.]

= AP 470 AgR-vigésimo quinto, rel. p/ o ac. min. Teori Zavascki, j. 18-9-2013, P, DJE de 17-2-2014

= RHC 79.785, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 29-3-2000, P, DJ de 22-11-2002

Apelação em liberdade

(...) negar trânsito à apelação do condenado em primeira instância, pelo simples fato de ter ele permanecido revel durante a instrução penal, constitui violação ao princípio constitucional da ampla defesa e à regra do duplo grau de jurisdição, previstos também em pactos internacionais de que o Brasil é signatário e que são posteriores ao nosso Código de Processo Penal. Com efeito, o direito ao duplo grau de jurisdição, previsto no Decreto 678/1992, que incorporou o Pacto de São José da Costa Rica, tem, no mínimo, *status* de lei ordinária, de forma que deve prevalecer a regra da apelação em liberdade, em detrimento da leitura tradicional do art. 594 do Código de Processo Penal.

[RHC 83.810, voto do rel. min. Joaquim Barbosa, j. 5-3-2009, P, DJE de 23-10-2009.]

Incorporação da garantia ao ordenamento jurídico brasileiro

A garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição, sobrepondo-se à exigência prevista no art. 594 do CPP. O acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais. Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação do Código de Processo Penal. A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior.

[HC 88.420, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 17-4-2007, 1ª T, DJ de 8-6-2007.]

RESERVA DE JURISDIÇÃO

- CF/1988, art. 5º, XI, XII e LXI.

Não extensão da reserva de jurisdição à quebra de sigilo

O princípio constitucional da reserva de jurisdição — que incide sobre as hipóteses de busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), de interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e de decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI) — não se estende ao tema da quebra de sigilo, pois, em tal matéria, e por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF, art. 58, § 3º), assiste competência à comissão parlamentar de inquérito, para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas.

[MS 23.639, rel. min. Celso de Mello, j. 16-11-2000, P, DJ de 16-2-2001.]

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

- CF/1988, art. 5º, LVII;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 8º, 2.

Execução antecipada da pena

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. (...) Positivado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (...), o princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade) ganhou destaque no ordenamento jurídico nacional no período de vigência da Constituição de 1946, com a adesão do País à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (...). (...) com o julgamento implementado pelo tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF — recurso especial e extraordinário — têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990. (...) Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias. (...) A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o

imediatamente início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias. [HC 126.292, voto do rel. min. Teori Zavascki, j. 17-2-2016, P, DJE de 17-5-2016.]
≠ HC 84.078, rel. min. Eros Grau, j. 5-2-2009, P, DJE de 26-2-2010

Histórico da execução antecipada da pena e mutação constitucional

A Constituição Federal proclama, em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O dispositivo consagra o princípio da presunção de inocência, ou — no termo mais técnico — o princípio da presunção de não culpabilidade. Desde a promulgação da Carta de 1988 até 2009, vigeu nesta Corte o entendimento de que essa norma não impedia a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinário (RE) e especial (REsp). Em linhas gerais, isso se dava pelo fato de que tais recursos não desfrutavam de efeito suspensivo nem se prestam a rever condenações (a realizar a justiça do caso concreto), mas tão somente a reconhecer eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade dos julgados de instâncias inferiores, sem qualquer reexame de fatos e provas. Em julgamento realizado em 5-2-2009, porém, este entendimento foi alterado em favor de uma leitura mais literal do art. 5º, LVII. De fato, ao apreciar o HC 84.078, sob a relatoria do ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal, por sete votos a quatro, passou a interpretar tal dispositivo como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias processuais dos réus. Conforme a ementa do julgado, a ampla defesa “engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária”, de modo que “a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa”. Esta é a orientação que tem vigorado até a presente data e cuja revisão aqui se defende. (...) É pertinente aqui uma brevíssima digressão doutrinária acerca do tema da mutação constitucional. Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado. O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. As teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram este condicionamento recíproco que existe entre norma e realidade. (...) Aplicando-se, então, a teoria à

realidade. Na matéria aqui versada, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação. (...) É necessário conferir ao art. 5º, LVII, interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade — todos com *status* constitucional. Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado.

[HC 126.292, rel. min. Teori Zavascki, voto do min. Roberto Barroso, j. 17-2-2016, P, DJE de 17-5-2016.]

Regras decorrentes do princípio da presunção de inocência

Mostra-se importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição, a significar que, mesmo confirmada a condenação penal por um tribunal de segunda instância (ou por qualquer órgão colegiado de inferior jurisdição), ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixa de prevalecer — repita-se — com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Vale referir, no ponto, a esse respeito, a autorizada advertência do eminente professor Luiz Flávio Gomes, em obra escrita com o professor Valério de Oliveira Mazzuoli (*Direito Penal — Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica*, vol. 4/85-91, 2008, RT): “O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não culpabilidade (esta última locução tem origem no fascismo italiano, que não se conformava com a ideia de que o acusado fosse, em princípio, inocente). Trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana senão também (em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Do princípio da presunção de inocência (‘todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade’) emanam duas regras: (a) regra de tratamento e (b) regra probatória. ‘Regra

de tratamento': o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5º, LVII). O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida 'consideração' bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como 'regra de tratamento', a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18-8-2000, parágrafo 119)".

[ARE 847.535 AgR, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 30-6-2015, 2ª T, DJE de 6-8-2015.]

A presunção de inocência no direito internacional público

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem também se manifestou acerca do tema nas muitas vezes em que foi chamado a interpretar o sentido e o alcance do item 2 do art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Asseverou não se limitar o conteúdo da norma a uma garantia de processo, isso por se revelar de observância obrigatória a toda e qualquer autoridade pública — juízes, representantes do Ministério Público, ministros de Estado, parlamentares, policiais, entre outros — impossibilitando, assim, que um representante do Estado venha a declarar a culpa de uma pessoa antes de o Poder Judiciário estabelecê-la em definitivo. De maneira similar, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas recomenda, no Comentário Geral 32, acerca do direito a um julgamento justo (HRI/GEN/1/Rev. 9, volume I, página 303, parágrafo 30), que o Poder Público deve abster-se de prejudicar o acusado, instando as autoridades a demonstrarem a contenção que o art. 14, 2, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (Decreto 592/1992) preconiza.

[RE 591.054, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 17-12-2014, P, DJE de 26-2-2015, RG.]

A temática da presunção de inocência nos diplomas internacionais

A presunção de inocência é princípio cardeal do processo penal em um Estado Democrático de Direito. Há registros de que, em uma formulação primária, no mesmo sentido do adágio *in dubio pro reo*, já era conhecido dos romanos (LANGBEIN, John H. *The origins of adversary criminal trial: Oxford studies in modern legal history.*

Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 261-262). (...) O princípio da presunção da inocência, na vertente moderna, tem um significado diverso do mero adágio *in dubio pro reo*. A meu juízo, a melhor formulação é o *standard* anglo-saxônico, no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável, impondo, com acerto, um pesado ônus probatório à acusação. O exame histórico evidencia que o princípio da presunção da inocência está fortemente vinculado à questão probatória no processo penal. Reforça essa conexão à questão probatória a forma com a qual o referido princípio foi contemplado em diversos textos internacionais de direitos humanos, a seguir parcialmente reproduzidos. Segundo o art. XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”. Nos termos do art. 6º, item 2, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950, “toda pessoa acusada de um crime deve ser presumida inocente até que seja provada a sua culpa segundo a lei”. Conforme estabelecido no art. 14, item 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966, “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa”. No mesmo sentido, encontra-se o art. 8º, item 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. E, no relativamente recente Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, a vinculação da presunção de inocência com a questão probatória é posta de forma ainda mais clara quando o seu art. 66, ao definir a presunção de inocência, estabelece que, “para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável”.

[ADC 29, rel. min. Luiz Fux, voto da min. Rosa Weber, j. 16-2-2012, P, DJE de 29-6-2012.]

A presença do princípio da presunção de inocência em importantes documentos internacionais e na Constituição do Brasil

O que se mostra importante assinalar, neste ponto, (...) é que, não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos, que preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário, a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana. Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10-12-1948, pela III Assembleia Geral da ONU, em reação aos abusos inomi-

náveis cometidos pelos regimes totalitários nazifascistas, proclamou, em seu art. 11, que todos se presumem inocentes, até que sobrevenha definitiva condenação judicial. Essa mesma reação do pensamento democrático, que não pode nem deve conviver com práticas, medidas ou interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se presente em outros importantes documentos internacionais, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, art. 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, art. 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, art. 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/ Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, art. 7º, § 1º, *b*) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, art. 19, *e*) e outros, de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966. Vê-se, desse modo, (...) que a repulsa à presunção de inocência, com todas as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dela emanam, mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos, restrições não autorizadas pelo sistema constitucional. (...) Mostra-se evidente (...) que a Constituição brasileira, promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases democráticas, é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e que banuiu, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva *ex parte principis*, cujo efeito mais conspicuo, em face da posição daqueles que presumem a culpabilidade do réu, ainda que para fins extrapenais, será a virtual esterilização de uma das mais expressivas e historicamente significativas conquistas dos cidadãos, que é a de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse! O postulado do estado de inocência, ainda que não se considere como presunção em sentido técnico, encerra, em favor de qualquer pessoa sob persecução penal, o reconhecimento de uma *verdade* provisória, com caráter probatório, que repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade, até que sobrevenha — como o exige a Constituição do Brasil — o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em favor da pessoa condenada, a presunção de que é inocente. Há, portanto, um momento claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento — insista-se —, o Estado não pode tratar os indiciados ou réus como se culpados fossem. A presunção de inocência

impõe, desse modo, ao Poder Público, um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades. Mostra-se importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida que se sucedem os graus de jurisdição, a significar que, mesmo confirmada a condenação penal por um tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixa de prevalecer — repita-se — com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República. (...) Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve atuar, até o superveniente trânsito em julgado da condenação judicial, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou que restrinjam, seja no domínio civil, seja no âmbito político, a esfera jurídica das pessoas em geral.

[ADPF 144, rel. min. Celso de Mello, j. 6-8-2008, P, *DJE* de 26-2-2010.]

ACESSO À JUSTIÇA

- CF/1988, art. 5º, XXXV;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 8º, 2.

Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa.

[Súmula 667.]

A inafastabilidade da jurisdição e o Estado Democrático de Direito

O postulado da inafastabilidade da jurisdição é um dos principais alicerces do Estado Democrático de Direito, pois impede que lesões ou ameaças de lesões a direitos sejam excluídas da apreciação do Judiciário, órgão que, ao lado do Legislativo e do Executivo, expressa a soberania popular. Trata-se de um verdadeiro marco civilizatório, que prestigia a justiça contra a força, sobretudo a moderação diante do arbítrio, na solução dos litígios individuais e sociais. Resulta de uma longa evolução histórica, em que se superou a concepção bíblica resumida na expressão “olho por olho, dente por dente”, materializada já no vetusto Código de Hamurabi.

[RE 592.581, voto do rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 13-8-2015, P, *DJE* de 1º-2-2016.]

Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública

A discussão sobre a validade do art. 5º, II, da Lei 7.347/1985, alterado pela Lei 11.448/2007, que reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública, em típica tutela dos direitos transindividuais e individuais homogêneos, ultrapassa os interesses de ordem subjetiva e tem fundamento em definições de natureza constitucional-processual afetos à tutela dos cidadãos social e economicamente menos favorecidos da sociedade brasileira. Ao aprovar a Emenda Constitucional 80/2014, o constituinte derivado fez constar de forma expressa no Capítulo IV — Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV — Da Organização dos Poderes, da Seção IV, que a Defensoria Pública, expressão e instrumento do regime democrático, é instituição permanente e essencial para a edificação do Estado Democrático de Direito: “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”. (...) Entre as alterações promovidas por essa Emenda, a que causa maior impacto no julgamento desta ação direta consiste na inclusão taxativa da defesa dos direitos coletivos no rol de incumbências da Defensoria Pública, cuja atuação vem-se consolidando desde o reconhecimento da respectiva legitimidade para ajuizar ação civil pública (Lei 7.347/1985, com a alteração promovida pela Lei 11.448/2007). O art. 1º da Lei Complementar 80/1994, alterada pela Lei Complementar 132/2009, já previa: (...) Cuida-se de norma idêntica à do atual art. 134 da Constituição da República, alterado pela Emenda Constitucional 80/2014. O constituinte derivado, apropriando-se de norma vigente no ordenamento jurídico nacional desde 2009 (art. 1º da Lei Complementar 80/1994, alterado pela Lei Complementar 132/2009), de forma inusitada, constitucionalizou, sob o ponto de vista formal, o que já era materialmente constitucional. Esse contexto evidencia ter sobrevivido a Emenda Constitucional 80/2014 como reforço máximo da incontestável legitimidade construída pela Defensoria Pública no Brasil, resultado de trabalho responsável e incessante na defesa dos que muito necessitam — em especial da dignidade apregoada no art. 1º da Constituição da República — e normalmente não têm a quem se socorrer quando o desafio é fazer valer os próprios direitos e deveres. A legitimidade estatuída no art. 5º, II, da Lei 7.347/1985, alterado pela Lei 11.048/2007, constitucional por força da interpretação dos arts. 5º, LXXIV, e 134 da Constituição da República (antes da Emenda Constitucional 80/2014), fundada nos princípios da máxima efetividade da Constituição e da dignidade da pessoa humana (acesso à justiça), estava prevista no art. 1º da Lei Complementar 80/1994 e agora tem assento constitucional pelo reconhecimento expresso e taxativo do dever titularizado pela Defensoria Pública de defender os direitos coletivos. (...) Considero

a norma aqui impugnada constitucional desde 2007, data da promulgação da Lei 11.448. A Emenda Constitucional 80/2014, coerente com as novas tendências e crescentes demandas sociais, confirma o movimento surgido na década de 1960 de ampliação de garantia de acesso integral à Justiça.

[ADI 3.943, voto da rel. min. **Cármen Lúcia**, j. 7-5-2015, P, *DJE* de 6-8-2015.]

O papel da Defensoria Pública na efetivação dos direitos humanos

(...) edição da Emenda Constitucional 45/2004, onde foi expressamente reconhecida a autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, além da iniciativa para propositura de seus orçamentos (§ 2º do art. 134). (...) Correto, no ponto, o parecer do il. procurador-geral Antônio Fernando de Souza, ao aduzir — fl. 72: “ao contrário do alegado pelos requeridos, a norma inscrita no supratranscrito art. 134, § 2º, da Constituição Federal é autoaplicável e de eficácia imediata, haja vista ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos. De fato, o papel da Defensoria Pública como instrumento de afirmação da dignidade humana, através da garantia do acesso ao Poder Judiciário, é relevante e fundamental à construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, daí por que possui eficácia imediata a norma que assegura a autonomia da Instituição. Isso significa que a vinculação da Defensoria Pública a qualquer outra estrutura do Estado se revela inconstitucional, na medida em que impede o pleno exercício de suas funções institucionais, dentre as quais se inclui a possibilidade de, com vistas a garantir os direitos dos cidadãos, agir com liberdade contra o próprio Poder Público”.

[ADI 3.569, voto do rel. min. **Sepúlveda Pertence**, j. 2-4-2007, P, *DJ* de 11-5-2007.]

Defensoria Pública como instrumento de concretização dos direitos

A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas — carentes e desassistidas —, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado. De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam — além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares — também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (...), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, LXXIV, quanto do

preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. Direito a ter direitos: uma prerrogativa básica, que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades — direito essencial que assiste a qualquer pessoa, especialmente àquelas que nada têm e de que tudo necessitam. Prerrogativa fundamental que põe em evidência — cuidando-se de pessoas necessitadas (...) — a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública.
[ADI 2.903, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-12-2005, P, DJE de 19-9-2008.]

RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

- CF/1988, art. 5º, LXXVIII;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), arts. 7º, 5; e 8º.

A convocação de juízes de primeiro grau para atuação na segunda instância e a garantia da celeridade processual

(...) sustenta-se a nulidade do julgamento (...) ao fundamento de que, à exceção do desembargador que presidiu a sessão, todos os demais membros do órgão eram juízes de primeiro grau convocados. A questão posta neste *habeas corpus*, pois, é saber se a convocação de juízes, tal como ocorreu no caso sob exame, ofende ou não alguma regra ou princípio constitucional. (...) No Superior Tribunal de Justiça, os recursos concentraram-se na Quinta e Sexta Turmas, especializadas em direito penal, nos quais se questiona, basicamente, a singular composição desses colegiados, alegando-se, na grande maioria dos casos, que eles teriam sido constituídos com ofensa ao princípio do juiz natural. Após detida reflexão sobre o tema, estou convencido, com o devido respeito pelas opiniões em contrário, de que a resposta, nesse aspecto, há de ser negativa. (...) A convocação para prestarem serviço na segunda instância, ao revés, constituiu uma resposta dada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo — dentro da difícil conjuntura de sobrecarga de trabalho em que se debatia à época — para dar efetividade ao um novo direito fundamental introduzido na Constituição, no inciso LXXVIII do art. 5º, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, acima mencionado, qual seja, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. É escusado lembrar que os direitos e garantias fundamentais, a teor do que dispõe o § 1º do art. 5º da Carta Magna, “têm aplicação imediata”. Outra, pois, não poderia ser a reação da Corte bandeirante que a de dar pronto cumprimento a esse comando constitucional. É certo, ademais, que esse novo direito fundamental guarda íntima relação com outros princípios abrigados na Lei Maior, a exemplo do postulado da dignidade humana (...).

[HC 96.821, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 8-4-2010, P, DJE de 25-6-2010.]

Duração irrazoável da prisão cautelar e a ofensa à dignidade da pessoa humana

É preciso reconhecer, neste ponto, que a duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém, como sucede na espécie, ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa — considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) — significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. (...) Cabe referir, ainda, por relevante, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos — tendo presente o estado de tensão dialética que existe entre a pretensão punitiva do Poder Público, de um lado, e a aspiração de liberdade inerente às pessoas, de outro — prescreve, em seu art. 7º, n. 5, que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade (...)” (...). Na realidade, o Pacto de São José da Costa Rica constitui instrumento normativo destinado a desempenhar um papel de extremo relevo no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos básicos da pessoa humana, qualificando-se, sob tal perspectiva, como peça complementar e decisiva no processo de tutela das liberdades públicas fundamentais. (...) Como bem acentua José Rogério Cruz e Tucci (*Tempo e processo — uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual — civil e penal*. p. 87/88, item n. 3.5, 1998, RT), “o direito ao processo sem dilações indevidas” — além de qualificar-se como prerrogativa reconhecida por importantes declarações de direitos (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 7º, ns. 5 e 6; Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, art. 5, n. 3, *v.g.*) — representa expressiva consequência de ordem jurídica que decorre da cláusula constitucional que a todos assegura a garantia do devido processo legal. Isso significa, portanto, que o excesso de prazo, analisado na perspectiva dos efeitos lesivos que dele emanam — notadamente daqueles que afetam, de maneira grave, a posição jurídica de quem se acha cautelarmente privado de sua liberdade —, traduz, na concreção de seu alcance, situação configuradora de injusta restrição à garantia constitucional do *due process of law*, pois evidencia, de um lado, a incapacidade de o Poder Público cumprir o seu dever de conferir celeridade aos procedimentos judiciais e representa, de outro, ofensa inequívoca ao *status libertatis* de quem sofre a persecução penal movida pelo Estado.

[HC 90.805, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 18-12-2007, 2ª T, DJE de 19-2-2008.]

DIREITO À SAÚDE

- CF/1988, art. 6º;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 4º.

Suspensão da eficácia da Lei 13.269/2016, que autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna

O Plenário, por decisão majoritária, deferiu medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade para suspender a eficácia da Lei 13.269/2016, que autoriza o uso do medicamento fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, a despeito da inexistência de estudos conclusivos no tocante aos efeitos colaterais em seres humanos, bem assim de ausência de registro sanitário da substância perante o órgão competente. O Colegiado entendeu que, ao suspender a exigibilidade de registro sanitário do medicamento, a lei impugnada discrepa da Constituição (art. 196) no tocante ao dever estatal de reduzir o risco de doença e outros agravos à saúde dos cidadãos. O STF, em atendimento ao preceito constitucional, tem proferido decisões a garantir o acesso a medicamentos e tratamentos médicos, cabendo aos entes federados, em responsabilidade solidária, fornecê-los. O caso, entretanto, não se amolda a esses parâmetros. Sucede que, ao dever de fornecer medicamento à população contrapõe-se a responsabilidade constitucional de zelar pela qualidade e segurança dos produtos em circulação no território nacional, ou seja, a atuação proibitiva do Poder Público, no sentido de impedir o acesso a determinadas substâncias. Isso porque a busca pela cura de enfermidades não pode se desvincular do correspondente cuidado com a qualidade das drogas distribuídas aos indivíduos mediante rigoroso crivo científico. Na elaboração do ato impugnado, fora permitida a distribuição do remédio sem o controle prévio de viabilidade sanitária. Entretanto, a aprovação do produto no órgão do Ministério da Saúde é condição para industrialização, comercialização e importação com fins

comerciais (Lei 6.360/1976, art. 12). O registro é condição para o monitoramento da segurança, eficácia e qualidade terapêutica do produto, sem o qual a inadequação é presumida. A lei em debate é casuística, ao dispensar o registro do medicamento como requisito para sua comercialização, e esvazia, por via transversa, o conteúdo do direito fundamental à saúde. O Tribunal vislumbrou, na publicação do diploma impugnado, ofensa à separação de Poderes. Ocorre que incumbe ao Estado, de modo geral, o dever de zelar pela saúde da população. Entretanto, fora criado órgão técnico, autarquia vinculada ao Ministério da Saúde (Anvisa), à qual incumbe o dever de autorizar e controlar a distribuição de substâncias químicas segundo protocolos cientificamente validados. A atividade fiscalizatória (CF, art. 174) é realizada mediante atos administrativos concretos devidamente precedidos de estudos técnicos. Não cabe ao Congresso, portanto, viabilizar, por ato abstrato e genérico, a distribuição de qualquer medicamento. Assim, é temerária a liberação da substância em discussão sem os estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência, até o momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade do medicamento para o bem-estar do organismo humano.

[ADI 5.501 MC, rel. min. Marco Aurélio, j. 19-5-2016, P, *Informativo* 826.]

Sistema Único de Saúde e diferença de classes

É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde (SUS) ou por conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes. O procedimento da “diferença de classes”, tal qual o atendimento médico diferenciado, quando praticados no âmbito da rede pública, não apenas subverte a lógica que rege o sistema de seguridade social brasileiro, como também afronta o acesso equânime e universal às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, violando, ainda, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Inteligência dos arts. 1º, III; 5º, I; e 196 da Constituição Federal. Não fere o direito à saúde, tampouco a autonomia profissional do médico, o normativo que veda, no âmbito do SUS, a assistência diferenciada mediante pagamento ou que impõe a necessidade de triagem dos pacientes em postos de saúde previamente à internação.

[RE 581.488, rel. min. Dias Toffoli, j. 3-12-2015, P, *DJE* de 8-4-2016, RG.]

Não conversão de norma programática do direito à saúde em promessa constitucional inconsequente

O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao

problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

[RE 271.286 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, 2ª T, DJ de 24-11-2000.]

= STA 175 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, j. 17-3-2010, P, DJE de 30-4-2010

VIDE RE 668.722 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 27-8-2013, 1ª T, DJE de 25-10-2013

VIDE AI 734.487 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 3-8-2010, 2ª T, DJE de 20-8-2010

DIREITO À EDUCAÇÃO

Ensino inclusivo de pessoas com deficiência em escolas privadas

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos arts. 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 40, § 4º, I; 201, § 1º; 203, IV e V; 208, III; 227, § 1º, II, e § 2º; e 244. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV, CRFB). A Lei 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV.

[ADI 5.357 MC-REF, rel. min. Edson Fachin, j. 9-6-2016, P, DJE de 11-11-2016.]

ProUni e concretização do valor constitucional da igualdade

Programa Universidade para Todos (PROUNI). Ações afirmativas do Estado. Cumprimento do princípio constitucional da isonomia. (...) A educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade. (...) Não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, *verbi gratia*, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social. A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um *discrímen* que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade (“ciclos cumulativos de desvantagens competitivas”). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem. O ProUni é um programa de ações afirmativas, que se operacionaliza mediante concessão de bolsas a alunos de baixa renda e diminuto grau de patrimonilização. Mas um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária, incompatível, portanto, com qualquer ideia de vinculação forçada. Inexistência de violação aos princípios constitucionais da autonomia universitária (art. 207) e da livre iniciativa (art. 170).

[ADI 3.330, rel. min. Ayres Britto, j. 3-5-2012, P, DJE de 22-3-2013.]

Acesso à creche e à pré-escola

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até cinco anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. (...) A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (art. XXV).

[ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, DJE de 15-9-2011.]

PROTEÇÃO DA FAMÍLIA

- CF/1988, art. 226;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 17;
- Declaração Universal dos Direitos Humanos/1948, art. 16.

É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

[Súmula 149.]

Inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros

No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil. Com base nesse entendimento, o Plenário, ao apreciar o Tema 498 da repercussão geral, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário para reconhecer, de forma incidental, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002 e declarar o direito do recorrente de participar da herança de seu companheiro, em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do referido código. No caso, o tribunal de origem assentou que os companheiros herdaram apenas os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, quando presentes os requisitos do art. 1.790 do Código Civil de 2002. Consignou ser imprópria a equiparação da figura do companheiro à do cônjuge e afastou a aplicação do art. 1.829, I e II, do citado diploma legal. Ao interpretar o art. 226, § 3º, da Constituição Federal (CF), concluiu que não estariam iguais, para todos os fins, os institutos do casamento e da união estável. O Supremo Tribunal Federal (STF) afirmou que a Constituição prevê diferentes modalidades de família, além da que resulta do casamento. Entre essas modalidades,

está a que deriva das uniões estáveis, seja a convencional, seja a homoafetiva. Frisou que, após a vigência da Constituição de 1988, duas leis ordinárias equipararam os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável (Lei 8.971/1994 e Lei 9.278/1996). O Código Civil, no entanto, desequiparou, para fins de sucessão, o casamento e as uniões estáveis. Dessa forma, promoveu retrocesso e hierarquização entre as famílias, o que não é admitido pela Constituição, que trata todas as famílias com o mesmo grau de valia, respeito e consideração. O art. 1.790 do mencionado código é inconstitucional, porque viola os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso.(...) A Corte ainda ressaltou que, com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado aplica-se apenas aos inventários judiciais em que a sentença de partilha não tenha transitado em julgado e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. [RE 646.721, rel. p/ o ac. min. **Roberto Barroso**, e RE 878.694, rel. min. **Roberto Barroso**, j. 10-5-2017, P, *Informativo* 864, RG.]

A paternidade socioafetiva e o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica. No caso, a autora, ora recorrida, é filha biológica do recorrente, conforme demonstrado por exames de DNA. Por ocasião do seu nascimento, a autora foi registrada como filha de pai afetivo, que cuidara dela, por mais de vinte anos, como se sua filha biológica fosse. O Supremo Tribunal Federal afirmou que o sobreprincípio da dignidade humana, na sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias configurações existenciais, impõe o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de modelos familiares diversos da concepção tradicional. O espectro legal deve acolher tanto vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos quanto aqueles originados da ascendência biológica, por imposição do princípio da paternidade responsável, enunciado expressamente no art. 226, § 7º, da CF. Dessa forma, atualmente não cabe decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. A omissão do legislador brasileiro quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não pode servir de escusa para a negativa de proteção a situações de pluriparentalidade. Portanto, é importante reconhecer os vínculos parentais de origem afetiva e biológica. Todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, e o filho deve poder desfrutar de direitos com relação a todos

não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória. A Corte reputou ainda ser imperioso o reconhecimento da dupla parentalidade e manteve o acórdão de origem, que reconheceu os efeitos jurídicos de vínculo genético relativo ao nome, aos alimentos e à herança.

[RE 898.060, rel. min. Luiz Fux, j. 22-9-2016, P, *Informativo* 840, RG.]

Concessão de pensão por morte à companheira independentemente do reconhecimento judicial da união estável

O art. 1.723 do Código Civil prevê que a união estável configura-se pela “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Trata-se, portanto, de situação de fato que prescinde de reconhecimento judicial para produzir efeitos, tanto que eventual ação terá conteúdo meramente declaratório. Basta, assim, que seja comprovada, no caso concreto, a convivência qualificada. Na sequência, o § 1º de tal preceito dispõe que não há impedimento ao reconhecimento da união estável se “a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”. A separação de fato, por definição, também é situação que não depende de reconhecimento judicial para a sua configuração, tanto que a lei utiliza tal expressão em oposição à separação judicial (“de fato ou judicialmente”). Assim, nem mesmo a vigência formal do casamento justifica a exigência feita pelo TCU, pois a própria legislação de regência autoriza o reconhecimento da união estável quando o companheiro está separado de fato do cônjuge. Convém salientar, ainda, que o art. 217, I, c, da Lei 8.112/1990, ao tratar da pensão por morte do servidor em favor do companheiro dependente, não exige que a prova da união estável seja feita mediante decisão judicial. (...) A afirmação segundo a qual “somente ao Poder Judiciário cabe dizer o direito em relação às ações de estado” não se aplica ao caso, simplesmente porque não se está diante de uma ação de estado. Não se procura aqui alterar o estado civil de quem quer que seja, mas sim de reconhecer a qualidade de dependente de um postulante a pensão por morte, algo que se insere no âmbito normal de atividades da Administração, que deverá se cercar das cautelas necessárias e proferir uma decisão administrativa depois da produção das provas pertinentes. Tal decisão restringe-se ao objeto do processo administrativo — concessão ou não de pensão por morte —, não gerando outros efeitos civis. Embora uma decisão judicial pudesse conferir maior segurança jurídica, não se deve obrigar alguém a ir ao Judiciário desnecessariamente, por mera conveniência administrativa, sem amparo legal. O objetivo da parte é obter pensão por morte, não alterar seu estado civil. E a Administração só deve conceder a pensão se se convencer, depois da análise de todas as provas, da qualidade de dependente, que não pode ser pré-excluída apenas pela ausência de separação judicial. O companheiro já enfrenta uma série de obstáculos inerentes à informalidade da sua situação, pois deve produzir prova da união estável a cada vez e perante todas as pessoas e instâncias em face das quais

pretenda usufruir de direitos legalmente previstos. Naturalmente, há margem para disciplinar o procedimento de coleta e apreciação das provas pertinentes. Porém, se ao final a prova produzida é idônea — o que não é objeto de questionamento nos presentes autos —, não há como deixar de reconhecer a união estável e os direitos daí decorrentes. A lei não exige a separação judicial em todos os casos como requisito para o reconhecimento de união estável: tal união, ao contrário, se configura se houver separação judicial ou de fato (Código Civil, art. 1.723, § 1º).

[MS 33.008, voto do rel. min. **Roberto Barroso**, j. 3-5-2016, P, *DJE* de 14-9-2016.]

Licença-maternidade e discriminação entre gestação e adoção

A licença-maternidade prevista no art. 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença-gestante quanto a licença-adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas. Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do art. 3º da Resolução CJF 30/2008. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir à recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença

previstos no art. 7º, XVIII, da CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante. Tese da repercussão geral: “Os prazos da licença-adoptante não podem ser inferiores aos prazos da licença-gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença-adoptante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”.

[RE 778.889, rel. min. Roberto Barroso, j. 10-3-2016, P, *DJE* de 1º-8-2016, RG.]

Salário-maternidade e mãe adotiva

(...) a concessão de salário-maternidade às mulheres que adotam, antes de contrariar os demais dispositivos constitucionais aqui tidos por violados, antes os prestigiam, ao conferir tratamento igualitário a famílias constituídas por meio de adoção. [RE 582.219, rel. min. Dias Toffoli, dec. monocrática, j. 6-11-2012, *DJE* de 13-11-2012.]

Licença-maternidade e mãe adotiva

A eficácia plena do art. 227, § 6º, foi reconhecida em julgamento ocorrido em 2002 (RE 196.434, rel. min. Néri da Silveira, Pleno, *DJ* de 19-9-2003). Naquela ocasião, muito embora o Tribunal tenha concluído que o dispositivo não se aplicava ao caso em virtude de circunstância fática (morte da adotante anterior à Constituição de 1988), ficou implícito, em minha opinião, que o sentido normativo atribuído ao art. 227, § 6º, era exatamente o de impedir, a partir da data da promulgação da Constituição, qualquer discriminação entre filhos adotivos e biológicos. (...) A licença-maternidade tem como destinatário principal o filho ou a filha, sejam adotivos ou biológicos.

[RE 640.216, rel. min. Joaquim Barbosa, dec. monocrática, j. 5-10-2012, *DJE* de 22-10-2012.]

O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar

Reconhecimento e qualificação da união homoafetiva como entidade familiar. O STF — apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) — reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta

incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. (...) O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa — considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) — significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. (...) O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana.

[RE 477.554 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 16-8-2011, 2ª T, DJE de 26-8-2011.]

Reconhecimento das mesmas regras da união estável heteroafetiva para a união homoafetiva

Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (...) o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional (...) (inciso IV do art. 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco). (...) Há mais o que dizer desse emblemático inciso IV do art. 3º da Lei Fundamental brasileira. É que, na sua categórica vedação ao preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica das pessoas, à idade, à raça e à cor da pele de cada qual; isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem. (...) Óbvio que, nessa altaneira posição

de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De autoestima no mais elevado ponto da consciência. Autoestima, de sua parte, a aplinar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século 21 já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozoide. (...) a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. (...) Assim interpretando por forma não reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo — data vênica de opinião divergente — é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade,

continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. (...) No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. [ADI 4.277, voto do rel. min. Ayres Britto, j. 5-5-2011, P, DJE de 14-10-2011.]

O processo *in vitro* de fecundação artificial de óvulos e a inexistência de dever jurídico de aproveitamento reprodutivo de todos os embriões

A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como “direito ao planejamento familiar”, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da “dignidade da pessoa humana” e da “paternidade responsável”. (...) A opção do casal por um processo *in vitro* de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou *in vitro*. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à “liberdade” (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, “fruto da livre decisão do casal”, é “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável” (§ 7º desse emblemático art. 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do “planejamento familiar” na citada perspectiva da “paternidade responsável”. Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião *in vitro* fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

[ADI 3.510, rel. min. Ayres Britto, j. 29-5-2008, P, DJE de 28-5-2010.]

Licença-maternidade e mãe adotiva

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a mãe adotiva tem direito à licença prevista no art. 7º, XVIII, da Constituição da República, desde que haja lei específica tratando da matéria. Dessa forma, constatado pelo tribunal de origem que a lei orgânica municipal estendia à servidora municipal, na condição de mãe adotiva, os benefícios concedidos à mãe biológica, ainda que dependentes de regulamentação, a mãe adotiva tem, no mínimo, os mesmos benefícios assegurados à mãe biológica.

[RE 259.253, rel. min. **Cármen Lúcia**, dec. monocrática, j. 15-10-2009, *DJE* de 5-11-2009.]

A proteção conferida à família na Constituição Federal e o alcance da expressão entidade familiar

Cuida-se, no caso concreto, do direito à investigação de paternidade. Oportuno lembrar, de início, que a Constituição Federal adota a família como base da sociedade, a ela conferindo proteção do Estado. Tem-se como entidade familiar não apenas a decorrente do casamento, mas também aquelas fruto da união estável entre homem e mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. O planejamento familiar, embora livre, deve fundar-se na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar.

[RE 248.869, voto do rel. min. **Maurício Corrêa**, j. 7-8-2003, P, *DJ* de 12-3-2004.]

A proteção da família *versus* a execução de sentença condenatória

Pedido de autorização, formulado ao juízo da ação penal, para que a ré possa se ausentar do País. Superveniência de sentença condenatória. Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem cumpridas no espaço de dois anos: prestação de serviços à comunidade e entrega mensal de cestas básicas a entidade assistencial. Circunstância que se mostra incompatível com o pedido, tendo em vista que a paciente tem residência fixa nos Estados Unidos, onde tem marido e possui estabelecimento comercial, o que poderia frustrar a execução da sentença condenatória, cujo cumprimento afasta a alegação de ofensa aos arts. 17 e 22 do Pacto de São José da Costa Rica.

[HC 82.016, rel. min. **Ellen Gracie**, j. 26-11-2002, 1ª T, *DJ* de 7-2-2003.]

DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

- CF/1988, arts. 208 e 227, *caput* e § 6º;
- Convenção sobre os Direitos da Criança/1989 (ONU);
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 19;
- Lei 13.257/2016 (Lei da Primeira Infância).

Aplicação das Regras de Bangkok ao ordenamento jurídico brasileiro

Com efeito, impende relembrar que a Assembleia Geral das Nações Unidas, acolhendo recomendação do Conselho Econômico e Social, adotou regras para o tratamento de mulheres presas e a aplicação de medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, as denominadas Regras de Bangkok, em cuja elaboração e votação teve ativa participação o Estado brasileiro. O legislador nacional, ainda que de modo incompleto, buscou refletir no plano processual penal o espírito das Regras de Bangkok, fazendo-o mediante inovações introduzidas no Código de Processo Penal, especialmente em seus arts. 6º, 185, 304 e 318, e, também, na Lei de Execução Penal (arts. 14, § 3º; 83, § 2º; e 89). Ao disciplinar a prisão domiciliar, o Brasil, atuando no plano doméstico, promulgou legislação — a Lei 12.403/2011 e a Lei 13.257/2016, que, entre outras matérias, “Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância” — que institui regra autorizativa viabilizadora da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, se e quando se tratar, consideradas as várias hipóteses elencadas em rol taxativo, (a) de gestante, (b) de mulher com filho de até doze anos de idade incompletos, (c) de homem, “caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos incompletos”, ou (d) de agente considerado “imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência”. Cumpre enfatizar, de outro lado, que a benignidade desse tratamento dispensado às prisões cautelares de mulheres nas condições que venho de referir é também justificada pela necessidade de conferir especial tutela à

população infantojuvenil, notadamente às crianças, em ordem a tornar efetivos os compromissos que o Brasil assumiu não só perante a sua própria ordem constitucional, mas, também, no plano internacional, ao subscrever a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, cujo texto foi incorporado, formalmente, ao sistema de direito positivo interno de nosso país pelo Decreto presidencial 99.710, de 21-11-1990. É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que a proteção aos direitos da criança e do adolescente (CF, art. 227, *caput*) qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração ou dimensão (RTJ 164/158-161, *v.g.*), cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente em um *facere*, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que viabilizem, em favor dessas mesmas crianças e adolescentes, “(...) com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (CF, art. 227, *caput*). Para Bernardo Leôncio Moura Coelho (O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança, in *Revista de Informação Legislativa* 123/259-266, 263/264, 1994, Senado Federal), a proteção integral à criança e ao adolescente exprime, de um lado, no plano do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social e pressupõe, de outro, a asserção de que a dignidade humana, enquanto valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento político, só se afirmará com a expansão das liberdades públicas, quaisquer que sejam as dimensões em que estas se projetem: “Neste ponto é que entra a função do Estado, que, conceituando a proteção à criança como um direito social e colocando como um de seus princípios a justiça social, deve impedir que estas pessoas, na correta colocação de Dallari, sejam oprimidas por outras. É necessário que seja abolida esta discriminação e que todo ‘menor’ seja tratado como criança — sujeito de direitos que deve gozar da proteção especial estatuída na Constituição Federal e também nas Constituições Estaduais.” (...) O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à proteção da criança e do adolescente — ainda mais se considerado em face do dever que incumbe ao Poder Público de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de assistência integral à criança e ao adolescente (CF, art. 227, *caput* e § 7º, c/c o art. 204, II) — não podem ser menosprezados pelo Estado, sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem no aparelho estatal um de seus precípuos destinatários. O fato irrecusável é um só: o objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção integral aos direitos da criança e do adolescente, traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, ainda mais se se tiver presente que a Lei Fundamental da República delineou, nessa maté-

ria, um nítido programa a ser (necessariamente) implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis. Assinalo, finalmente, por relevante, que o Supremo Tribunal Federal, notadamente por sua colenda Segunda Turma, tem concedido medidas cautelares ou deferido, até mesmo, ordens de *habeas corpus* em favor de mulheres presas que sejam gestantes, lactantes, mães com filhos de até doze anos incompletos ou, ainda, consideradas imprescindíveis aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência (HC 126.107/SP, rel. min. Cármen Lúcia, decisão do ministro Ricardo Lewandowski, Presidente; HC 126.937 MC/SP, rel. min. Gilmar Mendes; HC 128.325/SP, rel. min. Roberto Barroso; HC 134.069/DF, rel. min. Gilmar Mendes, *v.g.*).

[HC 134.734, rel. min. Celso de Mello, dec. monocrática, j. 30-6-2016, DJE de 1º-8-2016.]

Competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes de disponibilizar ou adquirir material pornográfico envolvendo criança ou adolescente quando praticados por meio da rede mundial de computadores

O Brasil pune a prática de divulgação e publicação de conteúdo pedófilo-pornográfico, conforme o art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente. Além de signatário da Convenção sobre Direitos da Criança, o Estado brasileiro ratificou o respectivo Protocolo Facultativo. Em tais acordos internacionais se assentou a proteção à infância e se estabeleceu o compromisso de tipificação penal das condutas relacionadas à pornografia infantil. Para fins de preenchimento do terceiro requisito, é necessário que, do exame entre a conduta praticada e o resultado produzido, ou que deveria ser produzido, se extraia o atributo de internacionalidade dessa relação. Quando a publicação de material contendo pornografia infantojuvenil ocorre na ambiência virtual de sítios de amplo e fácil acesso a qualquer sujeito, em qualquer parte do planeta, que esteja conectado à internet, a constatação da internacionalidade se infere não apenas do fato de que a postagem se opera em cenário propício ao livre acesso, como também que, ao fazê-lo, o agente comete o delito justamente com o objetivo de atingir o maior número possível de pessoas, inclusive assumindo o risco de que indivíduos localizados no estrangeiro sejam, igualmente, destinatários do material. A potencialidade do dano não se extrai somente do resultado efetivamente produzido, mas também daquele que poderia ocorrer, conforme própria previsão constitucional. Basta à configuração da competência da Justiça Federal que o material pornográfico envolvendo crianças ou adolescentes tenha estado acessível por alguém no estrangeiro, ainda que não haja evidências de que esse acesso realmente ocorreu. A extração da potencial internacionalidade do resultado advém do nível de abrangência próprio de sítios virtuais de amplo acesso, bem como da reconhecida dispersão mundial preconizada no art. 2º, I, da Lei 12.965/2014, que instituiu o marco civil da internet no Brasil. Não se constata o caráter de internacionalidade,

ainda que potencial, quando o panorama fático envolve apenas a comunicação eletrônica havida entre particulares em canal de comunicação fechado, tal como ocorre na troca de *e-mails* ou conversas privadas entre pessoas situadas no Brasil. Evidenciado que o conteúdo permaneceu enclausurado entre os participantes da conversa virtual, bem como que os envolvidos se conectaram por meio de computadores instalados em território nacional, não há que se cogitar na internacionalidade do resultado. Tese fixada: “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes consistentes em disponibilizar ou adquirir material pornográfico envolvendo criança ou adolescente (arts. 241, 241-A e 241-B da Lei 8.069/1990) quando praticados por meio da rede mundial de computadores”.

[RE 628.624, rel. p/ o ac. min. Edson Fachin, j. 29-10-2015, P, DJE de 6-4-2016, RG.]

Acesso à creche e à pré-escola

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até cinco anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da CF. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da administração pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. (...) A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (art. XXV). [ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, DJE de 15-9-2011.]

Direito fundamental à informação genética

O que se está a fazer, neste caso, é dar ênfase ao direito fundamental à informação genética, que já foi examinado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, no

famoso caso da “informação sobre a paternidade” (*Vaterschaftsaskunft*), conforme se extrai de BVerfGE 96, 56, decisão do Primeiro Senado de 6-5-1997, embora sem reconhecer de modo expresso essa prerrogativa. Naquele julgamento, o TCF ficou a meio caminho entre a ideia de *Vaterschaftsaskunft* e a proteção da intimidade dos genitores. Temos aqui a oportunidade de ir além e tomar posição explícita em favor desse direito fundamental. E, nesse sentido, não é necessário fazer grandes volteios retóricos. Trata-se de pura e simplesmente reconhecer que houve evolução nos meios de prova e que a defesa do acesso à “informação sobre a paternidade” deve ser protegida porque se insere no conceito de direito da personalidade. [RE 363.889, voto do rel. min. Dias Toffoli, j. 2-6-2011, P, DJE de 16-12-2011.]

Direito ao reconhecimento de paternidade

Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, arts. 226, § 3º, 4º, 5º e 7º; 227, § 6º). A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129). O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 27).

[RE 248.869, rel. min. Maurício Corrêa, j. 7-8-2003, P, DJ de 12-3-2004.]

Crime de tortura contra criança ou adolescente

A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete — enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva — um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo. (...) O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU (1984), da

Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969). Mais do que isso, o legislador brasileiro, ao conferir expressão típica a essa modalidade de infração delituosa, deu aplicação efetiva ao texto da Constituição Federal, que impõe ao Poder Público a obrigação de proteger os menores contra toda a forma de violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput*, *in fine*).

[HC 70.389, rel. p/ o ac. min. Celso de Mello, j. 23-6-1994, P, DJ de 10-8-2001.]

PROTEÇÃO DA MULHER

- CF/1988, arts. 5º, II, e 7º, XX.

Interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre e direitos fundamentais da mulher

(...) é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 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. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no País, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter

o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. [HC 124.306, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, j. 29-11-2016, 1ª T, *DJE* de 17-3-2017.]

Denúncia recebida por incitação ao crime de estupro

Os tratados de proteção à vida, à integridade física e à dignidade da mulher, com destaque para a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher — “Convenção de Belém do Pará” (1994); a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher — “Carta Internacional dos Direitos da Mulher” (1979); além das conferências internacionais sobre a mulher realizadas pela ONU — devem conduzir os pronunciamentos do Poder Judiciário na análise de atos potencialmente violadores de direitos previstos em nossa Constituição e que o Brasil se obrigou internacionalmente a proteger. Os direitos humanos, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, são analisados sob o enfoque de que “em matéria de direitos humanos, a interpretação jurídica há de considerar, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional, cujas prescrições tutelares se revelam — na interconexão normativa que se estabelece entre tais ordens jurídicas — elementos de proteção vocacionados a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido” (HC 82.424, Tribunal Pleno, rel. min. Moreira Alves, rel. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, j. 17-9-2003, *DJ* de 19-3-2004). A Lei Maria da Penha inaugurou o novel paradigma que culminou, recentemente, no estabelecimento de pena mais grave o feminicídio, não admite que se ignore o pano de fundo aterrador que levou à edição dessas normas, voltadas a coibir as cotidianas mortes, lesões e imposições de sofrimento físico e psicológico à mulher. Não é por outro motivo que o art. 6º da Lei 11.340/2006 estabelece que “A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos” e que, em seu art. 7º, o mesmo diploma preveja a proteção da mulher contra “a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodetermi-

nação”. Discursos que relativizam a gravidade e a abjeção do crime sexual contribuem para agravar a vitimização secundária produzida pelo estupro, porquanto a característica principal do sistema processual penal é um profundo desinteresse pela vítima. Deveras, conforme pesquisa de Claire Sherman Thomas, a defesa do criminoso sexual tende a justificar a conduta violenta por meio da atribuição de culpa à própria vítima. A violência sexual deve ser lida como um processo consciente de intimidação pelo qual todos os homens mantêm todas as mulheres em estado de medo, sendo certo que o estupro é um crime não de luxúria, mas sim de exercício de violência e poder, conforme conceituação de aceitação internacional formulada por Susan Brownmiller. O direito exerce importante papel na construção social das diversas e variadas subjetividades, donde decorre a necessidade de os operadores jurídicos considerarem a realidade das relações sociais, com o fim de consolidar um olhar distinto diante da discriminação e da violência que caracterizam as relações de gênero no País. A incitação ao crime, enquanto delito contra a paz pública, traduz afronta a bem jurídico diverso daquele que é ofendido pela prática efetiva do crime objeto da instigação. A incitação ao crime abrange tanto a influência psíquica, com o objetivo de fazer surgir no indivíduo (determinação ou induzimento) o propósito criminoso antes inexistente, quanto a instigação propriamente dita, que reforça eventual propósito existente. Conseqüentemente, o tipo penal do art. 286 do Código Penal alcança qualquer conduta apta a provocar ou a reforçar a intenção da prática criminosa. Na valiosa lição de Nelson Hungria, incita a prática do crime aquele que atira a primeira pedra contra a mulher adúltera. *In casu*, (i) o parlamentar é acusado de incitação ao crime de estupro, ao afirmar que não estupraria uma deputada federal porque ela “não merece”; (ii) o emprego do vocábulo “merece”, no sentido e contexto presentes no caso *sub judice*, teve por fim conferir a este gravíssimo delito, que é o estupro, o atributo de um prêmio, um favor, uma benesse à mulher, revelando interpretação de que o homem estaria em posição de avaliar qual mulher “poderia” ou “mereceria” ser estuprada. A relativização do valor do bem jurídico protegido — a honra, a integridade psíquica e a liberdade sexual da mulher — pode gerar, naqueles que não respeitam as normas penais, a tendência a considerar mulheres que, por seus dotes físicos ou por outras razões, aos olhos de potenciais criminosos, “mereceriam” ser vítimas de estupro. O desprezo demonstrado pelo bem jurídico protegido (dignidade sexual) reforça e incentiva a perpetuação dos traços de uma cultura que ainda subjuga a mulher, com potencial de instigar variados grupos a lançarem sobre a própria vítima a culpa por ser alvo de criminosos sexuais, deixando, a depender da situação, de reprovar a violação sexual, como seria exigível mercê da expectativa normativa. As recentes notícias de estupros coletivos reforçam a necessidade de preocupação com discursos que intensifiquem a vulnerabilidade das mulheres.

[Inq 3.932 e Pet 5.243, rel. min. Luiz Fux, j. 21-6-2016, 1ª T, DJE de 9-9-2016.]

Aplicação das Regras de Bangkok — Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras

O encarceramento de mulheres merece destaque. As mulheres em situação de prisão têm demandas e necessidades muito específicas, o que não raro é agravado por históricos de violência familiar e condições como a maternidade, a nacionalidade estrangeira, a perda financeira ou o uso de drogas. Não é possível desprezar, nesse cenário, a distinção dos vínculos e relações familiares estabelecidos pelas mulheres, bem como sua forma de envolvimento com o crime, quando comparados com a população masculina, o que repercute, de forma direta, com as condições de encarceramento a que estão submetidas. Historicamente, a ótica masculina tem sido tomada como regra para o contexto prisional, com prevalência de serviços e políticas penais direcionados para homens, deixando em segundo plano as diversidades que compreendem a realidade prisional feminina, que se relacionam com sua raça e etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, situação de gestação e maternidade, entre tantas outras nuances. Há grande deficiência de dados e indicadores sobre o perfil de mulheres em privação de liberdade nos bancos de dados oficiais governamentais, o que contribui para a invisibilidade das necessidades dessas pessoas. O principal marco normativo internacional a abordar essa problemática são as chamadas Regras de Bangkok — Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Essas regras propõem olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário. Apesar de o governo brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia-Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes em nosso país, sinalizando, ainda, o quanto carece de fomento a implementação e a internalização eficaz pelo Brasil das normas de direito internacional dos direitos humanos. E cumprir esta regra é um compromisso internacional assumido pelo Brasil. Embora se reconheça a necessidade de impulsionar a criação de políticas públicas de alternativas à aplicação de penas de prisão às mulheres, é estratégico abordar o problema primeiramente sob o viés da redução do encarceramento feminino provisório. De acordo com as Regras de Bangkok, deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado.

[Rcl 25.371 MC, rel. min. Ricardo Lewandowski, dec. monocrática, j. 26-10-2016, DJE de 3-11-2016.]

Proteção da mulher em casos de violência doméstica: dever do Estado brasileiro independentemente de manifestação da vítima

No tocante à violência doméstica, há de considerar-se a necessidade da intervenção estatal. Conforme mencionado na peça primeira desta ação, no Informe 54/2001 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, em análise sintomática da denúncia formalizada por Maria da Penha Maia Fernandes, assentou-se que o Brasil violara os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial da peticionária, considerada violência que se apontou como a encerrar padrão discriminatório, tolerando-se a ocorrência no meio doméstico. Então, recomendou-se que prosseguisse o processo de reformas visando evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório relativo à violência doméstica contra as mulheres. Foi justamente essa condenação de insuplantável teor moral que levou o País a editar a denominada Lei Maria da Penha — Lei 11.340/2006 (...). (...) No caso presente, não bastasse a situação de notória desigualdade considerada a mulher, aspecto suficiente a legitimar o necessário tratamento normativo desigual, tem-se como base para assim se proceder a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o direito fundamental de igualdade (art. 5º, I) e a previsão pedagógica segundo a qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI). A legislação ordinária protetiva está em fina sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, no que revela a exigência de os Estados adotarem medidas especiais destinadas a acelerar o processo de construção de um ambiente onde haja real igualdade entre os gêneros. Há também de se ressaltar a harmonia dos preceitos com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher — a Convenção de Belém do Pará —, no que mostra ser a violência contra a mulher uma ofensa aos direitos humanos e a consequência de relações de poder historicamente desiguais entre os sexos. (...) Sob o ângulo constitucional explícito, tem-se como dever do Estado assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não se coaduna com a razoabilidade, não se coaduna com a proporcionalidade, deixar a atuação estatal a critério da vítima, a critério da mulher, cuja espontânea manifestação de vontade é cerceada por diversos fatores da convivência no lar, inclusive a violência a provocar o receio, o temor, o medo de represálias. Esvazia-se a proteção, com flagrante contrariedade ao que previsto na Constituição Federal, especialmente no § 8º do respectivo art. 226, no que admitido que, verificada a agressão com lesão corporal leve, possa a mulher, depois de acionada a autoridade policial, atitude que quase sempre provoca retaliação do agente autor do crime, vir a recuar e a retratar-se em audiência especificamente designada com tal finalidade, fazendo-o — e ao menos se previu de forma limitada a oportunidade — antes do

recebimento da denúncia, condicionando-se, segundo o preceito do art. 16 da lei em comento, o ato à audição do Ministério Público. Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão. (...) Descabe interpretar a Lei Maria da Penha de forma dissociada do Diploma Maior e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sendo estes últimos normas de caráter supralegal também aptas a nortear a interpretação da legislação ordinária. Não se pode olvidar, na atualidade, uma consciência constitucional sobre a diferença e sobre a especificação dos sujeitos de direito, o que traz legitimação às discriminações positivas voltadas a atender as peculiaridades de grupos menos favorecidos e a compensar desigualdades de fato, decorrentes da cristalização cultural do preconceito.

[ADI 4.424, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 9-2-2012, P, DJE de 1º-8-2014.]

O papel do Estado brasileiro na proteção da mulher em caso de violência doméstica

Para frear a violência doméstica, não se revela desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação. A mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. (...) Na seara internacional, a Lei Maria da Penha está em harmonia com a obrigação, assumida pelo Estado brasileiro, de incorporar, na legislação interna, as normas penais, civis e administrativas necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, tal como previsto no art. 7º, item c, da Convenção de Belém do Pará e em outros tratados internacionais ratificados pelo País. Sob a óptica constitucional, a norma também é corolário da incidência do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais, na medida em que ao Estado compete a adoção dos meios imprescindíveis à efetiva concretização de preceitos contidos na Carta da República. A abstenção do Estado na promoção da igualdade de gêneros e a omissão no cumprimento, em maior ou menor extensão, de finalidade imposta pelo Diploma Maior implicam situação da maior gravidade político-jurídica, pois deixou claro o constituinte originário que, mediante inércia, pode o Estado brasileiro também contrariar o Diploma Maior. (...) A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, vale ressaltar, reclama providências na salvaguarda dos bens protegidos pela Lei Maior, quer materiais, quer jurídicos, sendo importante lembrar a proteção especial que merecem a família e todos os seus integrantes.

[ADC 19, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 9-2-2012, P, DJE de 29-4-2014.]

A proteção da mulher na Constituição Federal e o respeito ao princípio da isonomia entre homens e mulheres

Pode-se afirmar, ainda, que a Constituição de 1988 é um marco histórico no processo de proteção dos direitos e garantias individuais e, por extensão, dos direitos das mulheres, como podemos constatar nos dispositivos constitucionais que garantem, entre outras coisas, a proteção à maternidade (art. 6º e art. 201, II); a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias (art. 7º, XVIII); a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (art. 7º, XX); a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo (art. 7º, XXX); o reconhecimento da união estável (art. 226, § 3º) e como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º); a determinação de que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, § 5º); a constitucionalização do divórcio (art. 226, § 6º); o planejamento familiar (art. 226, § 7º) e a necessidade de coibir a violência doméstica (art. 226, § 8º). (...) Feitas essas considerações (...), entendo que o inciso I do art. 100 do Código de Processo Civil não ofende o princípio da isonomia entre homens e mulheres. Em primeiro lugar, é porque não se trata de um privilégio estabelecido em favor das mulheres, mas de uma norma que visa a dar um tratamento menos gravoso à parte que, em regra, se encontrava e, ainda se encontra, em situação menos favorável econômica e financeiramente. A propositura da ação de separação judicial no foro do domicílio da mulher é medida que melhor atende ao princípio da isonomia, na famosa definição de Rui Barbosa de que este consiste em “tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualam”. [RE 227.114, voto do rel. min. Joaquim Barbosa, j. 14-12-2011, 2ª T, DJE de 22-11-2012.]

DIREITOS DO IDOSO

- CF/1988, arts. 203, V; e 230.

Direito ao transporte público gratuito para o idoso

Ao aprovar a Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), o legislador ordinário nada mais fez que dotar de efetividade um dos direitos sociais do idoso (art. 230 e seu § 2º da Constituição da República). (...) Em essência, tem-se que o direito ao transporte gratuito dos que têm mais de 65 anos não é um fim em si mesmo. A facilidade de deslocamento físico do idoso pelo uso de transporte coletivo haverá de ser assegurado, como afirmado constitucionalmente, como garantia da qualidade digna de vida para aquele que não pode pagar ou já colaborou com a sociedade em períodos pretéritos, de modo a que lhe assiste, nesta fase da vida, direito a ser assumido pela sociedade quanto aos ônus decorrentes daquele uso. (...) Insiste a autora que esse direito do idoso não seria de primeira, mas de segunda ou até mesmo de terceira dimensão. Essa discussão não tem cabimento aqui para o desate da questão posta a exame. Primeiro, porque independentemente da classificação, como consignado na Constituição, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a participação do idoso na comunidade. Segundo, porque essa participação demanda, salvo em casos específicos, a possibilidade de os idosos se locomoverem. Terceiro, porque a dignidade e o bem-estar dos idosos estão fortemente relacionados com a sua integração na comunidade para que se possa dar a sua participação na vida da sociedade. Não é aboletado e aquietado em razão de sua carência para pagar transportes por meio dos quais possam se locomover que se estará garantindo ao idoso o direito que a Constituição lhe assegura. O transporte gratuito, especialmente para os idosos que sobrevivem de aposentadorias insuficientes para o suprimento de suas necessidades básicas, apresenta-se como verdadeiro suporte para que possam exercer, com menores dificuldades, seu direito de ir e vir. Diferentemente do alegado pela autora, o direito dos idosos ao transporte gratuito, previsto na norma do § 2º do art. 230

da Constituição da República, é de eficácia plena e tem aplicabilidade imediata. Assim, desde a promulgação da Constituição da República, esse direito compõe o sistema normativo na condição de direito exigível pelos idosos, sem a necessidade de criação de qualquer outra norma que trate da matéria. (...) A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar, não se compadece com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível. Aquele princípio haverá de se compatibilizar com a garantia do mínimo existencial, sobre o qual disse, em outra ocasião, ser “o conjunto das condições primárias sociopolíticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais (...) que garantem que o princípio da dignidade humana dota-se de conteúdo determinável (conquanto não determinado abstratamente na norma constitucional que o expressa), de vinculabilidade em relação aos poderes públicos, que não podem atuar no sentido de lhe negar a existência ou de não lhe assegurar a efetivação, de densidade que lhe concede conteúdo específico sem o qual não se pode afastar o Estado”.

[ADI 3.768, voto da rel. min. Cármen Lúcia, j. 19-9-2007, P, DJE de 26-10-2007.]

DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

- CF/1988, arts. 7º, XXXI; 23, I; 24, XIV; 37, VIII; 203, IV, V; 208, III; 227, § 1º, II e § 2º; 244;
- Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Ensino inclusivo de pessoas com deficiência em escolas privadas

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos arts. 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 40, § 4º, I; 201, § 1º; 203, IV e V; 208, III; 227, § 1º, II, e § 2º; e 244. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV, CRFB). A Lei

13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV.

[ADI 5.357 MC-REF, rel. min. Edson Fachin, j. 9-6-2016, P, DJE de 11-11-2016.]

Pessoa com deficiência e reserva de vaga em concurso público

Há a considerar (...), por relevante, a Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assinada em Nova York (2007) e incorporada, formalmente, ao plano do direito positivo interno brasileiro pelo Decreto 6.949/2009. Torna-se digno de nota registrar que essa Convenção Internacional, por veicular normas de direitos humanos, foi aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 186/2008, cuja promulgação observou o procedimento ritual a que alude o art. 5º, § 3º, da Constituição da República, a significar, portanto, que esse importantíssimo ato de direito internacional público reveste-se, na esfera doméstica, de hierarquia e de eficácia constitucionais. A Convenção Internacional em referência, ao estabelecer normas destinadas a assegurar à pessoa portadora de deficiência (ou portadora de necessidades especiais) o direito de acesso ao trabalho e ao emprego (art. 27), estabelece regras cuja eficácia desautoriza a pretensão recursal da União Federal, ora agravante, eis que a *mens* que informa a cláusula normativa fundada no inciso VIII do art. 37 da Constituição da República visa a instituir mecanismos compensatórios que traduzam ações afirmativas a serem implementadas pelo Poder Público e que buscam, na realidade, “promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência”, corrigindo “as profundas desvantagens sociais” que afetam tais pessoas, em ordem a tornar efetiva “sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos” (Preâmbulo, y). Veja-se, portanto, que o tratamento diferenciado a ser conferido à pessoa portadora de deficiência, longe de vulnerar o princípio da isonomia, tem por precípua finalidade recompor o próprio sentido de igualdade que anima as instituições republicanas, motivo pelo qual o intérprete há de observar, no processo de indagação do texto normativo que beneficia as pessoas portadoras de deficiência (ou de necessidades especiais), os vetores que, erigidos à condição de “princípios gerais”, informam o itinerário que referida Convenção Internacional estabelece em cláusulas impregnadas de autoridade, hierarquia e eficácia constitucionais (CF, art. 5º, § 3º), como precedentemente já assinalado. [RMS 32.732 AgR, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 3-6-2014, 2ª T, DJE de 1º-8-2014.]

Pessoa com deficiência e acessibilidade a logradouros públicos

Assentada a natureza constitucional da política pública de acessibilidade, necessariamente a ser implementada pelos demais Poderes Públicos, decorre do conjunto normativo a existência do direito subjetivo público de adequação dos edifícios e áreas públicas visando possibilitar a livre locomoção de portadores de necessidades especiais. É ele qualificado, quando se trata de escola pública, cujo acesso surge primordial ao pleno desenvolvimento da pessoa, consoante proclama o art. 205 da Carta Federal. O art. 206, I, dela constante assegura a igualdade de condições para a permanência na escola. Barreiras arquitetônicas que impeçam a locomoção de pessoas acarretam inobservância à regra constitucional, colocando cidadãos em desvantagem no tocante à coletividade. A imposição quanto à acessibilidade aos prédios públicos é reforçada pelo direito à cidadania, ao qual têm jus os portadores de necessidades especiais. A noção de república pressupõe que a gestão pública seja efetuada por delegação e no interesse da sociedade e, nesta, aqueles estão integrados. Obstaculizar-lhes a entrada em hospitais, escolas, bibliotecas, museus, estádios, em suma, edifícios de uso público e áreas destinadas ao uso comum do povo, implica tratá-los como cidadãos de segunda classe, ferindo de morte o direito à igualdade e à cidadania.

[RE 440.028, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 29-10-2013, 1ª T, DJE de 26-11-2013.]

Pessoa com deficiência e acessibilidade a logradouros públicos e a veículos de transporte coletivo

A ordem constitucional brasileira, inaugurada em 1988, trouxe desde seus escritos originais a preocupação com a proteção das pessoas portadoras de necessidades especiais, construindo políticas e diretrizes de inserção nas diversas áreas sociais e econômicas da comunidade (trabalho privado, serviço público, previdência e assistência social). Estabeleceu, assim, nos arts. 227, § 2º, e 244, a necessidade de se conferir amplo acesso e plena capacidade de locomoção às pessoas com deficiência, no que concerne tanto aos logradouros públicos, quanto aos veículos de transporte coletivo, determinando ao legislador ordinário a edição de diplomas que estabeleçam as formas de construção e modificação desses espaços e desses meios de transporte. Na mesma linha afirmativa, há poucos anos, incorporou-se ao ordenamento constitucional a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, primeiro tratado internacional aprovado pelo rito legislativo previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, o qual foi internalizado por meio do Decreto presidencial 6.949/2009. O art. 9º da convenção veio justamente reforçar o arcabouço de proteção do direito de acessibilidade das pessoas com deficiência.

[ADI 903, rel. min. Dias Toffoli, j. 22-5-2013, P, DJE de 7-2-2014.]

DIREITOS DO ÍNDIO

- CF/1988, arts. 231 e 232.

Distinção entre o dever de proteção do índio e o seu isolamento incondicional

O objetivo da Constituição é resguardar aos índios um espaço exclusivo onde possam manter e viver as suas tradições — o que, na grande maioria dos casos, não exige a interdição absoluta de qualquer contato com pessoas de fora da terra indígena. Por isso mesmo, a presença de não índios nas áreas demarcadas não é proibida sempre e em todos os casos. Em princípio, a mesma lógica se aplica à entrada ou à permanência de missionários e à construção de templos de denominações não indígenas. Há, todavia, um elemento importante a ser considerado, que justifica um cuidado adicional: não se legitima a presença de indivíduos que tenham como propósito interferir com a religião dos índios, aspecto destacado de sua cultura. No passado, a presença desses missionários pode ter sido até encorajada, a fim de promover a assimilação dos índios à cultura majoritária no Brasil. Esse fim certamente não foi acolhido pela Constituição de 1988. No entanto, nem por isso se deve supor — incidindo no equívoco oposto — que a Constituição tenha o papel de proteger os índios contra suas próprias escolhas, transformando o direito de preservarem sua cultura em um dever de isolamento incondicional. Nessa matéria, o maior erro é imaginar que caberia a alguém, senão aos próprios índios, decidir sobre o seu presente e o seu futuro — o que ocorre tanto pela imposição de valores externos quanto pela proibição de contato com outros modos de vida. Por certo, a ideia não é assimilar ou aculturar os índios, mas tampouco se pode impedir que eles mesmos decidam entrar em contato com outros grupos humanos e ideias.

[Pet 3.388 ED, voto do rel. min. Roberto Barroso, j. 23-10-2013, P, DJE de 4-2-2014.]

Direito das minorias (índio)

A questão trazida no presente mandado de segurança envolve um aspecto extremamente sensível da teoria constitucional contemporânea. No constitucionalismo democrático, as constituições desempenham dois grandes papéis: (i) o de preservar os direitos fundamentais, inclusive e sobretudo das minorias; e (ii) o de assegurar o governo da maioria, cujos representantes foram livremente eleitos. Não é incomum, no mundo plural e complexo em que vivemos, que surjam tensões entre esses dois polos, vale dizer, entre os direitos fundamentais de uma minoria e a vontade da maioria. É disso, precisamente, que trata a presente demanda, na qual se contrapõem interesses dos povos indígenas e a vontade (ao menos potencial) do Congresso Nacional. A Proposta de Emenda à Constituição 215/2000 altera as regras pertinentes às terras indígenas, atribuindo ao Poder Legislativo competência para aprovar a demarcação dessas áreas e definir, em lei, os critérios e procedimentos a serem observados. O que se alega é que a proposição não poderia ser objeto de deliberação por ofender os direitos dos índios e o princípio da razoabilidade-proporcionalidade. (...) O art. 60, § 4º, IV, da Constituição proíbe a deliberação de propostas de emenda que tendam a abolir os direitos individuais. A despeito do que sua literalidade poderia sugerir, a expressão destacada vem sendo objeto de uma leitura mais generosa pela doutrina, que considera protegidos os direitos materialmente fundamentais em geral — aí incluídos não só os tradicionalmente classificados como individuais (*e.g.*, liberdade de expressão), mas também os políticos (*e.g.*, direito de voto), os sociais (*e.g.*, direito à saúde) e os coletivos (*e.g.*, direito ao meio ambiente equilibrado). Isso porque, como meios de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana (CF/1988, art. 1º, III), os direitos materialmente fundamentais definem um patamar mínimo de justiça, cujo esvaziamento privaria a pessoa das condições básicas para o desenvolvimento de sua personalidade. Por extensão, a própria ordem constitucional perderia a sua identidade. No caso dos autos, o que estaria em risco, segundo os autores, é o direito originário dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam (CF/1988, art. 231). Como recentemente observado por este Tribunal, não se trata aqui de um direito de propriedade ou de posse — no sentido que os termos assumem no direito privado —, mas de uma figura peculiar, de índole e estatura constitucional, voltada a garantir aos índios os meios materiais de que precisam para proteção e reprodução de sua cultura. Não é outra a orientação acolhida pelos tratados internacionais pertinentes, pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Como a cultura integra a personalidade humana e suas múltiplas manifestações compõem o patrimônio nacional dos brasileiros (CF/1988, arts. 215 e 216), parece plenamente justificada a inclusão do direito dos índios à terra entre os direitos fundamentais tutelados pelo art. 60, § 4º, IV, da Constituição. A circunstância de um grupo ser

minoritário não enfraquece, mas antes reforça a pretensão de fundamentalidade dos seus direitos. Como já observado por este Tribunal, “a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito”. Ademais, o modelo constitucional contemporâneo reconhece o pluralismo como uma marca das sociedades livres e democráticas, de modo que a proteção do que nos faz diferentes pode ser, e frequentemente é, tão importante quanto a tutela do que temos em comum. Nas palavras de Boaventura de Souza Santos, “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”. (...) Essas considerações suscitam relevantes dúvidas quanto à validade, em tese, da PEC 215/2000, tendo em vista não só os direitos dos índios, mas também outro direito fundamental — a proteção aos direitos adquiridos (CF/1988, art. 5º, XXXVI) — e, possivelmente, até a separação dos Poderes, igualmente acolhida como cláusula pétrea (CF/1988, arts. 2º e 60, § 4º, III). Por todas essas razões, é plausível a alegação dos impetrantes de que a proposta impugnada não poderia ser objeto de deliberação.

[MS 32.262 MC, rel. min. Roberto Barroso, dec. monocrática, j. 20-8-2013, *DJE* de 24-9-2013.]

O índio e a garantia de permanência nas terras por ele já tradicionalmente ocupadas

Emerge, claramente, do texto constitucional, que a questão da terra representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais assegurados ao índio, pois este, sem a garantia de permanência nas terras por ele já tradicionalmente ocupadas, expõe-se ao risco gravíssimo da desintegração cultural, da perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria consciência e percepção como integrante de um povo e de uma nação que reverencia os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebra, neles, os mistérios insondáveis do universo em que vive. É por essa razão — salienta José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*, 30. ed. Malheiros, 2008, p. 856, item n. 3) — que o tema concernente aos direitos sobre as terras indígenas transformou-se “no ponto central dos direitos constitucionais dos índios”, eis que, para eles, a terra “tem um valor de sobrevivência física e cultural”. É que — prossegue esse eminente constitucionalista — não se ampararão os direitos dos índios, “se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas, pois a disputa dessas terras e de sua riqueza (...) constitui o núcleo da questão indígena hoje no Brasil” (...).

[Pet 3.388, rel. min. Ayres Britto, voto do min. Celso de Mello, j. 19-3-2009, P, *DJE* de 1º-7-2010.]

Inadmissibilidade de intimação de indígena para prestar depoimento em comissão parlamentar de inquérito

Comissão parlamentar de inquérito: intimação de indígena para prestar depoimento na condição de testemunha, fora do seu *habitat*: violação às normas constitucionais que conferem proteção específica aos povos indígenas (CF, arts. 215, 216 e 231). (...) A tutela constitucional do grupo indígena, que visa a proteger, além da posse e usufruto das terras originariamente dos índios, a respectiva identidade cultural, se estende ao indivíduo que o compõe, quanto à remoção de suas terras, que é sempre ato de opção, de vontade própria, não podendo se apresentar como imposição, salvo hipóteses excepcionais. Ademais, o depoimento do índio, que não incorporou ou compreende as práticas e modos de existência comuns ao “homem branco” pode ocasionar o cometimento pelo silvícola de ato ilícito, passível de comprometimento do seu *status libertatis*. Donde a necessidade de adoção de cautelas tendentes a assegurar que não haja agressão aos seus usos, costumes e tradições. [HC 80.240, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 20-6-2001, 2ª T, DJ de 14-10-2005.]

DIREITO AO MEIO AMBIENTE

- CF/1988, art. 225.

Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em benefício das presentes e das futuras gerações

Todos sabemos que os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política traduzem, na concreção de seu alcance, a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa, que se qualifica por seu caráter de metaindividualidade, consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se (...) de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano. Tal circunstância, por isso mesmo, justifica a especial obrigação — que incumbe ao Estado e à própria coletividade (...) — de defender e de preservar essa magna prerrogativa em benefício das presentes e das futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social.

[RE 586.224, rel. min. Luiz Fux, voto do min. Celso de Mello, j. 5-3-2015, P, DJE de 8-5-2015.]

Preservação do meio ambiente para a geração atual e para as gerações futuras

Constitucionalidade de atos normativos proibitivos da importação de pneus usados. Reciclagem de pneus usados: ausência de eliminação total de seus efeitos nocivos à saúde e ao meio ambiente equilibrado. Afronta aos princípios constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado. (...) Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e res-

ponsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica.
[ADPF 101, rel. min. Cármen Lúcia, j. 24-6-2009, P, DJE de 4-6-2012.]

O caso do amianto crisotila

Trata-se da Convenção 162 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada por meio do Decreto 126, de 22 de maio de 1991. Esse tratado internacional é um compromisso, assumido pelo Brasil, de desenvolver e implementar medidas para proteger o trabalhador exposto ao amianto. A Convenção é uma norma protetora de direitos fundamentais, em especial o direito à saúde e o direito ao meio ambiente equilibrado. Também vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana e da ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, justiça social e defesa do meio ambiente. O conteúdo dessa Convenção é um critério definitivo para se avaliar o exercício da competência legislativa dos Estados. No caminho que vem sendo aberto pela Corte, a Convenção possui, no mínimo, o *status* de norma supralegal e infraconstitucional. Além de proteger o direito humano à saúde, a Convenção foi muito feliz ao exigir que os Estados-partes condicionassem possíveis exceções nacionais à proibição do amianto ao progressivo desenvolvimento de materiais que pudessem substituir o crisotila. (...) Esse dever, assumido na esfera internacional, está apoiado em outro dever, um dever constitucional, previsto no art. 196 da Constituição Federal. Quem descumpre o primeiro desobedece também o segundo. Ora, se o Brasil, no plano internacional, assumiu o compromisso de substituir progressivamente a utilização do amianto crisotila, esse compromisso deve ser executado também no plano interno, por todos e cada um dos membros da Federação. (...) Não faria sentido que a União assumisse compromissos internacionais que não tivessem eficácia para os Estados e Municípios. Ao atuar no plano internacional como “República Federativa do Brasil”, estaria comprometida com os tratados de direitos humanos. No plano interno, face aos Estados e Municípios, estaria livre desses compromissos. Não é possível admitir essa conclusão.

[ADI 3.937 MC, rel. min. Marco Aurélio, voto do min. Joaquim Barbosa, j. 4-6-2008, P, DJE de 10-10-2008.]

Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

A preocupação com a preservação do meio ambiente — que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras

(...) — tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a humanidade. (...) A questão do meio ambiente, hoje, especialmente em função da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente (1972) e das conclusões da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio/92), passou a compor um dos tópicos mais expressivos da nova agenda internacional (...), particularmente no ponto em que se reconheceu, ao gênero humano, o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que lhe permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e de bem-estar. (...) Na realidade, (...) o direito à integridade do meio ambiente constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, atribuído à própria coletividade social. O reconhecimento desse direito de titularidade coletiva, tal como se qualifica o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, constitui, portanto, uma realidade a que não mais se mostram alheios ou insensíveis, como precedentemente enfatizado, os ordenamentos positivos consagrados pelos sistemas jurídicos nacionais e as formulações normativas proclamadas no plano internacional (...).

[ADI 3.540 MC, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, P, DJ de 3-2-2006.]
= ADI 1.856, rel. min. Celso de Mello, j. 26-5-2011, P, DJE de 14-10-2011

Proibição de práticas que provoquem a extinção de espécies ou que submetam os animais a crueldade

O acórdão recorrido do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina viu, na denominada “farra do boi”, manifestação cultural antiga, restrita, é exato, a faixa determinada do território catarinense, mais precisamente, àquela em que se faz notada a influência da imigração açoriana. (...) A cultura pressupõe desenvolvimento que contribua para a realização da dignidade da pessoa humana e da cidadania e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. (...) Há, sem dúvida, nesses dispositivos do art. 225, nítida integração com os princípios e valores dos arts. 1º e 3º da Constituição, enquanto definem princípios fundamentais da República. Ora, penso que a Constituição, nesse dispositivo, não só põe sob o amparo do Estado tais bens, mas dele também exige que efetivamente proíba e impeça ocorram condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, como está no § 3º do art. 225 (...). Nessa norma, não é possível, por igual, deixar de ver o que se contém na parte final do inciso VII do art. 225 da Constituição, quando veda a prática de atos que

submetam animais a crueldade. Isso está no dever do Estado coibir. Entendo, dessa maneira, que os princípios e valores da Constituição em vigor, que informam essas normas maiores, apontam no sentido de fazer com que se reconheça a necessidade de se impedirem as práticas, não só de danificação ao meio ambiente, de prejuízo à fauna e à flora, mas, também, que provoquem a extinção de espécies ou outras que submetam os animais a crueldade.

[RE 153.531, rel. p/ o ac. min. Marco Aurélio, voto do min. Néri da Silveira, j. 3-6-1997, 2ª T, DJ de 13-3-1998.]

Meio ambiente, como direito de terceira geração, e o princípio da solidariedade

O direito à integridade do meio ambiente — típico direito de terceira geração — constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

[MS 22.164, rel. min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, P, DJ de 17-11-1995.]

= ADPF 101, rel. min. Cármen Lúcia, j. 24-6-2009, P, DJE de 4-6-2012

= ADI 3.540 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, P, DJ de 3-2-2006

POLÍTICAS PÚBLICAS

O papel do Supremo Tribunal Federal na implementação das políticas públicas

Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações. Como destaca a doutrina colombiana, o Tribunal não chega a ser um “elaborador” de políticas públicas, e sim um “coordenador institucional”, produzindo um “efeito desbloqueador” (GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010. p. 39). Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional cogitada pelo ministro Gilmar Mendes, formuladas que são no marco de um constitucionalismo cooperativo. [ADPF 347 MC, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 9-9-2015, P, DJE de 19-2-2016.]

ProUni como política pública na educação

A educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de pri-

meiríssima prioridade. (...) O ProUni é um programa de ações afirmativas, que se operacionaliza mediante concessão de bolsas a alunos de baixa renda e diminuto grau de patrimonilização. Mas um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária, incompatível, portanto, com qualquer ideia de vinculação forçada. Inexistência de violação aos princípios constitucionais da autonomia universitária (art. 207) e da livre iniciativa (art. 170).

[ADI 3.330, rel. min. Ayres Britto, j. 3-5-2012, P, *DJE* de 22-3-2013.]

Intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas diante da inércia estatal

O Poder Público — quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional — transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, rel. min. Celso de Mello, *v.g.* A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (*RTJ* 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas.

[ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, *DJE* de 15-9-2011.]

Legitimidade da imposição da astreinte ao Poder Público

Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil. A astreinte — que se reveste de função coercitiva — tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial.

[ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, *DJE* de 15-9-2011.]

DEFENSORIA PÚBLICA

- CF/1988, art. 134.

A não violação do art. 61, § 1º, II, c, da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 74/2013, que conferiu autonomia às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal

O conteúdo da Emenda Constitucional 74/2013 não se mostra assimilável às matérias do art. 61, § 1º, II, c, da Constituição da República, considerado o seu objeto: a posição institucional da Defensoria Pública da União, e não o regime jurídico dos respectivos integrantes. O art. 60, § 4º, da Carta Política não veda ao poder constituinte derivado o aprimoramento do desenho institucional de entes com sede na Constituição. A concessão de autonomia às Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal encontra respaldo nas melhores práticas recomendadas pela comunidade jurídica internacional e não se mostra incompatível, em si, com a ordem constitucional. Ampara-se em sua própria teleologia, enquanto tendente ao aperfeiçoamento do sistema democrático e à concretização dos direitos fundamentais do amplo acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e da prestação de assistência jurídica aos hipossuficientes (art. 5º, LXXIV). Ao reconhecimento da legitimidade, à luz da separação dos Poderes (art. 60, § 4º, III, da Lei Maior), de emenda constitucional assegurando autonomia funcional e administrativa à Defensoria Pública da União não se desconsidera a natureza das suas atribuições, que não guardam vinculação direta à essência da atividade executiva. *Fumus boni juris* não evidenciado. Alegado risco de lesão aos cofres públicos sem relação direta com a vigência da norma impugnada, e sim com atos normativos supervenientes, supostamente nela calçados, é insuficiente para demonstrar a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, requisito da concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Eventual exegese equivocada ou

abusiva não conduz à inconstitucionalidade da emenda constitucional, somente inquinando de vício o ato do mau intérprete. *Periculum in mora* não demonstrado. [ADI 5.296 MC, rel. min. Rosa Weber, j. 18-5-2016, P, DJE de 11-11-2016.]

Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública em defesa de interesses difusos

Há de se ultrapassar qualquer discussão que leve a um debate de monopólios institucionais para a propositura de ações civis públicas, mesmo porque a Constituição Federal não definiu a legitimidade processual para a defesa de interesses difusos, com exceção da referência expressamente apontada para o Ministério Público no art. 129, III, da Constituição brasileira. Nos demais casos, a legitimidade de cada ator se encontra definida na Lei da Ação Civil Pública, que estabeleceu os legitimados (Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista e associações), devendo sua leitura ser realizada conforme a Lei das Leis. Podemos inferir, portanto, que a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública existirá quando a defesa do direito difuso beneficiar, em sua essência, os economicamente necessitados. (...) Note-se, todavia, que incumbe à instituição justificar, nos autos da ação transindividual, a pertinência temática, confirmando assim sua legitimidade. A pertinência ficará bem evidente, por exemplo, nas seguintes hipóteses: i) na tutela dos direitos difusos de consumidores que, embora possam ser indeterminados, vêm sendo atendidos, individualmente, e de forma sistemática, pela Defensoria Pública, diante de uma situação específica de violação de seus direitos consumeristas; ii) na tutela de direitos assistenciais difusos de crianças e adolescentes; e iii) nos casos em que um dano ambiental alcance, em especial, áreas onde se encontram instaladas moradias populares ou favelas. [RE 733.433, voto do rel. min. Dias Toffoli, j. 4-11-2015, P, DJE de 7-4-2016, RG.]

Defensoria Pública como instrumento de concretização dos direitos

A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas — carentes e desassistidas —, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado. De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam — além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares — também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado

pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (...), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. Direito a ter direitos: uma prerrogativa básica, que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades. Direito essencial que assiste a qualquer pessoa, especialmente àquelas que nada têm e de que tudo necessitam. Prerrogativa fundamental que põe em evidência — cuidando-se de pessoas necessitadas (...) — a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública.

[ADI 2.903, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-12-2005, P, DJE de 19-9-2008.]

MINISTÉRIO PÚBLICO

- CF/1988, arts. 127 e 129.

Tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público

Os direitos difusos e coletivos são transindividuais, indivisíveis e sem titular determinado, sendo, por isso mesmo, tutelados em juízo invariavelmente em regime de substituição processual, por iniciativa dos órgãos e entidades indicados pelo sistema normativo, entre os quais o Ministério Público, que tem, nessa legitimação ativa, uma de suas relevantes funções institucionais (CF, art. 129, III). Já os direitos individuais homogêneos pertencem à categoria dos direitos subjetivos, são divisíveis, têm titular determinado ou determinável e em geral são de natureza disponível. Sua tutela jurisdicional pode se dar (a) por iniciativa do próprio titular, em regime processual comum, ou (b) pelo procedimento especial da ação civil coletiva, em regime de substituição processual, por iniciativa de qualquer dos órgãos ou entidades para tanto legitimados pelo sistema normativo. (...) O art. 127 da Constituição Federal atribui ao Ministério Público, entre outras, a incumbência de defender “interesses sociais”. Não se pode estabelecer sinonímia entre interesses sociais e interesses de entidades públicas, já que em relação a estes há vedação expressa de patrocínio pelos agentes ministeriais (CF, art. 129, IX). Também não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse coletivo de particulares, ainda que decorrentes de lesão coletiva de direitos homogêneos. Direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos, estão, em princípio, excluídos do âmbito da tutela pelo Ministério Público (CF, art. 127). No entanto, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade. (...) Considerada a natureza e a finalidade do seguro obrigatório Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (DPVAT) (Lei 6.194/1974,

alterada pela Lei 8.441/1992, Lei 11.482/2007 e Lei 11.945/2009) —, há interesse social qualificado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos dos seus titulares, alegadamente lesados de forma semelhante pela seguradora no pagamento das correspondentes indenizações. A hipótese guarda semelhança com outros direitos individuais homogêneos em relação aos quais — e não obstante sua natureza de direitos divisíveis, disponíveis e com titular determinado ou determinável —, o Supremo Tribunal Federal considerou que sua tutela se revestia de interesse social qualificado, autorizando, por isso mesmo, a iniciativa do Ministério Público de, com base no art. 127 da Constituição, defendê-los em juízo mediante ação coletiva (...). [RE 631.111, rel. min. Teori Zavascki, j. 7-8-2014, P, DJE de 30-10-2014, RG.]

O Ministério Público e a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis

A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). (...) Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal.

[RE 163.231, rel. min. Maurício Corrêa, j. 26-2-1997, P, DJ de 29-6-2001.]

= AI 606.235 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 5-6-2012, 2ª T, DJE de 22-6-2012

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

- CF/1988, arts. 4º, II; e 5º, § 4º.

Entrega de chefe de Estado estrangeiro

O Tribunal Penal Internacional constitui organismo judiciário de caráter permanente, investido de jurisdição penal que lhe confere poder para processar e julgar aqueles que hajam praticado (ou tentado praticar) delitos impregnados de extrema gravidade, com repercussão e transcendência internacionais, como o são os crimes de genocídio, de guerra, de agressão e contra a humanidade. (...) Impende acentuar, ainda, tendo-se presente a perspectiva da autoria dos crimes submetidos à competência jurisdicional do Tribunal Penal Internacional, que o Estatuto de Roma submete, à jurisdição dessa alta corte judiciária, qualquer pessoa que haja incidido na prática de crimes de genocídio, de guerra, contra a humanidade ou de agressão, independentemente de sua qualidade oficial (art. 27). Na realidade, o Estatuto de Roma, ao assim dispor, proclama a absoluta irrelevância da qualidade oficial do autor dos crimes submetidos, por referida convenção multilateral, à esfera de jurisdição e competência do Tribunal Penal Internacional. Isso significa, portanto, em face do que estabelece o Estatuto de Roma em seu art. 27, que a condição política de chefe de Estado, como sucede no caso em exame, não se qualifica como causa excludente da responsabilidade penal do agente nem fator que legitime a redução da pena cominada aos crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão. É de observar, neste ponto, que a cláusula de “irrelevância da qualidade oficial” do autor de referidos delitos, inscrita no art. 27 do Estatuto de Roma, põe em destaque questão das mais expressivas, considerado o aspecto pertinente à denominada imunidade soberana dos dignitários dos Estados nacionais (como os chefes de Estado e de Governo, os ministros de Estado e os membros do Congresso Nacional). (...) Não é por outro motivo que o art. 27 do Estatuto de Roma tem ensejado controvérsia, notadamente porque há aqueles que, invocando o modelo de

Westphalia, implementado a partir de 1648, sustentam a tese do caráter absoluto da soberania estatal (o que inviabilizaria o exercício, pelo Tribunal Penal Internacional, de sua jurisdição), em oposição aos que não só conferem dimensão relativa à noção de soberania do Estado, mas sobretudo justificam referida cláusula convencional (art. 27) a partir da ideia, hoje positivada no art. 4º, II, de nossa Constituição, da “prevalência dos direitos humanos”.

[Pet 4.625, despacho proferido pelo min. **Celso de Mello**, no exercício da Presidência, em 17-7-2009, *DJE* de 4-8-2009 e *Informativo* 554.]

Delimitação conceitual do bem jurídico protegido pelo crime de genocídio

Crime. Genocídio. Definição legal. Bem jurídico protegido. Tutela penal da existência do grupo racial, étnico, nacional ou religioso, a que pertence a pessoa ou pessoas imediatamente lesionadas. Delito de caráter coletivo ou transindividual. Crime contra a diversidade humana como tal. Consumação mediante ações que, lesivas à vida, integridade física, liberdade de locomoção e a outros bens jurídicos individuais, constituem modalidades executórias. Inteligência do art. 1º da Lei 2.889/1956 e do art. 2º da Convenção contra o Genocídio, ratificada pelo Decreto 30.822/1952. O tipo penal do delito de genocídio protege, em todas as suas modalidades, bem jurídico coletivo ou transindividual, figurado na existência do grupo racial, étnico ou religioso, a qual é posta em risco por ações que podem também ser ofensivas a bens jurídicos individuais, como o direito à vida, à integridade física ou mental, à liberdade de locomoção etc.

[RE 351.487, rel. min. **Cezar Peluso**, j. 3-8-2006, P, *DJ* de 10-11-2006.]

A competência do Tribunal Penal Internacional

O Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, estabeleceu a competência dessa Corte para o julgamento — até agora — de quatro categorias de crimes: a) o crime de genocídio; b) os crimes contra a humanidade; c) os crimes de guerra; e d) o crime de agressão (art. 5º, I).

[RE 351.487, voto do rel. min. **Cezar Peluso**, j. 3-8-2006, P, *DJ* de 10-11-2006.]

PROCESSO DE EXTRADIÇÃO

- CF/1988, arts. 5º, LII; e 102, I, g;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 22;
- Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/1966, art. 14, 7.

Não se conhece de *habeas corpus* contra omissão de relator de extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem foi ele provocado a respeito.

[Súmula 692.]

Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro.

[Súmula 421.]

Prescritibilidade dos crimes contra a humanidade

O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, indeferiu pedido de extradição formulado pelo Governo da Argentina em desfavor de um nacional, ao qual imputada a suposta prática de delitos de lesa-humanidade. (...) O Colegiado considerou estar extinta a punibilidade dos crimes imputados ao extraditando, nos termos da legislação brasileira, e de não ter sido atendido, portanto, o requisito da dupla punibilidade. (...) A Corte se referiu a fundamentos expostos na ADPF 153/DF, no sentido da não aplicação, no Brasil, da imprescritibilidade dos crimes dessa natureza, haja vista o País não ter subscrito a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem ter a ela aderido, e, ainda, em razão de somente lei interna poder dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir. Ponderou que, mesmo se houvesse norma de direito internacional de caráter cogente a estabelecer a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, ela não seria aplicável no Brasil, por não ter sido

ainda reproduzida no direito interno. Portanto, o Estatuto de Roma, considerado norma de estatura supralegal ou constitucional, não elidiria a força normativa do art. 5º, XV, da Constituição da República, que veda a retroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu. Em seguida, o Plenário afastou a ofensa ao art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Não ocorre, no caso, invocação de limitações de direito interno para justificar o inadimplemento do tratado de extradição entre Brasil e Argentina, mas simples incidência de limitação prevista nesse tratado. Concluiu que, estando prescritos os crimes, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, eventual acolhimento do pedido extradicional ofenderia o próprio tratado de extradição, que demanda a observância do requisito da dupla punibilidade. [Ext 1.362, rel. p/ o ac. min. Teori Zavascki, j. 9-11-2016, P, *Informativo* 846.]

Extradição passiva e alegação relevante de violação aos direitos humanos

Pode o Supremo Tribunal Federal rejeitar pedido de extradição passiva quando a submissão do estrangeiro à Jurisdição do Estado requerente implicar violação a direitos humanos internacionalmente reconhecidos, dentre eles, a garantia de ser julgado por juiz isento, imparcial, e sob a égide do devido processo legal, o que configura exceção ao princípio da contenciosidade limitada. É relevante a alegação de violação a direitos humanos a futura submissão do extraditando ao julgamento por magistrada demissível *ad nutum*, que teria sido punida em razão de ter proferido decisão favorável a corréu em situação similar à do extraditando. A isso, soma-se o fato de o Estado requerente estar sendo intensamente questionado pela comunidade internacional por atitudes de menoscabo à democracia, consistentes na perseguição de opositores, cooptação de magistrados para decisão em favor dos interesses do Poder Executivo e punição aos integrantes do Poder Judiciário e membros do Ministério Público com atuação independente, além do que a anterior adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi notoriamente denunciada. (...) A manutenção da prisão preventiva para a extradição decorre da regular aplicação da lei (art. 84, parágrafo único, da Lei 6.815/1980 e art. 208 do RISTF), e não implica, por si só, risco de submissão do extraditando a um julgamento que desborde da cláusula do devido processo legal, o qual só se concretizará quando (e se) for apreciado o mérito do pedido de extradição a fim de deliberar sobre sua entrega ao Estado requerente. Prisão preventiva convertida, excepcionalmente, em prisão domiciliar com monitoramento eletrônico, o que se revela suficiente no caso concreto para assegurar eventual êxito de pedido de extradição.

[PPE 760 AgR, rel. min. Edson Fachin, j. 10-11-2015, 1ª T, *DJE* de 23-6-2016.]

Proibição do *bis in idem*

A questão do *double jeopardy* como insuperável obstáculo à instauração da *persecutio criminis*, no Brasil, contra sentenciado (condenado ou absolvido) no exterior

pelo mesmo fato. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos. Observância do postulado que veda o *bis in idem*. Ninguém pode expor-se, em tema de liberdade individual, a situação de duplo risco. Essa é a razão pela qual a existência de hipótese configuradora de *double jeopardy* atua como insuperável obstáculo à instauração, em nosso país, de procedimento penal contra o agente que tenha sido condenado ou absolvido, no Brasil ou no exterior, pelo mesmo fato delituoso. A cláusula do art. 14, n. 7, inscrita no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, qualquer que seja a natureza jurídica que se lhe atribua (a de instrumento normativo impregnado de caráter supralegal ou a de ato revestido de índole constitucional), inibe, em decorrência de sua própria superioridade hierárquico-normativa, a possibilidade de o Brasil instaurar, contra quem já foi absolvido ou condenado no exterior, com trânsito em julgado, nova persecução penal motivada pelos mesmos fatos subjacentes à sentença penal estrangeira. [Ext 1.223, rel. min. Celso de Mello, j. 22-11-2011, 2ª T, DJE de 28-2-2014.]

Participação do Poder Judiciário e a proteção dos direitos humanos no processo de extradição

A extradição, em simples termos, é a entrega que um Estado faz a outro Estado — a pedido deste — de um indivíduo neste último processado ou condenado criminalmente. É, em suma, uma relação de direito internacional entre Estados soberanos para o fim de cooperação em matéria de repressão ao crime. Como uma relação entre pessoas jurídicas de direito internacional público, a extradição tem como protagonistas os representantes legítimos, os chefes dos Governos de cada Estado, e é materializada com base em tratado internacional ou, em sua ausência, em promessa de reciprocidade. A relação obrigacional para fins de extradição, se existente — seja com base em tratado bilateral, convênio multilateral, pacto de reciprocidade ou mesmo em lei interna do Estado requerido —, ocorre entre Governos, ou seja, entre os Poderes Executivos de cada Estado. Assim é que, historicamente, o processo extradicional surgiu como uma relação eminentemente entre Estados soberanos. No Brasil Império, o processo de extradição obedecia a um sistema tipicamente administrativo — sem qualquer participação de autoridade judicial —, consagrado na Lei 234, de 23 de novembro de 1841, art. 7º, n. 2, e no Regulamento 124, de 5 de fevereiro de 1842, arts. 9º e 20, combinados com o Decreto de 9 de setembro de 1842. O processo observado com relação à extradição passiva era o seguinte: recebido o pedido pelo ministro dos Negócios Estrangeiros, se este — de acordo com o Conselho de Ministros — não o recusasse imediatamente, era ouvido o procurador-geral da Coroa. Caso este opinasse favoravelmente ao pedido, a extradição era então concedida, mesmo antes da prisão do extraditando. Podia o procurador-geral, no entanto, emitir parecer pela rejeição do pedido pelo Conselho de Ministros ou pela audiência da Seção de Negócios Estrangeiros do

Conselho de Estado Imperial, órgão consultivo da Coroa, presidido pelo Imperador (Cfr.: MACIEL, Anor Butler. *Extradição internacional*. Brasília: Imprensa Nacional; 1957. p. 11). (...). A Constituição de 1891 não fixou, expressamente, a competência para processar e julgar o pleito extradicional, deixando ao legislador, nos termos do art. 34 (32), a competência para regular, em caráter privativo, o processo de extradição. Na República (até 1911), o sistema administrativo continuou a reger o processo extradicional, com base na Lei 221, de 20 de novembro de 1894, art. 38, e no Decreto 3.084, de 5 de novembro de 1898, 1ª parte, art. 112, § 2º. Com a Lei 967, de 2 de janeiro de 1903, a atribuição de informar os pedidos de extradição, antes a cargo do procurador-geral da República, passou ao consultor-geral da República. Até então, como abordado, as extradições no Brasil ocorriam com base em tratados firmados com diversos Estados ou em promessas de reciprocidade. Em 1905, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a extradição só seria possível se baseada em tratado (HC 2.280, decisões de 7, 10 e 14 de junho de 1905). A razão era a de que a Constituição republicana de 1891, ao atribuir ao Congresso Nacional a competência para “regular os casos de extradição entre os Estados”, teria abolido a extradição fundada apenas em reciprocidade ou em ato voluntário do Poder Executivo não submetido à prévia disciplina do Poder Legislativo. A decisão fez jurisprudência e as extradições, a partir de 1905, passaram a ser concedidas apenas com base nos tratados internacionais firmados pelo Brasil. Nessa decisão, conforme nos ensina Lêda Boechat, “o Supremo Tribunal Federal declarou que o Poder Judiciário podia intervir, em matéria de extradição, para verificar se o estrangeiro aqui asilado estava sofrendo ou se achava em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder, nos termos do art. 72, § 22, da Constituição”. Requerida uma extradição, cabia-lhe verificar se ela era concedida na forma estabelecida pelo tratado em vigor entre o Brasil e a Nação requerente. (RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo II, 1899-1910. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira; 1991. p. 185; ênfases acrescidas). A situação criada pela jurisprudência do Supremo Tribunal levou à promulgação da Lei 2.416, de 28 de junho de 1911, que prevê novamente a permissão da extradição baseada em promessa de reciprocidade (art. 1º, § 1º). A referida lei, ao regular a extradição, passou a exigir a efetiva participação do Poder Judiciário no processo extradicional. Dizia a lei, em seu art. 10, que “nenhum pedido de extradição será atendido sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, de cuja decisão não caberá recurso”. Desde então, o processo extradicional no Brasil, fundado em tratado ou em promessa de reciprocidade (atual art. 76 da Lei 6.815/1980), passou a contar com uma fase jurisdicional, efetuada pelo Supremo Tribunal Federal. A Constituição de 1934 consagrou, expressamente, a competência do Supremo para processar e julgar, originariamente, o processo de extradição (art. 54, 1º, b). Documentos legislativos posteriores — tais como o Decreto-Lei 394, de 28-4-1938 (art. 10), o Decreto-Lei

941, de 13-10-1969 (art. 94), e a atual Lei 6.815, de 19-8-1980 (art. 83) — mantiveram a participação do Poder Judiciário, especificamente do Supremo Tribunal Federal, no “controle de constitucionalidade” do processo extradicional. Essa fase jurisdicional é imprescindível ao respeito à ordem constitucional vigente e à garantia dos direitos do indivíduo extraditando e, por isso, representa um verdadeiro avanço em termos de proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional. [Ext 1.085 PET-AV, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, voto do min. Gilmar Mendes, j. 8-6-2011, P, *DJE* de 3-4-2013.]

Requisitos para extradição

A anuência do extraditando ao pedido de sua entrega não desobriga o Estado requerente de instruir devidamente esse pedido. Mais: o assentimento do acusado com a extradição não dispensa o exame dos requisitos legais para o deferimento do pleito pelo Supremo Tribunal Federal. STF que participa do processo de extradição para velar pela observância do princípio que a Constituição Federal chama de “prevalência dos direitos humanos” (...).

[Ext 1.195, rel. min. Ayres Britto, j. 12-5-2011, P, *DJE* de 21-6-2011.]

Condições para a aplicação do princípio da não devolução do refugiado

(...) o deferimento não insulta o princípio do *non-refoulement* (não devolução), o qual consiste em que o Estado não envie o refugiado a território em que possa sofrer qualquer ameaça à vida ou à liberdade. Está tipificado no art. 33 da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 (Decreto 50.215, de 28 de janeiro de 1961), nestes termos (...). O texto contém, dentre outras, duas condições que não concorrem no caso: a) existência de *status* de refugiado. O reconhecimento do *status* de refugiado é ato declaratório do Estado de que a pessoa atende aos requisitos legais cuja coexistência lhe permite obter tal condição. Por isso, o princípio também convém àqueles que ainda não lograram o reconhecimento formal. Mas de modo algum alcança quem, não preenchendo todos os requisitos necessários, jamais seria, válida e eficazmente, reconhecido como refugiado. Ora, já se viu que é absolutamente nula e ineficaz a decisão recursal administrativa que reconheceu ao extraditando a condição de refugiado, pela curta mas boa razão jurídica de que sua situação não entra em nenhuma das taxativas hipóteses legais que autorizariam reconhecê-la. Donde, porque, no quadro da causa, jamais poderia o extraditando ser tido por refugiado político, não se lhe aplicar o princípio. b) não encaminhamento do refugiado para fronteira de territórios em que sua vida ou liberdade seja ameaçada em decorrência de sua raça, religião, nacionalidade, grupo social a que pertença ou opiniões políticas. Esta é hipótese de exceção ao princípio, a qual recomenda não seja o estrangeiro encaminhado para lugar em que corra risco pessoal. Está, aliás,

prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), no art. 22 (8), como direito de qualquer estrangeiro (...). [Ext 1.085, voto do rel. min. Cezar Peluso, j. 16-12-2009, P, DJE de 16-4-2010.]

O princípio da cooperação entre os povos e o papel do chefe de Estado

Ora, não compete ao Supremo Tribunal Federal velar pela efetividade do princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. O Supremo, aqui, é um estranho no ninho. O chefe de Estado é que vai concretizar esse valor constitucional da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. O Tratado, tantas vezes citado aqui — acho que o ministro Eros Grau foi particularmente feliz na interpretação de dois dos dispositivos do Tratado — é uma dessas ferramentas também normativas; ele é bilateral entre Brasil e Itália, no caso, para fazer da extradição um instrumento institucional de objetivos de cooperação para o progresso da humanidade num campo específico: o combate eficaz à criminalidade, ou, dizendo por outro modo, o combate à impunidade. O Tratado, aqui, inflete sobre o instituto da extradição no âmbito da chamada justiça penal eficaz internacional. Excelente, mas o próprio Tratado se rende ao caráter político da extradição. A extradição tem um caráter jurídico: proteção dos direitos humanos. E tem um caráter político: afirmação da soberania dos Estados. Como um Estado é soberano perante o outro, só pode atuar pedindo que um nacional seu seja extraditado para se ver processado ou para cumprir pena; ou seja, como a soberania de cada um dos Estados é dogma de direito internacional, ela só pode atuar mediante cooperação, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

[Ext 1.085, rel. min. Cezar Peluso, voto do min. Ayres Britto, j. 16-12-2009, P, DJE de 16-4-2010.]

Garantias processuais aos réus estrangeiros

(...) o súdito estrangeiro, ainda que não domiciliado no Brasil, assume, sempre, como qualquer pessoa exposta a atos de persecução penal, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelos magistrados e tribunais deste país, especialmente por este Supremo Tribunal Federal. (...) analisada a função defensiva sob uma perspectiva global, que o direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao *due process of law*, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro (...). A justa preocupação da comunidade internacional com a preservação da integri-

dade das garantias processuais básicas reconhecidas às pessoas meramente acusadas de práticas delituosas tem representado, em tema de proteção aos direitos humanos, um dos tópicos mais sensíveis e delicados da agenda dos organismos internacionais, seja em âmbito regional, como o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º), aplicável ao sistema interamericano, seja em âmbito global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14), celebrado sob a égide da Organização das Nações Unidas, e que representam instrumentos que reconhecem, a qualquer réu, dentre outras liberdades eminentes, o direito à plenitude de defesa e às demais prerrogativas que derivam da cláusula concernente à garantia do devido processo. [HC 94.016, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 16-9-2008, 2ª T, DJE de 27-2-2009.]

O processo de extradição passiva e a proteção dos direitos humanos

O respeito aos direitos humanos deve constituir vetor interpretativo a orientar o Supremo Tribunal Federal nos processos de extradição passiva. Cabe advertir que o dever de cooperação internacional na repressão às infrações penais comuns não exime o Supremo Tribunal Federal de velar pela intangibilidade dos direitos básicos da pessoa humana, fazendo prevalecer, sempre, as prerrogativas fundamentais do extraditando, que ostenta a condição indisponível de sujeito de direitos, impedindo, desse modo, que o súdito estrangeiro venha a ser entregue a um Estado cujo ordenamento jurídico não se revele capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo, regular e independente (*fair trial*), com todas as prerrogativas inerentes à cláusula do *due process of law*. (Ext 633/China, rel. min. Celso de Mello), tais como proclamadas e reconhecidas na Constituição do Brasil e nas convenções internacionais subscritas pela República brasileira. [Ext 811, rel. min. Celso de Mello, j. 4-9-2002, P, DJE de 28-2-2003.]

Cooperação internacional e proteção dos direitos fundamentais

A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro — e, em particular, o Supremo Tribunal Federal — de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso país, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do *due process of law*. Em tema de direito extradicional, o Supremo Tribunal Federal não pode e nem deve revelar indiferença diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. É que o Estado brasileiro — que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe

rege a vida institucional — assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II). [Ext 633, rel. min. Celso de Mello, j. 28-8-1996, P, DJ de 6-4-2001.]
= Ext 1.074, rel. min. Celso de Mello, j. 27-3-2008, P, DJE de 13-6-2008

Direitos humanos no *due process of law* de extradição

Em tema de direito extradicional, o Supremo Tribunal Federal não pode e nem deve revelar indiferença diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. É que o Estado brasileiro — que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional — assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II). Extradição e *due process of law*. O extraditando assume, no processo extradicional, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelo Estado a quem foi dirigido o pedido de extradição. A possibilidade de ocorrer a privação, em juízo penal, do *due process of law*, nos múltiplos contornos em que se desenvolve esse princípio assegurador dos direitos e da própria liberdade do acusado — garantia de ampla defesa, garantia do contraditório, igualdade entre as partes perante o juiz natural e garantia de imparcialidade do magistrado processante — impede o válido deferimento do pedido extradicional (RTJ 134/56-58, rel. min. Celso de Mello). O Supremo Tribunal Federal não deve deferir o pedido de extradição, se o ordenamento jurídico do Estado requerente não se revelar capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo, regular e independente. A incapacidade de o Estado requerente assegurar ao extraditando o direito ao *fair trial* atua como causa impeditiva do deferimento do pedido de extradição. [Ext 633, rel. min. Celso de Mello, j. 28-8-1996, P, DJE de 6-4-2001.]

QUESTÕES DIVERSAS

A proteção dos direitos humanos e o diálogo com todas as cortes internacionais de direitos humanos

Não tenho dúvida de que compete (...) ao Supremo Tribunal Federal definir o que vale internamente no Brasil. Porém, essa definição, no mundo contemporâneo, é feita em um diálogo institucional com as cortes internacionais, não apenas a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cujo sistema nós pertencemos, como todas as cortes internacionais de direitos humanos. Portanto, penso (...) que a questão não é propriamente de hierarquização, e sim de diálogos institucionais em busca do melhor argumento e da melhor forma de se defenderem os direitos humanos. [ADI 5.240, rel. min. Luiz Fux, voto do min. Roberto Barroso, j. 20-8-2015, P, DJE de 1º-2-2016.]

A proteção aos direitos humanos e a complementariedade entre o direito interno e o internacional

Não se ignora (...) que o art. 5º, § 2º, da Carta Magna consigna que os direitos e garantias nela previstos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados em seu texto, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Isso porque o sistema normativo de proteção aos direitos humanos contempla a complementariedade entre direito interno e o internacional. [RE 592.581, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 13-8-2015, P, DJE de 1º-2-2016.]

O reconhecimento da obrigatoriedade da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos de interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica

Não custa relembrar que o Brasil, apoiando-se em soberana deliberação, submeteu-se à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que significa — considerado o formal reconhecimento da obrigatoriedade de

observância e respeito da competência da Corte (Decreto 4.463/2002) — que o Estado brasileiro comprometeu-se, por efeito de sua própria vontade político-jurídica, “a cumprir a decisão da Corte em todo caso” de que é parte (Pacto de São José da Costa Rica, art. 68). *Pacta sunt servanda...* Com efeito, o Brasil, no final do segundo mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso (Decreto 4.463, de 8-11-2002), reconheceu como obrigatórias a jurisdição e a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, “em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção” (Pacto de São José da Costa Rica, art. 62), o que legitima o exercício, por esse importante organismo judiciário de âmbito regional, do controle de convencionalidade, vale dizer, da adequação e observância, por parte dos Estados nacionais que voluntariamente se submeteram, como o Brasil, à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, dos princípios, direitos e garantias fundamentais assegurados e proclamados, no contexto do sistema interamericano, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

[AP 470 AgR–vigésimo quinto, rel. p/ o ac. min. Teori Zavascki, voto do min. Celso de Mello, j. 18-9-2013, P, DJE de 17-2-2014.]

A legitimidade para instaurar processo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Assinale-se, a título de mero registro, que, no contexto do Sistema Interamericano de Defesa e Proteção dos Direitos Humanos, a pessoa física ainda não dispõe de legitimidade ativa para fazer instaurar, desde logo, ela própria, processo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, eis que essa qualidade para agir junto a referido organismo judiciário restringe-se, unicamente, aos Estados-partes e à Comissão Interamericana (Pacto de São José, art. 61, n. 1), uma vez atendidos os requisitos de procedibilidade fixados no art. 46 e nos arts. 48 a 51 da Convenção Americana (art. 61, n. 2).

[AP 470, rel. min. Joaquim Barbosa, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 17-12-2012, P, DJE de 22-4-2013.]

A questão dos presos na Base Militar de Guantánamo à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Esse precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não obstante extremamente valioso, não se aplica nem vincula os Estados Unidos da América, pelo fato, juridicamente relevante, de esse país não haver ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, embora a esta tivesse aderido em 6-1-1977. Demais disso, e ainda que tal houvesse ocorrido, impor-se-ia a adoção, por parte dos Estados Unidos da América, da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória a que se refere o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com o formal reconhecimento e a integral sujeição à competência da Corte Interamericana

de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou à aplicação do Pacto de São José da Costa Rica.

[HC 105.256, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 12-6-2012, 2ª T, DJE de 8-2-2013.]

A primazia da norma mais favorável à pessoa humana

Os magistrados e tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no art. 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. Aplicação, ao caso, do art. 7º, n. 7, c/c o art. 29, ambos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.

[HC 96.772, rel. min. Celso de Mello, j. 9-6-2009, 2ª T, DJE de 21-8-2009.]

Este livro foi projetado e composto por Eduardo Franco Dias, na Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, vinculada à Secretaria de Documentação do Supremo Tribunal Federal.

A fonte é a Adobe Caslon Pro, projetada por Carol Twombly com base em impressos feitos pelo *designer* de tipos inglês William Caslon entre 1734 e 1770, e editada pela Adobe Systems em 1990.

O livro foi finalizado em 1º de setembro de 2017.



978-85-61435-87-5