

INTERRELAÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA

1. Data de 14 de Julho

DIA DA LIBERDADE DE PENSAMENTO

No dia 14 de julho é comemorado em todo o mundo o Dia da Liberdade de Pensamento. A primeira vez em que foram definidos a liberdade e os direitos fundamentais do Homem foi por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte da França em 26 de agosto de 1789. Vale lembrar, ainda, que o dia 14 de julho remete a uma data muito importante na história: a Queda da Bastilha, que marcou o início da Revolução Francesa.

Além de ter servido de inspiração para as constituições francesas de 1848 e para a atual, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão também foi base da Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948. Nela, são enumerados os direitos que todos os seres humanos possuem. Nos artigos XVIII e XIX, por exemplo, estão dispostas as seguintes observações, respectivamente:

“Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular”.

“Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

(Fonte: <https://ftd.com.br/eventos/dia-da-liberdade-de-pensamento-2/>, data de acesso: 25/05/2020)

2. Data de 26 de Junho

DIA INTERNACIONAL DE APOIO ÀS VÍTIMAS DE TORTURA

O Dia Internacional de Apoio às Vítimas de Tortura é celebrado em 26 de junho.

Mulheres, homens e crianças são torturados diariamente ao redor do mundo, afetando diretamente a dignidade e a humanidade dessas pessoas.

O principal objetivo desta data é justamente tentar combater esta prática horrível, além de oferecer total apoio às vítimas de tortura.

Para conquistar essas metas, durante o Dia Internacional de Apoio às Vítimas de Tortura são organizadas diversas atividades e atos que ajudam a promover a criação de condições necessárias para que haja o suporte solidário, material, jurídico e psicológico às vítimas de maus-tratos.

A criação desta data foi uma iniciativa da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1997, como homenagem e marco da assinatura da Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, firmada em 26 de junho de 1987.

A tortura continua a ser praticada por muitas nações como força de punição, principalmente em países ditatoriais. Mas, infelizmente, também está presente em diversos outros espectros da sociedade, inclusive as democráticas.

LEGISLAÇÃO DIRETA

Artigo 1 da Lei nº 9.455 de 07 de Abril de 1997

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

- I - se o crime é cometido por agente público;
- II - se o crime é cometido contra criança, gestante, deficiente e adolescente;
- II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)
- III - se o crime é cometido mediante sequestro.

§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

§ 6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

§ 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Saiba mais:

[Ir para Artigo 1 da Lei nº 9.455 de 07 de Abril de 1997](#)

Leia o ORIGINAL EM: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm

(Fonte: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Art.+1+da+Lei+de+Tortura++Lei+9455%2F97>, data de acesso: 25/05/2020)

3. ESTUDO PENAL - CRIME DE TORTURA - LEI 9.455/97

Tortura é a imposição de dor física ou psicológica apenas por prazer, crueldade. Como pode ser entendida também como uma forma de intimidação, ou meio utilizado para obtenção de uma confissão ou alguma informação importante.

O que, não necessariamente, é elemento do tipo penal para sua caracterização.

É delito imprescritível. Inafiançável, não sujeito a graça e anistia como dispõe o Artigo 5º inciso XLIII da Constituição Federal.

A tortura também está incursa no Artigo 2º I e II da lei de crimes Hediondos da qual acresceu-se ser a tortura vedada a concessão de indulto. (observação Tortura é delito grave, mas não é crime hediondo). É delito equiparado a crime hediondo.

A Lei 9.455/97 também prevê no artigo 1º § 6º que o crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

A Tortura independente de seu objetivo final, ela subsiste apenas pelo ato de se causar sofrimento a alguém

Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes define tortura como

Artigo 1º

Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer acto pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de Ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza;

quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

O presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.

Diferença entre tortura e maus tratos – a tortura há o dolo específico de se causar sofrimento independente de seu fim ou meio praticado.

Nos maus tratos incursos no artigo 136 do Código Penal o garante que possui a guarda, autoridade ou poder sobre a vítima tem o fim de impor sua autoridade para uma correção educacional, como forma de uma punição disciplinar, ou fim de se impor.

A diferença da tipificação nos maus tratos é que este não faz o ato por prazer de fazer a vítima sofrer e sim por abusar dos meios disciplinares de conduta com o fim de punir a vítima.

A Tortura é uma violação de direitos humanos, afeta a integridade física, psicológica e mental por estas razões viola o direito do cidadão de sua integridade, de sua liberdade, de sua convivência social pacífica, e seu direito a vida com dignidade humana.

De acordo com a Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, constitui crime de Tortura:

"Constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental; (...)

II Submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo".

Pena - Reclusão - Pena de 2 a 8 anos.

Pelo Código Penal o artigo 136 constitui crime de maus tratos –

Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina.

Pena – Detenção de 2 meses a 1 ano.

A tortura está inscrita também na Lei 8.072/90 que é a Lei dos crimes Hediondos, mas não é um crime Hediondo, a Tortura conjuntamente com o Tráfico de Drogas e o Terrorismo, são crimes equiparados aos crimes hediondos, o que quer dizer, eles possuem efeitos danosos tão graves ou similares aos crimes denominados hediondos, mas não são hediondos, e sim equiparados aos mesmos.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. Analisa-se agora uma decisão do STJ sobre o tema:

HABEAS CORPUS Nº 169.379 - SP (2010/0068974-9)

Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR 6ª Turma

HABEAS CORPUS. CRIME DE TORTURA. LEI N. 9.455/1997. NULIDADES PROCESSUAIS. COMPETÊNCIA POR PREVENÇÃO. NULIDADE RELATIVA. SÚMULA 706/STF. TORTURA. SUJEITO ATIVO NA CONDIÇÃO DE GUARDA SOBRE AS VÍTIMAS. BABÁ EM RELAÇÃO A MENORES ENTREGUES A SEUS CUIDADOS. DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA, SEM IMPUTAÇÃO DE FATO NOVO. INCLUSÃO PELO ÓRGÃO JULGADOR DE CAUSA DE AUMENTO DE PENA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DOSIMETRIA DA PENA E REGIMEPRISIONAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. A nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção é relativa, entendimento consolidado na Súmula 706/STF.

2. Não configura nulidade a atribuição pelo órgão julgador de definição jurídica diversa, sem imputação de fato novo. Hipótese de inclusão da causa de aumento com base nos fatos já narrados na peça acusatória.

3. A conduta da paciente enquadra-se no tipo penal previsto no art. 1º, II, § 4º, II, da Lei n. 9.455/1997. A paciente possuía os atributos específicos para ser condenada pela prática da conduta descrita no art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997. Indubitável que o ato foi praticado por quem detinha as crianças sob guarda, na condição de babá.

4. Ausência de ilegalidade na dosimetria da pena, fixada a pena-base acima do mínimo legal, com a devida fundamentação, consideradas as circunstâncias em que cometido o crime contra as crianças, mediante mordidas e golpe com pedaço de pau.

5. A fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena tem previsão na Lei n. 9.455/1997 (art.1º, § 7º) e também acolhida na jurisprudência da Corte.

6. Ordem denegada.

Para a defesa, a tortura seria crime que só poderia ser praticado por funcionário público ou agente estatal.

O eminente ministro Sebastião Reis Júnior divergiu. E corretamente afirma em seu voto:

“indubitável que o ato foi praticado por quem detinha, sob guarda, os menores”, conduta que se enquadra no tipo penal previsto no artigo 1º, II, da Lei 9.455/97.

A lei, que define o crime de tortura, exige apenas que o agente tenha a vítima sob sua guarda, poder ou autoridade, Não especificando que o poder tenha de ser estatal.

Outro ponto discutido foi sobre o emendatio libelli, a defesa argüiu que havia ocorrido um mutatio libelli quando se aumentou a pena no Tribunal de São Paulo

Com isso a defesa alegou julgamento extra-petita por parte dos desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo ato que geraria fato novo exigindo aditamento da denúncia e novo prazo para defesa se manifestar.

O eminente Ministro analisou e denegou o pedido dos advogados – analisemos o fato:

O inciso II do parágrafo 4º prevê aumento 1/6 a 1/3 da pena quando o crime é cometido contra criança, adolescente, gestante, portador de deficiência ou maior de 60 anos.

Como afirma o eminente Ministro - A denúncia registrou expressamente que o crime foi cometido contra crianças de três e quatro anos.

“Assim, não houve imputação de fato novo, foi apenas atribuída definição jurídica diversa, com a inclusão da causa de aumento da pena, com base nos fatos já narrados na peça acusatória, circunstância que configura emendatio libelli, razão por que se afasta o alegado prejuízo advindo à defesa”, concluiu o eminente Ministro Sebastião Reis Junior.

No caso em tela:

A Lei 11.719/08 (alterou o CPP)

O emendatio libelli está presente no Código de Processo Penal no artigo 383

O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

O mutatio libelli está presente no Cpp artigo 384

Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

A diferença em si do emendatio libelli (emendar o libelo) e o mutatio libelli (mudar o libelo)

Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

No emendatio o próprio nome em latim já afirma - emendar, correção da denúncia - sem que para isso mude a classificação do crime, e não haja fato novo que mude a classificação ou tipo penal o que não gera prejuízo a defesa – podendo o próprio juiz emendar a denúncia mesmo que para isso tenha que aplicar pena mais grave, ou seja, mesmo que possa agravar a pena.

No mutatio libelli – Mutatio – mudar – alterar - há nova definição jurídica, há visível alteração da tipificação ou de elementos do crime que o tipificam de forma diversa, causando prejuízo a defesa, neste caso o processo deve retornar ao Ministério Público para que no prazo de 5 dias ou oralmente em sessão apresente a nova definição jurídica e a tipificação almejada, assim, deve-se oferecer oportunidade de novo contraditório a defesa,

sob pena de nulidade de todos os atos que não forem contraditados e gerarem prejuízo a defesa.

Entretanto, a denúncia registrou expressamente que o crime foi cometido contra crianças de três e quatro anos. “Assim, não houve imputação de fato novo, não houve, no caso que se cuida, alteração da classificação ou tipo penal, e nem se quer, prejuízo a defesa - vez que os eminentes desembargadores apenas interpretaram a denúncia como foi apresentada e acresceram a agravante prevista no artigo 1º, §4º inciso II da Lei 9.455/97.

Por RICARDO FREIRE VASCONCELLOS

Advogado criminalista, pós-graduado em direito penal e direito processual penal. Mestrando em direito pela Universidade Católica de Brasília. Professor de direito penal e direito processual penal na Universidade Gama Filho, Instituto Educacional Superior Paulo Martins e Universidade Católica de Brasília. Você também encontra esse artigo no link: <http://www.fatonotorio.com.br>

(Fonte: <https://siteantigo.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/estudo-penal-crime-de-tortura-lei-9455-97/44288>, data de acesso 10/06/2020)

4. Liberdade de expressão à luz da Constituição Federal de 1988

Publicado em 02/2017. Elaborado em 09/2016.

Art. 5º

Título II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

Capítulo I

Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

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

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

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

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

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

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

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

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

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

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

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

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

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

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

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

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

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

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

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

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

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

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

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

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

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

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

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

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

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

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

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

XXX - é garantido o direito de herança;

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

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

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

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

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

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

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

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

XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

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

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

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

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

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

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

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

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

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

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

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

XLVII - não haverá penas:

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

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

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

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

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

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

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LXVIII - 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;

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

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

LXXII - conceder-se-á habeas data:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

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

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

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

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

- a) o registro civil de nascimento;
- b) a certidão de óbito;

LXXVII - são gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

(Fonte: https://www.senado.leg.br/atividade/const/com1988/CON1988_05.10.1988/art_5_.asp, data de acesso: 25/05/2020)

5. DIREITO CONSTITUCIONAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS (DIREITO CONSTITUCIONAL), LIBERDADE DE EXPRESSÃO

INTRODUÇÃO

O direito à liberdade de expressão está previsto na Constituição Federal de 1988, é um direito ligado à natureza humana na forma de se relacionar com a sociedade. Com o fim da ditadura militar, os brasileiros passaram a ter vários direitos, que no período do regime militar não eram permitidos, entre eles, está o direito da liberdade de expressão.

De acordo com Silva (2012 p.38), “a Constituição brasileira 1988 abraçou os direitos humanos, consagrando-os, principalmente, na parte de direitos e garantias fundamentais, mas, também se faz presente em outros títulos da carta maior”.

Dentro do tema liberdade de expressão pode-se citar a liberdade de expressão religiosa que é um direito que permite às pessoas expressarem sua fé sem serem ridicularizadas por outras pessoas que não seguem a mesma doutrina.

De acordo com Marshall et al (1998), “a lei da liberdade religiosa estabeleceu um foco da política externa na liberdade religiosa e um corpo independente para ajudar os que são perseguidos por sua fé”.

Por outro lado, pode-se evidenciar que o abuso da liberdade de expressão pode entrar em conflito com a Constituição, uma vez que o discurso do ódio vai contra os princípios constitucionais.

Para Portiguar (2012, p.160) desvenda sobre o desrespeito.

A existência de um procedimento democrático que propicie o debate entre diferentes visões acerca do mundo e a obtenção de um determinado entendimento, que se sabe precário, contingente e passível de futura modificação, que ocasione uma ação voltada ao entendimento mútuo, é o que permite que diferentes coassociados sob o direito sejam, ao mesmo tempo, seus atores e destinatários. (PORTIGUAR 2012, p.160)

Diante disso, o presente artigo tem como tema central, a liberdade de expressão religiosa como direito previsto na Constituição de 1988, face ao discurso do ódio que se refere ao abuso do direito que lhe foi concedido.

Neste sentido, busca-se responder a problemática: Quais os limites da liberdade de expressão assegurada pela Constituição de 1988 e qual a sua relação com o discurso do ódio?

Assim, através de metodologia de pesquisa bibliográfica para elaboração deste artigo, será buscada a opinião de autores que tratam do assunto, além do método didático apoiado nos artigos, livros como também artigos da Constituição.

Este trabalho justifica-se devido a importância do conhecimento dos direitos constitucionais que estão sendo regidos pelo Estado, pelo acadêmico de direito. Apesar dos legisladores concederem aos brasileiros o direito de expressão seja ela de pensamento ou religiosa, o abuso deste direito vai contra aos princípios regidos pelo Estado, porém não tem lei que puni os praticam esse abuso.

Ainda tem como objetivo geral de obter informações sobre a liberdade como uma direito constitucional, e suas ramificações. Dentre elas o direito à liberdade de expressão religiosa que se divide em liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa.

Para tanto, há que se aprofundar mais a respeito do tema abordado na questão, portanto o referido artigo busca responder aos seguintes objetivos específicos: Conhecer como se iniciou o direito de liberdade de expressão no Brasil; definir os conceitos de liberdade religiosa e discurso do ódio; analisar qual a relação entre o direito de liberdade e o abuso deste direito; detalhar sobre a liberdade de expressão religiosa e o conflito com o discurso do ódio; relatar como o discurso do ódio é visto pela Constituição Brasileira.

2 BRASIL E A DITADURA

A regência militar foi um período da política brasileira em que as tropas militares conduziram o país. Esse tempo ficou marcado na história do Brasil devido ao desempenho de vários atos inconstitucionais que colocavam em ação a censura, a perseguição política, a omissão de direitos constitucionais, a ausência de democracia e a punição aqueles que eram contra o regime militar.

De acordo com Reis (2000), “a luta revolucionária contra a ditadura seria reinterpretada como a forma de resistência ao absoluto fechamento do regime, uma tentativa imposta pela ausência de brechas institucionais que viabilizassem, de algum modo, as lutas democráticas”.

A ditadura militar iniciou-se no Brasil com o golpe militar em 1964, ocasionando o afastamento do presidente da república João Goulart, e repassando o poder a Marechal Castelo Branco. Este acontecimento que foi nomeado como “O Golpe Militar de 1964”, definido por uma revolução que levou o país a ditadura militar, que durou vinte e um anos.

2.1 A OPRESSÃO DA DITADURA

Em uma primeira ocasião é importante citar que o Brasil antes da criação da Constituição de 1988 encontrava-se no período de ditadura militar. Esse período foi muito difícil para toda a população brasileira pois as pessoas perderam o direito de expressar as suas opiniões e pensamentos, ou seja, a censura tomou conta do país.

Segundo Gianotti (2007 p.145), “o Brasil sai da ditadura da Vargas em 1945. Depois de quase duas décadas de profundas discussões sobre qual modelo político econômico era mais adequado pra o Brasil, novamente uma ditadura militar assume o poder em 1964”.

Por outro lado vale informar que esse período ficou marcado na história brasileira devido a pratica de vários atos inconstitucionais, perseguição política, falta de democracia e repressão á aqueles que eram contra o regime militar.

Sendo assim de acordo com Santana (2015):

A ditadura militar foi, entre tantos outros fatos notáveis da história do Brasil, o que mais manchou a biografia do nosso país. Este período é marcado pelo despotismo, veto aos direitos estabelecidos pela constituição, opressão policial e militar, encarceramentos e

suplício dos oponentes. A censura aos canais de informação e à produção cultural, ou seja, a editoração de livros, a produção cinematográfica e tudo que fosse referente à televisão, foi intensa, tudo era acompanhado muito de perto pelos censores do governo. O objetivo principal era passar à população a ideia de que o país se encontrava na mais perfeita ordem, os jornais foram calados, obrigados a publicarem desde poesias até receitas no lugar das verdadeiras atrocidades pelas quais o país passava. (SANTANA, 2015)

Diante do fato exposto torna-se necessário evidenciar que o Brasil no período da ditadura militar foi notado pelo autoritarismo, suspensão dos direitos constitucionais, abuso militar, prisão e censura dos meios de comunicações.

CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 foi criada com intuito de acabar com a repreensão do direito de liberdade, e colocar um fim na ditadura militar que dominava o país e amedrontava a população brasileira.

Segundo Pimenta (2007 p.83), “a Constituição brasileira de 1988 representa importante marco da história democrática recente do país, a qual contou com ampla participação popular”.

Dentro do mesmo contexto, foi a primeira vez na história do país que a população participou verdadeiramente da confecção da Constituição. Em frente da divulgação direta de sugestões, a população assistiu da tribuna do plenário da Câmara os trabalhos dos constituintes.

De acordo com Silva (2012 p.38), “a constituição brasileira 1988 abraçou os direitos humanos, consagrando-os principalmente na parte de direitos e garantias fundamentais, mas, também se faz presente em outros títulos da carta maior”.

Diante do fato comentado é importante lembrar que a responsabilidade do povo com os Direitos Humanos foi tão evidente, que hoje nota-se sua solidificação no princípio de diversas constituições, inclusive a brasileira que assegurou completamente a defesa aos direitos primordial do homem.

A Constituição brasileira vigente, é filha legítima do constitucionalismo que orienta o poder constituinte a valorizar “o humano” que há no ser racional com o máximo de critério e cuidado possível. Primando pela positivação, mas ao mesmo tempo evitando correr o risco da dependência extrema do positivismo, o constitucionalismo vocacional o poder constituinte para o estabelecimento de valores gerais que não somente guiam a ordem jurídico-política, mas que efetivam, mesmo que não haja positivação. (LELLIS et al 2013, p.30)

Em virtude das imposições citadas na Constituição de 1988, a sociedade brasileira foi beneficiada com a criação dos Direitos Humanos que concede aos cidadãos amparo perante as suas necessidades básicas e essenciais para a sua dignidade.

Segundo Lellis et al (2013, p.44), “um olhar atento a constituição vigente aponta que a liberdade está prevista em seu conteúdo como o um princípio geral que se ramifica em várias espécies, cada qual se desdobrando numa variedades de vertentes”.

No mesmo contexto pode-se reforçar que perante lei todos são iguais, sem discernimento de raça ou cor, e garante a todos residentes no país direito a vida, liberdade, igualdade e segurança.

A LIBERDADE COMO UM DIREITO CONSTITUCIONAL

O direito à liberdade, por ser um direito ligado a própria natureza humana, foi conceituado em nossa Constituição vigente, sob várias formas. A liberdade e a igualdade são elementos principais para o desenvolvimento da dignidade da pessoa, e por sua vez é um dos direitos que fundamentam a democracia do estado.

Para Carvalho (2013), “a liberdade consiste na escolha de uma possibilidade da forma de pensar e agir. Assim, apesar do embate sobre amplitudes axiológicas desse termo a CF/88 consagrou esse direito no rol dos direitos e garantias em suas diversas modalidades”.

Diante disso é importante citar que existe uma relação muito forte entre o Estado Democrático e o direito à liberdade, no sentido de ter um regime democrático forte é a mesma coisa que afirmar que as liberdades estão garantidas, ou vice e versa.

3.1 O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Uma argumentação livre e aberta sobre assuntos nacionais e essenciais provoca reflexões assertivas sobre qual a melhor técnica a ser utilizada na resolução de conflitos de determinada sociedade.

Para Lellis et al (2013 p. 34), “do ponto de vista jurídico-filosofo, a liberdade está direta e inseparavelmente ligada a dignidade humana. Considerando que a dignidade foi definida anteriormente, cabe a esta parte do estudo refletir acerca do conceito de liberdade humana”.

Conceito de liberdade de expressão segundo Santiago (2015).

Recebe o nome de liberdade de expressão a garantia assegurada a qualquer indivíduo de se manifestar, buscar e receber ideias e informações de todos os tipos, com ou sem a intervenção de terceiros, por meio de linguagens oral, escrita, artística ou qualquer outro meio de comunicação. O princípio da liberdade de expressão deve ser protegido pela constituição de uma democracia, impedindo os ramos legislativo e executivo o governo de impor a censura. (SANTIAGO 2015)

Do mesmo modo é imprescindível a presença da democracia e de uma comunidade civil alfabetizada e conhecedora, cujo acesso a informações conceda participação da vida pública e reivindicação dos seus direitos.

De acordo Santos (2012), “a liberdade de expressão é considerada pela literatura jurídica como um direito humano fundamental e pré-requisito para o usufruto de todos os direitos humanos. Quando essa liberdade é suprimida seguem-se violações dos outros direitos humanos”.

No mesmo contexto faz se importante relacionar que a liberdade de expressão proporciona a sociedade uma serie de ideias, conceitos, dados e opiniões sem censura, que podem ser analisadas e possivelmente defendidas.

A Comissão dos Direitos Humanos da Ordem dos Advogados de Portugal (2006 p.71), “a liberdade de expressão é um direito fundamental, mas não um direito absoluto. Há limites, há fronteiras, mas são perigosas e difícil de traçar. Diremos apenas que os limites são inultrapassáveis”.

Conforme Lellis et al (2013, p.228), “é um elemento fundamental de toda sociedade democrática, pois garante aos indivíduos o direito fundamental de serem livres e de expressarem livremente. Contudo, tal liberdade não significa entrar pelas veredas do desrespeito ao próximo”.

Ainda neste mesmo contexto Mondaini (2008, p.58) expõe o seu ponto de vista.

O que interessa é garantir a liberdade de desenvolvimento das pessoas, a possibilidade de expressão e da expressão de sua vontade. Porém, liberdade com expressão da pessoa não é fazer tudo que se quer, mas poder fazer tudo o que seja expressão de uma necessidade humana fundamental, tratada no nível da razão. A liberdade, sendo pessoal, é essencialmente social, tem como referência uma função social. Portanto garantir a liberdade é fazer com que o Estado seja a convergência das decisões socialmente assumidas. (MONDAINI, 2008 p.58)

Relacionando com citação acima vale ressaltar que apesar da Constituição garantir aos cidadãos o direito da liberdade de expressão, ele não tem liberdade pra fazer tudo o que quiser, tem que ser respeitado o espaço da outra pessoa.

Segundo Anastasia et al (2007 p.111), “o direito à liberdade de expressão é o princípio sob qual se baseia a publicidade de fatos que são de interesses de leitores de jornais, radiouvintes, telespectadores e internautas, caracterizando a circulação de informação e de ideias”.

Contextualizando com a citação anterior, esse direito presume que todos os indivíduos tem o direito de se expressar sem serem criticados por causa das suas opiniões. A liberdade de expressão é a forma de investigar, obter informações e repassá-las sem limites de fronteiras, e através de qualquer meio de expressão

O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

Em um primeiro contexto vale referenciar que a liberdade religiosa, ou de crença é um dos direitos mais puxados à dignidade da pessoa humana. No Estado Democrático do Direito, o cidadão tem liberdade de poder abraçar a sua religiosidade sem contenção, da mesma forma aceita conviver de forma pacífica com pessoas que desejam divulgar a sua religião, como também com as que não têm nenhuma doutrina.

De acordo com Melo (2008 p.331), “a liberdade religiosa e de culto é detalhamento do direito de liberdade, conseqüente ou decorrente do direito primário a vida. A religião é aplicada para conservar e gratificar a vida”.

Neste caso pressupõe que a crença foi dada para retribuir o dom da vida, ou seja, as pessoas atribuem o nascimento a religião, e seguem divulgando essa doutrina como forma de reconhecimento das graças alcançadas.

Lellis et al (2013 p.56), “a liberdade religiosa, no sentido político-jurídico, é fenômeno recente e indissociável da concepção de Estado democrático de direito. Surge formalmente nos Estados Unidos a 12 de junho de 1976, na Declaração de Direitos de Virginia[1]”.

No mesmo contexto, a autonomia de doutrina foi inserida no pensamento jurídico através da Declaração de Direitos da Virgínia, a qual defendia que todas as pessoas têm direito e são livres ao exercício da religião.

De acordo com Marshall et al (1998), “a lei da liberdade religiosa estabeleceu um foco da política externa na liberdade religiosa e um corpo independente para ajudar os que são perseguidos por sua fé”.

Desta forma pode-se dizer que o direito de liberdade de expressão religiosa concede ao cidadão a autonomia na escolha da sua doutrina, sem que sejam ridicularizados pelos demais, e nem obrigados a seguir determinada religião. Este direito dá a liberdade de escolha para a sociedade, e está presente em todas as constituições inclusive na brasileira.

Para Garret (2005), “entretanto a liberdade individual para o livre exercício de uma religião não pode sobrepor-se ao coletivo. Ou seja, a liberdade de culto é garantida até onde não haja perturbação da ordem pública”.

Por este lado pode-se observar que este direito dá liberdade às pessoas que praticarem a sua doutrina sem violar o direito do outro, o indivíduo pode seguir a sua crença fazer cultos e reuniões que abordam o tema da crença, desde que não atrapalhe o sossego das demais pessoas.

Ainda neste contexto é importante citar que nos dias atuais é muito difícil e complicado abordar o tema religião, pois é um assunto com muitas particularidades.

De acordo com Sarlet (2015), “as liberdades de crença e de culto, usualmente abrangidas pela expressão genérica “liberdade religiosa”, constituem uma das mais antigas e fortes reivindicações do indivíduo”.

Neste mesmo contexto faz necessário referenciar que o caráter frágil, associado com a espiritualidade humana, foi uma das primeiras liberdades garantidas nas declarações de direito, e de obter condição de direito humano e essencial conceituado na Constituição de Federal.

Segundo Devine et al (2007 p.136), “em muitas culturas a religião foi a base do próprio Estado, e a lei religiosa regia a relação entre os indivíduos e seu Estado. Portanto é no Artigo 18[2] da Declaração que encontra-se a única referência a religião”.

Em virtude desta afirmação é interessante citar que o Artigo 18 da Declaração prevê que qualquer pessoa tem o direito de ter uma crença, e mudar de religião. Esse direito dá o poder para o indivíduo manifestar sua doutrina através de estudo, prática, cultos ecumênicos sejam eles isolados ou em multidões.

3.2.1 LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL

A liberdade religiosa no Brasil começou com as diversas constituições que vigoraram no país, e por sua vez serviram como manifestações no âmbito jurídico proporcionando mudanças na história e na ideologia do país.

Devido a independência do Brasil, fez-se primordial a vinda de estrangeiros para ajudar no crescimento econômico da nação. Com isso vieram vários protestantes, mas até então não existia uma igreja protestante brasileira ou cultos em língua portuguesa.

De acordo com Balleiro (2001):

Durante o século IX os protestantes buscaram com afincos a conquista da plena legalidade e liberdade no Brasil. A partir de 1860 cresceram as críticas sobre a união do Estado e a Igreja, culminando no Decreto 119-A de 7 de janeiro de 1890, que estabeleceu a separação entre essas instituições. Assim, sob influências liberais e positivistas, a Primeira Constituição Republicana de 1891 consagrou a separação entre a Igreja e o Estado, estabelecendo a plena liberdade de culto, o casamento civil obrigatório, a secularização dos cemitérios e da educação, sendo a religião omitida do novo currículo escolar, ficando a Igreja Católica em posição de igualdade com os demais grupos religiosos. (BALLEIRO, 2001)

O Estado e a igreja devem ser divididos de forma perfeita, para que não haja uma religião oficial, porém o Estado deve proteger e conceder o exercício de todas as religiões. Uma vez que na Constituição possui referências ao modo de como deve ser o campo religioso, propondo valores como fortalecimento das famílias, determinação de princípios morais e éticos e estímulos a prática da caridade.

Sobre esse contexto Lellis et al (2013, p.39) afirma:

Com a outorga da Constituição Imperial de 1848, tem início a história do direito à liberdade religiosa no Brasil, enquanto a nação independente. Se no Brasil colônia inexistiria qualquer elemento da dita liberdade, antes, tendo havido legislação opressora de quaisquer crença que não a oficial e, pois, perseguição religiosa promovida pela Inquisição, agora, no Brasil independente, passa a ter lugar uma relativa tolerância religiosa, já que quase totalmente adstrita no campo de liberdade de consciência, porque muito restrita no âmbito das práticas de culto, uma vez que o Império do Brasil é Estado Confessional. (LELLIS et al 2013 p.59)

A conquista da liberdade religiosa foi um grande marco para todas as igrejas. Com a proclamação da república o Brasil se tornou um país civil, nascendo assim a liberdade de crença, ou seja o Estado seguindo a Constituição de 1888, passou a se preocupar em conceder aos cidadãos um clima de compreensão religiosa afastando a intolerância e o fanatismo.

Para Castro (2014 p.7), “a Constituição brasileira prevê a liberdade de culto e de credo em todo território nacional, e a Igreja e o Estado estão oficialmente separados, sendo o Brasil um estado laico. A legislação brasileira proíbe qualquer intolerância religiosa.

Ainda neste mesmo contexto vale citar que a Constituição de 1988, após um novo período de redemocratização o Brasil se afirmou um país laico, neutro no objeto

confessional, não adotando nenhuma religião como oficial, porém nada impede que ocorra solidariedade entre Estado e Igreja em obras sociais.

Segundo Altafin (2007 p.13), “a expressão liberdade religiosa é ampla e abrange outras três liberdades: a) liberdade de crença; b) liberdade de culto; c) liberdade de organização religiosa.

Em relação a essa segmentação do direito de liberdade religiosa, pode-se dizer que a liberdade de crença refere-se ao direito do cidadão em escolher e expressar a religião que mais lhe agrada. Por outro lado a liberdade de culto diz respeito a liberdade de realizar cultos e missas. Já a liberdade de organização religiosa aborda a relação do Estado com a igreja e a forma de cooperação entre ambos.

3.2.2 – LIBERDADE DE CRENÇA

A liberdade de crença foi instituída no pensamento jurídico através da Declaração de Direitos da Virgínia. Essa declaração ditava que todo homem tem direito e é livre para praticar sua crença e religião, ou seja, é permitido escolher ou não, rejeitar, mudar ou aderir a doutrina que lhe for mais adequada.

Segundo Altafin (2007 p.14), “a liberdade de crença é a liberdade de escolha de religião, de aderir a qualquer seita religiosa, até de não aderir a religião alguma”.

Ainda neste mesmo contexto faz-se necessário falar que cada pessoa deve ser livre para poder manifestar sua preferência em relação a fé, elegendo acreditar ou não em um único Deus (ou vários deuses), escolhendo ter ou não uma religião.

Para Brandão et al (2015), “a liberdade de crença garante especialmente, a participação de atos litúrgicos que uma crença prescreve ou na qual encontra-se expressão”.

Diante disso vale informar que cada religião tem uma forma de conduzir suas reuniões sejam elas cultos ou missas, possuem também e um método a ser seguido, e uma série de crenças e valores.

3.2.3 – LIBERDADE DE CULTO

Enquanto a liberdade de crença permite ao indivíduo não ser privado de escolher e aderir a religião que mais lhe agrada no qual também é compreendido o direito de não crer, a liberdade de crença consiste no direito de orar e praticar atos e manifestações exteriores sejam em casa ou em público, bem como o recebimento de contribuições pra esse feito.

De acordo com Altafin (2007 p.14), “a liberdade de culto diz respeito á exteriorização do sentimento sagrado, de praticar ritos, de orar em casa ou em público, de ter seus templos”.

Com isso além de ser legalmente amparada pela lei, a liberdade de culto deve ser entendida como um direito absoluto e uma forma de respeito a individualidade, portanto todas os métodos, crenças e outras tendências são parte do conhecimento singular e tem a intenção de unir o homem a energia criadora e despertar sua consciência.

Pimenta (2007 p.165), “a liberdade de culto, é manifestação ou exteriorização da liberdade de crença, isso é a liberdade da pessoa de exercer de forma livre a sua religião, participando de cultos, frequentando igrejas, ostentando símbolos religiosos, professando sua fé.”

Diante dos comentários expostos pode-se falar que esse direito permite a sociedade brasileira em divulgar a doutrina escolhida em público, sem se privar de todos os métodos e conceitos que regem a religião.

3.2.4 – LIBERDADE DE ORGANIZAÇÃO RELIGIOSA

A liberdade de organização religiosa diz respeito a possibilidade de estabelecimento e organização de igreja e suas relações com o Estado, ou seja o a forma de cooperação um com o outro em diversas formas.

Para Altafin (2007 p.14), “a liberdade de organização religiosa refere-se a liberdade de determinada religião ter uma estrutura organizacional, de ter até personalidade jurídica, inclusive, para as suas relações como o Estado”.

Ainda neste mesmo contexto Chirou et al 2014 (p.109) descreve a sua visão sobre a liberdade de organização religiosa o Estado.

A liberdade de religião não está restrita a proteção aos cultos e tradições e crenças das religiões tradicionais (Católica, Judaica e Muçulmana), não havendo sequer diferença ontológica (para efeitos constitucionais) entre religiões e seitas religiosas. Creio que o critério a ser utilizado para se saber se o Estado deve dar proteção aos ritos, costumes e tradições de determinada organização religiosa não pode estar vinculado ao nome da religião e sim aos objetivos. (CHIROU et al 2014, p.109)

Por este lado faz-se importante evidenciar que a existência jurídica da liberdade de expressão religiosa afasta a interferência do Estado no processo de criação e desenvolvimento, portanto não protege as organizações religiosas estejam desviadas de sua finalidade, praticando atividades econômicas comerciando sua fé.

A organização religiosa é assegurada pela Constituição Federal de 1988 como liberdade de crença e de culto através do Art. 5º[3], no qual diz que todos os cidadãos sem distinção de raça ou natureza terão direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade. Já o Art.19º[4] rege sobre a participação do Estado perante a liberdade de crença, culto e de organização religiosa, onde fica vedado ao Estado estabelecer cultos religiosos ou igrejas, ou manter com eles dependência ou aliança.

De acordo com este contexto pode-se concluir que o Estado tem o dever de dar proteção à liberdade de organização religiosa porem não pode manter com a entidade relação de submissão.

A LEGALIDADE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO FACE O DISCURSO DO ÓDIO

Em um primeiro momento vale ressaltar que a liberdade de expressão é um direito assegurado aos cidadãos pela Constituição Federal Brasileira de 1988, e o discurso do ódio é

um dos temas mais polêmicos abordados dentro deste direito, uma vez que entra em conflito com outros valores igualmente resguardados pela norma maior que é a nossa Carta Magna.

De acordo com Meyer (2009, p.103), ela afirma que:

No discurso do ódio é colocada em teste a capacidade da liberdade de expressão de prevalecer em face dos demais princípios, ou melhor dos “contravalores”. Há, primeiramente, que se fazer uma distinção nítida entre o fato de gostar ou discordar de uma ideia e censurá-la ou negar sua manifestação. São coisas absolutamente diferentes. A liberdade de expressão permite a todo indivíduo contestar e discordar da opinião e das ideias em voga, mas negar o direito delas se manifestarem é censura. (MEYER, 2009, p.103)

Da mesma forma é necessário destacar que o direito de liberdade de expressão permite as pessoas em terem opiniões diversas, sejam elas a favor ou contra a determinado assunto ou situação e não serem repreendidas por isso. Já o discurso do ódio abrange a forma que essas mesmas pessoas se comportam no momento de expressar essa opinião, uma vez que vai de encontro com a dignidade seja ela individual ou de grupo.

Por outro lado vale comentar que o Estado democrático permite várias discussões sobre esses dois assuntos, porem deve ser levar em consideração que o discurso do ódio vai contra outros direitos que estão citados na Constituição, uma vez que ele é utilizado para disseminar a repulsa da raça, gênero, religião, nacionalidade, expondo uma forma de desprezo ou intolerância a determinados grupos.

4.1 – O DISCURSO DO ÓDIO

O discurso do ódio compõe-se de dois fundamentos básicos, que são discriminação e externalidade, ou seja, ele consiste na declaração de ideias que proclamam a discriminação racial, social e religiosa em relação a determinados grupos, ferindo a dignidade humana.

De acordo com Ursula Owen (2003 apud Smiers p.319), “as palavras podem se tornar balas, a linguagem do ódio pode matar e mutilar, como a censura”. Nesse trecho a autora ao comparar a pratica do ódio com a ditadura expressa o quanto o discurso do ódio pode interferir na relação da democracia e da liberdade de cada cidadão.

Por outro lado vale referenciar, pois mesmo que no Estado Democrático tenha uma lei que rege a segurança a cada indivíduo em manifestar sua liberdade de expressão, e que nenhum direito é totalmente absoluto, é necessário rever a análise do discurso do ódio, uma vez que ele propaga a intolerância, fazendo com que as pessoas comentam excessos, como insultos e difamação a grupos que pensam diferente delas.

De acordo com isso Portugal (2012, p.160) desvenda sobre o desrespeito.

A existência de um procedimento democrático que propicie o debate entre diferentes visões acerca do mundo e a obtenção de um determinado entendimento, que se sabe precário, contingente e passível de futura modificação, que ocasione uma ação voltada ao entendimento mútuo, é o que permite que diferentes coassociados sob o direito sejam, ao mesmo tempo, seus atores e destinatários. São esses procedimentos e não seus conteúdos que asseguram a legitimidade, por garantirem a participação no jogo democrático e

possibilitam a transformação desse poder comunicativo, oriundo da esfera pública e civil, em um poder administrativo por meio da passagem por filtros legislativos institucionalizados. É também nesse sentido que o próprio resultado do discurso do ódio não se coaduna com o ideal democrático de proporcionar a todos a possibilidade de exprimir suas opiniões, vez que ele resulta em um efeito sancionador. (PORTIGUAR 2012, p.160)

Baseada nessa concepção deve-se dizer que maior parte das pessoas ignora o efeito que o discurso do ódio provoca sobre os indivíduos. Ao falar do discurso do ódio no Brasil é importante evidenciar e importância que a Constituição de 1988 concedeu a liberdade de expressão, não abordando esse direito como completo mas especificando seus termos ao afirmar que a pessoa tem direito à indenização proporcional ao agravo causado em virtude da ofensa causada a outrem, mas em lei específica não proíbe o discurso do ódio.

A VEDAÇÃO AO DISCURSO DO ÓDIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A defesa constitucional a liberdade de expressão representa uns dos pontos mais importantes consagrados pela Constituição Federal de 1988, uma vez que possibilitou a construção de um ambiente marcado pela pluralidade política, religiosa e cultural, possibilitando a criação de uma sociedade de diversos pontos de vista.

Segundo Conrado (2013), “uma das projeções da liberdade mais caras à humanidade vem a ser a livre manifestação de pensamento. Tal direito, reconhecido como fundamental pelo artigo 5º, incisos IV e IX, da Constituição Federal de 1988’.

Neste mesmo contexto vale citar que este direito, possibilita o ser humano a pensar e livremente difundir suas ideias através da ação, porém ao colocar em prática, criando o novo, transforma o mundo que o cerca, impulsionando-o a novas descobertas.

Para Santos (2014), “apesar de a CRFB/88, promulgada após o fim da ditadura militar, garantir a igualdade dos indivíduos perante a lei e a proteção legal contra a discriminação, não existe no Brasil nenhuma legislação específica em relação ao discurso do ódio.”

No Brasil ainda não tem uma legislação que especifica ou que trate sobre o discurso do ódio, porém existem várias medidas que estão sendo discutidas para que essa ação tenha fim. Um exemplo disso é a lei nº 7.716/1989 que versa sobre o racismo. Essa lei demonstra que tais ações não devem ser aceitas e que devem ser penalizadas responsabilizando todos os indivíduos pelos seus atos.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA E O DISCURSO DO ÓDIO

Sabe-se que a liberdade de expressão religiosa tange-se ao direito que a população tem de expressar, praticar e divulgar a sua doutrina, sem ser recriminada por isso. Por outro lado sabe-se também que o discurso do ódio é relacionado como forma que as pessoas expressam a sua opinião sobre a situação sendo favorável ou não a seus conceitos, ou seja é o abuso da liberdade de expressão que lhe foi concedido.

Lima (2014), “numa sociedade, a tolerância é característica essencial e inescusável, com todos aceitando e sendo aceitos com suas diferenças. Tem, portanto, o Estado o dever de coibir e punir os intolerantes, concedendo assim o direito a não discriminação”.

Uma vez que cada cidadão tem o direito de gostar ou não da crença das demais pessoas, surgem então o conflito entre a liberdade de expressão religiosa e o discurso do ódio, pois o primeiro é um direito previsto na Constituição Federal, e o segundo vai contra a carta magna porem não tem uma lei que proíbe a sua pratica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou demonstrar como surgiu a liberdade de expressão como direito na Constituição Federal, uma vez que após a criação desta carta magna e com a opressão da ditadura, os cidadãos passaram a ter os seus direitos protegidos pela lei maior que e o estado.

A liberdade de expressão é um dos direitos mais estimados pela Constituição Federal sendo resultante do direito a manifestação do pensamento. A liberdade de expressão é assunto abrangente, ou seja um instrumento pra a democracia, na medida que permite a vontade da população ser formada através de opiniões.

Na pesquisa que foi realizada verifica-se que existem vários tipos de liberdade de expressão, dentre elas a liberdade de expressão religiosa que se divide em três categorias, que são liberdade e crença, liberdade de culto e liberdade religiosa. Todas garantem aos cidadãos o direito de expressar e praticar a sua fé.

Ainda neste mesmo contexto dentro do tema liberdade de expressão podemos citar um assunto que é muito discutido que é o discurso do ódio, que diz respeito a forma que a pessoa expressa a sua opinião perante a determinada situação sendo conta a favor dos seus princípios.

Nota-se que o discurso do ódio, traz conflitos pois vai de encontro com as premissas da Constituição Federal, uma vez que ele propaga a retaliação, a reclusão, o preconceito, o racismos, dentre outras ofensas a mais.

Em virtude dos fatos mencionados conclui-se que na legislação brasileira não existe nenhuma lei ou ato normativo que proíba o discurso do ódio. Portanto é necessário ressaltar que a Constituição assegura a liberdade de expressão como direito concedido a qualquer cidadão para expor seu pensamento, palavras e opiniões, porem este comportamento deve ser preservado dentro da nossa democracia.

Diante disso não é aceitável permitir que um discurso do ódio possa denegrir determinados grupos, em razão de religião, raça, etnia ou qualquer outra dimensão. Cada pessoa, em sua modalidade, pertencendo a determinado grupo ou não, possui tanto valor quanto outra pessoa o proveniente de diferentes contingências.

É importante ressaltar que mediante ao trecho exposto no parágrafo anterior surge a necessidade de aderir á políticas pluralistas e promover interações culturais. É essencial assegurar a autonomia pública e privada, mas não é permitido uma sociedade que adota uma perspectiva discursiva utilizando a liberdade de expressão e adotando um discurso do ódio, que vai prejudicar a dignidade humana em seus vários aspectos.

Torna-se necessário portanto afirmar que o sistema democrático da diversificação e da liberdade de expressão exige, uma discussão ampla e aberta, na qual ordena a convivência pacífica de todas as ideias, ideologias e opiniões.

REFERÊNCIAS

- ALTAFIN, Juarez. O Cristianismo e a Constituição. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del rey, 2007.
- ANASTASIA, Fátima et al. Reforma política no Brasil. 1ª Ed. Belo Horizonte: Editora Universitária, 2007.
- BALEEIRO, Aliomar. Constituições Brasileiras: 1891. – v.2 – Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001
- BRANDÃO, Cláudio, et al. Do Direito Natural ao Direitos Humanos. 1ª Ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- CARVALHO, Rayanna Silva. Liberdade Constitucionais: breves anotações. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12809&revista_caderno=9> Acesso em: 09.nov.2015.
- CASTRO, Gilson Moura. A imigração no Brasil. 2014. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=RBtGBQAAQBAJ&pg=PA7&dq=liberdade+religiosa+no+Brasil&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwi_sbeIoKTJAhUHmJAKHR6KAXw4ChDoAQgaMAA#v=onepage&q=liberdade%20religiosa%20no%20Brasil&f=false> Acesso: 20.nov.2015
- CHIROU, Yaco Alexander Kirzner. Diálogos entre as culturas judaica e contemporânea. 1ª Ed. São Paulo: Instituto Cultural Interface, 2014.
- Comissão dos Direitos Humanos da Ordem dos Advogados. Direitos Humanos: Cidadania e Igualdade. 1ª Ed. São João do Estoril: Príncipia Editora, 2006.
- DEVINE, Carol, et al. Direitos Humanos: Referências Essenciais. 1ª Ed. São Paulo: Edusp, 2007.
- FERREIRA, Francilu São Leão Azevedo. A liberdade religiosa nas constituições brasileiras e o desenvolvimento da Igreja Protestante. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13496&revista_caderno=27> Acesso em: 03.11.2015
- GARRET, Marina Batista. A necessidade de limites à liberdade religiosa. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2372/A-necessidade-de-limites-a-liberdade-religiosa>> Acesso em: 11.nov.2015
- GIANNOTTI, Vito. História das Lutas dos Trabalhadores no Brasil. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007.
- LELLIS, Lélío Maximino, et al. Manual de Liberdade Religiosa. 1ª Ed. Engenheiro Coelho: Ideal Editora, 2013
- LIMA, Isan Almeida. Liberdade de expressão e de crença x direito a não discriminação: “hate speech” homofóbico em livros didáticos religiosos. 2014. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14456&revista_caderno=9> Acesso em: 01.nov.2015
- MARSHALL, Paul, et al. Perseguidos: O Ataque global aos cristãos. 1ª Ed. São Paulo: Mundo Cristão, 2013.

- MELO, José Tarcizio de Almeida. *Direito Constitucional no Brasil*. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- MEYER-PF LUG, Samnatha. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MONDAINE, Marcos. *Direitos Humanos no Brasil Contemporâneo*. 1ª Ed. Recife: Editora Universitária, 2008.
- PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkimim. *Teoria da Constituição*. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- POTIGUAR, Alex. *Liberdade de expressão e discurso do ódio: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença*. Brasília: Consulex, 2012.
- REIS, Daniel Aarão. *Ditadura e Democracia no Brasil*. 2000. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=i17PAgAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=a+ditada+no+Brasil&hl=pt-BR&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=a%20ditadura%20no%20Brasil&f=false> Acesso em: 20.nov.2015
- SANTANA, Mirian Ilza. *Censura no período da ditadura*. Ano 2015. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/censura-no-periodo-da-ditadura/>> Acesso em: 04.nov.2015
- SANTIAGO, Emerson. *Liberdade de Expressão*. Ano 2015. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/liberdade-de-expressao/>> Acesso em: 10.nov.2015
- SANTOS, Cecilia MacDowell dos. *A Mobilização Transnacional do Direito: Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*. 1ª Ed. Coimbra: Almedina, 2012
- SANTOS, Gustavo Ferreira, et al. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio no Brasil*. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/File/780/621> Acesso em: 22.nov.2015
- SARLET, Wolfgang. *Liberdade religiosa e dever de neutralidade estatal na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/direitos-fundamentais-liberdade-religiosa-dever-neutralidade-estatal-constituicao-federal-1988>> Acesso em: 16.nov.2015
- SILVA, Ney. *Estudo de Direito: Coletânea de artigo vol.1*. 1ª Ed. São Luiz: NS Editor, 2012.
- SMIERS, Josst. *Artes sob pressão: Promovendo a diversidade cultural na era da globalização*. 1ª Ed. São Paulo: Escrituras, 2003)
- [1] A Declaração De Virgínia, foi feita em 16/06/1776, proclamou o direito à vida, a liberdade e a propriedade. Outros direitos humanos forma expressos na declaração, como princípio de legalidade, a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa.
- [2] Todo indivíduo tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou particular.
- [3] Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade

[4] Art. 19º - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; II - recusar fé aos documentos públicos; III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

(Fonte: <https://jus.com.br/artigos/55573/liberdade-de-expressao-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988>, data de acesso: 25/05/2020)

6. Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata

Marilene Carneiro Matos

Publicado em 06/2018. Elaborado em 08/2017.

DIREITO CONSTITUCIONAL

HERMENÊUTICA (DIREITO CONSTITUCIONAL)

DIREITOS FUNDAMENTAIS (DIREITO CONSTITUCIONAL)

PRINCÍPIOS (DIREITO CONSTITUCIONAL)

Refletimos sobre os principais fundamentos que garantem a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, nos termos propostos pela Constituição.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho originou-se dos estudos desenvolvidos por Grupo de Pesquisa e Extensão – GPE da Câmara dos Deputados que, ao estudar a colisão de direitos fundamentais, por via de consequência, adentrou nas características desses direitos e garantias, concedendo à característica da aplicabilidade imediata, prevista pelo § 1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, análise mais aprofundada, justamente, pelas discussões e perplexidades que gera.

Por meio de análise doutrinária e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, buscou-se aferir o alcance e significado do enunciado constitucionalmente previsto, o qual dispõe textualmente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988). O estudo visou a compatibilizar o dispositivo do § 1º do art. 5º, em uma interpretação harmônica, com as normas constitucionais que preveem o Mandado de Injunção “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, bem como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, cabível sempre que ocorrer a “inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”.

À primeira vista, em análise superficial, há a ideia de que o constituinte originário, com a redação dada ao § 1º do art. 5º, tencionou dar a máxima efetividade aos direitos fundamentais, em toda e qualquer circunstância. Entrementes, na prática, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais enseja inúmeras dúvidas e contradições. Além do que, como mencionado, persistem dúvidas no tocante à harmonização de tal dispositivo com o Mandado de Injunção e com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.

Entre os direitos fundamentais, distinguem-se os de caráter negativo ou de liberdade, que impõem uma abstenção ou um “não fazer” do Estado, daqueles de caráter

positivo ou prestacional do ente estatal. Dessa forma, considerando-se que a Constituição de 1988 consagrou um considerável catálogo de direitos de índole positiva, ao tempo em que o aparato estatal não logrou acompanhar todo o rol de direitos em políticas públicas, como pensar a efetivação dos direitos fundamentais conciliando o nobre dispositivo do parágrafo primeiro do artigo 5º com a realidade fática dos recursos escassos e com o respeito à separação de Poderes?

O presente estudo visa a focar os direitos fundamentais sob o aspecto da efetividade, que nada mais é que a aptidão para produzir efeitos, para mudar a realidade fática. A seu turno, a efetividade se relaciona de forma umbilical com a judicialização das normas constitucionais ou seu cumprimento forçado, por intermédio de uma ordem judicial. Sem a pretensão de esgotar o tema, objeto de preocupação de diversos outros estudiosos, o trabalho pretende lançar um novo olhar, uma nova contribuição para melhor compreender o assunto, mormente, por tratar-se de tema de extremo interesse para o Poder Legislativo, muitas vezes questionado diante de omissões legislativas, às quais, por sua vez, geram questionamentos acerca do alcance do mencionado § 1º do art. 5º da Constituição, bem como ante os instrumentos do Mandado de Injunção e da ADIN por omissão.

2 DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são garantias que visam a preservar a dignidade da pessoa humana e, por isso, se revestem de características que lhes são atribuídas de forma mais ou menos consensual pela doutrina e pela maioria das cartas políticas, tais como, a universalidade, o caráter absoluto, a constitucionalização, a historicidade, a inalienabilidade, a indisponibilidade, a vinculação aos Poderes Públicos, bem como a aplicabilidade imediata, esta última, objeto do presente estudo.

A Constituição brasileira dispõe, no § 1º do art. 5º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, ou seja, via de regra, as garantias que configuram direitos fundamentais não dependem de atuação legislativa, visto que a própria Carta Política lhes assegura a imediata aplicabilidade. Isso porque, nos termos consagrados pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana é considerada como fundamento próprio da República Federativa do Brasil. Tal valor é vetor de aplicação de toda a Carta Constitucional, motivo pelo qual a efetividade dos direitos fundamentais não poderia ser deixada à mercê da vontade legiferante no que se refere à sua aplicação.

Nesse sentido, pensou-se em conferir aplicabilidade imediata às normas garantidoras de direitos fundamentais como um mecanismo passível de evitar que tais direitos pudessem tornar-se “letra morta”, em caso de omissão legislativa. Diante da necessidade de ultrapassar-se um Estado de Direito meramente formal, concretizando-se realmente as garantias de direitos fundamentais, achou por bem o legislador constituinte originário deferir-lhe a característica da aplicabilidade imediata.

Tal preocupação adveio, em parte, da experiência histórica, que mostrou a gravidade de que podem se revestir situações em que os direitos fundamentais dependem da regulamentação legislativa ordinária. Exemplo dos efeitos maléficos de tal situação pode ser

visualizado na experiência Alemã, com a Constituição vigente à época em que prevaleceu o nazismo, que ignorou todas as garantias previstas pela Constituição de Weimar. Tal fato possibilitou a implantação do regime totalitário de 1933. Tamanha distorção foi corrigida, a posteriori, pela Constituição de 1949, a qual apregoou que os direitos fundamentais eram de aplicabilidade imediata.

Além da desastrosa experiência alemã, passou a vigorar, de forma mais ou menos generalizada pelas Constituições, o entendimento de que os direitos fundamentais decorriam diretamente do poder constituinte originário, que por sua relevância e prevalência não deveriam depender da atuação do legislador ordinário. Nesse diapasão, após a tragédia alemã, várias outras Constituições passaram a garantir a aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, entre as quais se podem exemplificar: a Constituição Espanhola, no art. 33; a Constituição Portuguesa, no artigo 18, bem como a Constituição Brasileira de 1988, no já mencionado § 1º do art. 5º.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 se inspirou na Constituição da República Portuguesa de 1976 (art.18, § 1), a qual, a seu turno, imitou a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, bem como na Constituição Espanhola, para instituir a garantia da aplicabilidade imediata em termos semelhantes ao atualmente disposto no §1º do art. 5º.

A característica da aplicabilidade imediata dos Direitos Fundamentais é de suma importância, porque preserva e garante a dignidade da pessoa humana, a qual configura um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Nesses lindes, seria desprovido de razoabilidade entender-se que os direitos e garantias fundamentais devem depender para sua concretude de amoldar-se às prescrições legislativas, ao contrário, a lei ordinária é que se deve adaptar às prescrições de direitos fundamentais. Assim, normas que consagrem direitos fundamentais não devem ser consideradas apenas normas matrizes de outras normas, visto que têm o condão de regular diretamente relações jurídicas.

Ao não se conferir efetividade a normas de direitos fundamentais, poder-se-ia incorrer na falta de efetividade das normas constitucionais, as quais, no pensamento do publicista francês Louis Favoreu in Silva (2007, p.600), não são direito, “por se tratar de um texto demasiado vago, excessivamente geral, que carece de força normativa e que não tem nenhuma densidade enquanto norma”.

Nessa linha, para que se concretize um estado social democrata, faz-se imperioso reconhecer a judiciabilidade dos direitos fundamentais, passíveis, por si só, de gerar direito subjetivo e proteção judicial. Portanto, o texto constitucional não se configura mera carta de intenções e não se limita a ditar direitos de forma objetiva. Por essa razão, o próprio texto constitucional prevê remédios jurídicos protetores da efetivação dos direitos fundamentais, entre os quais se pode exemplificar, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, o Mandado de Injunção, o Mandado de Segurança, o Habeas Corpus e o Habeas Data.

Considerando que às normas consagradoras de direitos fundamentais foram conferidas máxima efetividade, os magistrados não só têm a possibilidade, mas também o dever de aplicar diretamente as normas de direitos fundamentais para decidir casos concretos que sejam submetidos às suas decisões, sem depender, para tanto, da existência de lei ordinária.

3 APLICABILIDADE IMEDIATA – SEPARAÇÃO DE PODERES E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Na visão de Alexy (2008, p.186), os direitos fundamentais dividem-se em três categorias: direitos a algo, liberdades e competências. As liberdades constituem-se em opções de conduta que o legislador deixa a cargo dos indivíduos; competências é a capacidade que o administrado tem de modificar posição jurídica; os direitos a algo, classificação que mais interessa ao nosso estudo, são ações positivas e negativas a que o Estado se obriga na concretização dos direitos fundamentais.

Assim, as prestações negativas ou abstenções do Estado poderiam ser exemplificadas como o não impedimento por parte do ente estatal de ações não proibidas dos cidadãos, não modificação de propriedades e situações jurídicas. Em outra mão, os direitos positivos, ou direitos prestacionais, subdividem-se em prestações fáticas e normativas, relacionando-se às ações que o Estado se deve obrigar para concretizar determinado direito fundamental.

Para Alexy (2008), os direitos subjetivos prestacionais equivalem a uma relação trivalente entre um titular de direito fundamental, o Estado e uma ação positiva por parte do aparato Estatal. Há um direito subjetivo do indivíduo frente ao Estado e um dever do Estado de realizar a prestação correspondente ao direito. O doutrinador comunga da ideia da maioria da doutrina constitucional, no sentido de que os direitos fundamentais, dada sua importância, não podem ser deixados ao livre arbítrio do legislador ordinário. Para essa linha de pensamento, antes de subordinarem-se os direitos fundamentais à legislação ordinária, esta última é que se deve nortear pelos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Esse é também o entendimento esposado por Bandeira de Mello (1981, p.245) que, discorrendo acerca dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade, aduz que a lei não pode superar a Constituição em força, a despeito da imprecisão e da maior fluidez dos seus conceitos. Muito embora se admita que o direito sofra a influência da cláusula restritiva desse direito consubstanciada na reserva do possível – daquilo que o indivíduo possa razoavelmente exigir da sociedade – isso não implica na ineficácia do direito e sim que ele está sujeito à ponderação na sua aplicação.

A despeito da corrente doutrinária que nega o caráter de subjetividade aos direitos fundamentais sociais, da qual se exemplifica Barroso (2001, p.104), há fortes argumentos para conferir-se positividade jurídica aos direitos fundamentais, sendo esse o pensamento de Canotilho (2002), para quem as normas programáticas são dotadas de positividade jurídica. Segundo o constitucionalista: "a positividade é dotada de eficácia vinculativa à medida em que implica vinculação permanente do legislador à sua realização; vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores e, por último, vinculação negativa dos poderes públicos, no sentido de que os atos que as contrariem deverão ser censurados por inconstitucionalidade." (CANOTILHO, 2002, p.1102-1103)

Inegável que a interpretação que melhor se coaduna com um estado social de direito é a que reconhece aos direitos fundamentais, a despeito do seu caráter programático, autêntica natureza de direito público subjetivo. Com efeito, os direitos fundamentais

possuem todas as características indispensáveis à sua subjetivação, tais como, estar positivados em norma jurídica, corresponder a cada um deles deveres correlatos para sua implementação, bem como existirem remédios jurídicos constitucionais que exijam suas concretizações.

Tais direitos detêm, portanto, positividade, normatividade e justiciabilidade. Nessa linha, entende-se que as normas programáticas são dotadas de positividade jurídica, que, segundo o autor: "essa positividade é dotada de eficácia vinculativa na medida em que implica vinculação permanente do legislador à sua realização; vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores e, por último, vinculação negativa dos Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata poderes públicos, no sentido de que os atos que as contrariem deverão ser censurados por inconstitucionalidade". (CANOTILHO, 2002, p.90).

A aplicabilidade imediata obriga que as normas de direitos fundamentais sejam efetivadas pelos Poderes Públicos, independente de intervenção legislativa, ou seja, a Administração e o Judiciário estão obrigados a concretizá-las. Quando se trata da atuação judicial, o assunto relaciona-se com a questão da integração da norma pelo juiz, ou ativismo judicial. Isso porque, constituindo o direito fundamental norma aberta, de caráter princiológico, a sua aplicação prática enseja a integração pelo julgador. Há, portanto, uma séria questão envolvendo os limites da integração prática da norma pelo juiz, em cotejo com a separação de poderes e até mesmo com a discricionariedade administrativa quanto à execução de políticas públicas.

Ao entender-se que toda e qualquer norma de direito fundamental tem a característica da aplicabilidade imediata, é inegável que o juiz agirá como elemento integrador na realidade concreta, esta muito mais rica e complexa do que a previsão abstrata da norma. As críticas norteiam-se por um conceito estrito de uma separação rígida de poderes, que na prática não se observa, ao atribuir ao juiz conduta de estar assumindo o papel de legislador.

Em sua atividade integradora, quando da aplicação de direitos fundamentais, não há que se falar em transformação do juiz em legislador. Atente-se que, quando o julgador profere uma decisão integratória, ele não está legislando ante a ausência dos atributos básicos da lei: generalidade, abstração e universalidade. A decisão do juiz refere-se a um caso concreto a ele submetido.

Ademais, nunca é excessivo lembrar que as decisões judiciais são objetos de inúmeros controles: contraditório, ampla defesa, bem como eventuais recursos cabíveis. Assim é quase impossível que decisão judicial quanto à matéria de direitos fundamentais revista-se de arbitrariedade. Oportuno realçar, também, que a decisão judicial integradora do direito fundamental não pode inovar a ordem jurídica. Embora se deva extrair da norma o máximo possível de significados, não é dado ao aplicador criar situações não albergadas pela norma. Dessa forma, o julgador utiliza-se de elementos não textuais para integração da norma. Nesse sentido, afigurando-se uma norma de direito fundamental de conteúdo aberto, cuja pormenorização não foi levada a efeito pelo legislador ordinário, ante a disposição do § 1º do art. 5º, o juiz está legitimado a utilizar-se das diversas técnicas interpretativas que lhe permitam extrair o significado da norma.

Há que se atentar também que, além dos controles das partes envolvidas e dos recursos processuais, todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, obrigando o julgador a pormenorizar as razões do seu convencimento. Assim sendo, o juiz terá que demonstrar em que se baseou sua decisão, a qual não poderá prescindir da razoabilidade, para ser considerada válida. No dizer de Moro(2001):

O desenvolvimento e a efetivação judicial das normas constitucionais, por mais vagas que sejam, estarão legitimados caso o juiz logre demonstrar a consistência de sua atividade. Se assim o fizer, não se coloca em questão o argumento democrático. Este exige, apenas, conforme visto, a reserva de consistência (MORO, 2001, p.89).

Em outra mão, o Juiz, ao proferir decisão integradora da lacuna legislativa, não se suprime de fazê-lo, respeitando os demais direitos constitucionalmente assegurados, tendo em conta o princípio da proporcionalidade, bem como violar a garantia essencial de direitos eventualmente colidentes. Vê-se, dessa forma, que à atuação judicial impõe-se uma série de limites, os quais impedem que seja ultrapassada a discricionariedade, aberta pelo legislador constitucional ao tratar de direitos fundamentais. A par dos limites que são impostos à decisão judicial integradora, deve ser observado o limite mínimo do conteúdo do direito fundamental que a Constituição consagrou ao indivíduo. Tal limite mínimo adstringe-se à dignidade humana e ao mínimo vital.

No que tange à questão da discricionariedade administrativa para dar execução a políticas públicas, há diversas considerações que merecem ser levadas em conta. Em primeiro lugar, há que se considerar os diversos princípios constitucionais a que se submete a Administração Pública. Segundo o art. 37 da Carta, são eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Afigura-se inegável que a Administração Pública se submete aos ditames constitucionais, incluída a máxima efetividade que Carta Constitucional deferiu aos direitos fundamentais.

Nesses lindes, o Poder Executivo submete-se aos ditames estabelecidos pela Constituição de 1988. Nessa linha, até mesmo a alocação de recursos financeiros mediante o orçamento público deverá ser compatibilizada com a máxima efetividade possível dos direitos fundamentais, além de qualquer outra atividade desenvolvida pela Administração Pública. Trata-se de dever jurídico imposto à Administração, cujo descumprimento é passível de ensejar o controle jurisdicional, mediante os remédios estabelecidos pelas leis e pela Constituição. (BONTEMPO, 2005).

Dessa forma, a discricionariedade administrativa encontra limites nos objetivos consagrados pela própria Constituição Federal. Considerando-se que os direitos fundamentais constituem vetor de realização da dignidade humana, a atividade administrativa há que se pautar na concretização desses direitos. Quando atuar de forma diferente, será passível de correção pelas vias judiciais. Com efeito, oportuno ressaltar o conceito de discricionariedade para Bandeira de Mello (1998): "a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela

não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente." (MELLO, 1998, p.48)

Conclui-se, dessa forma, que a discricionariedade para execução de políticas públicas tendentes a realizar direitos fundamentais cabíveis ao administrador é mínima. Dessa maneira, a Administração pode decidir a forma pela qual as políticas serão executadas, mas nunca se tais políticas serão realizadas ou não. No que toca ao tema, cumpre trazer à baila a lição de Frischeisen (2000), no sentido de que:

A Constituição Federal Brasileira de 1988 estabelece não só os direitos sociais (arts. 6º e 7º em especial), mas também, as linhas gerais (políticas públicas) pelas quais os administradores devem se pautar para garantir o efetivo exercício de tais direitos (as normas constitucionais da ordem social). (...) Nesse contexto constitucional, que implica também a renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização, e sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer (FRISCHEINSEN, 2000, P.58-59)

Portanto, outra conclusão não resta senão a de que a supremacia da Constituição obriga o Poder Executivo a realizar as políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos fundamentais albergados pela ordem constitucional.

4 MANIFESTAÇÕES DO STF

O STF, em suas decisões, de forma geral, tem deferido aos direitos e garantias fundamentais a aplicação imediata, o que fez de forma expressa, quando do julgamento do RE 136.753 (impenhorabilidade da pequena propriedade rural trabalhada pela família), bem como por ocasião do julgamento da Extradicação 986, e do MI 712 – Direito de Greve dos Servidores Públicos.

Assim, a título exemplificativo, o Pretório Excelso tem dado o mesmo entendimento com relação ao direito de igualdade, por ocasião dos seguintes julgamentos: MI 58; RE-AgR 345.598; HC 95.009; MS 26.690 e RE 590.409. Da mesma forma o STF tem se pronunciado em relação a diversos outros direitos fundamentais, tais como: à intimidade (HC 71.373), à liberdade de expressão (RE 460.880), à inviolabilidade do domicílio (ADPF 130), ao direito de o estrangeiro impetrar habeas corpus (HC 72391-QO), ao direito de os presos terem preservadas suas integridades físicas (MS 25382), à razoável duração do processo (HC 91986), à saúde (STA-Agr 171), bem como à educação (RE 163231).

No que tange a direitos configuradores de prestações positivas do Estado, tais como os direitos sociais e econômicos, o STF, por ocasião do julgamento do RE-AgR 436.996, no qual se discutia o direito à educação, manifestou-se nos seguintes termos: "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. [...]"

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário,

determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. [negrito conforme original]. (RE 436.996)

Vê-se, assim, que a Corte Constitucional inclina-se a reconhecer a aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais de forma geral. Quando se trata de direitos que impliquem numa prestação do Estado, embora com ressalvas, também o STF tem admitido que o particular possa recorrer ao Judiciário diante de situações configuradoras de lesão.

5 CORRENTES DOUTRINÁRIAS

Muito embora o enunciado contido no § 1º do art. 5º da Constituição pareça, à primeira vista, conciso e cristalino, seu alcance e significado ainda suscitam diversas dúvidas, sendo objeto de inúmeras discussões. A despeito dos questionamentos que a aplicabilidade imediata tem provocado, entende-se que a Constituição Federal impôs um respeito aos direitos e garantias fundamentais no momento presente. É consenso também que a aplicabilidade imediata leva ao fato de que os direitos e garantias fundamentais não dependem necessariamente da atuação do Legislativo ou do Executivo.

A questão que se coloca é saber se em toda e qualquer circunstância e em que medida se aplica o enunciado constante do § 1º do art. 5º da Carta Constitucional. Há diversos posicionamentos relativos ao assunto. Ferreira Filho (1998) entende que o mencionado § 1º do art. 5º da CF não tem o condão de alterar a “natureza” das coisas, ou seja, que nem toda norma de direito fundamental tem aplicabilidade imediata. O constitucionalista embasa seu entendimento na previsão normativa do Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI) e na ADIN por omissão (art. 103, § 2º). Tais Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata remédios jurídicos constituiriam sintomas de que o constituinte originário já previa que dados direitos fundamentais iriam depender de normatização ordinária.

Nessa linha, para Ferreira Filho (1988), afigura-se impraticável conferir-se aplicabilidade imediata a normas constitucionais que dependam de regulamentação da lei ordinária. Para ele, há normas constitucionais que não são auto-aplicáveis, motivo pelo qual o próprio constituinte inseriu os mecanismos para suprir as omissões legislativas – o Mandado de Injunção e a ADIN por omissão. Assim, o doutrinador distingue as normas autoexecutáveis em duas categorias: “bastantes em si” e “não bastantes em si”. Em sua argumentação, Ferreira Filho (1988) defende que somente teriam aplicação imediata normas completas, que se bastam. Nessa linha, a função do § 1º do art. 5º seria, em conjunto com o Mandado de Injunção e com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, “impedir que os direitos fundamentais permaneçam letra morta no texto da Constituição”.

Já a interpretação proposta por Eros Grau (1997) sugere que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata em toda e qualquer situação, independentemente da atuação legislativa ou administrativa. Tal interpretação atribui ao § 1º do artigo 5º da

Constituição força máxima Deste modo, as normas configuradoras de direitos e garantias fundamentais teriam imediata exequibilidade e máximo alcance, a despeito de eventual existência de qualquer lacuna ou até mesmo de referência a uma complementação legislativa. Para o doutrinador:

O dever de aplicação imediata autoriza o Poder Judiciário a suprir, no caso concreto, lacunas (falta de norma legislativa ou medida administrativa) que obstaculizam a exequibilidade imediata de direito ou garantia fundamental; autoriza o Poder Judiciário a 'inovar o ordenamento jurídico', a 'produzir direito', se necessário for (GRAU, 1997, p. 312-324).

Em outra mão, numa interpretação que se localiza em um meio termo, Celso Ribeiro Bastos (1989) entende que as normas que definem direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, na medida do possível. Nesse sentido, a aplicabilidade imediata das normas de direitos e garantias fundamentais seria a regra, que teria duas exceções: a) quando a própria Constituição previr a complementação legislativa; b) no caso de a aplicação imediata da garantia importar em transformar o juiz em legislador (BASTOS, 1989, p.392-393). Acompanhando essa última posição, Silva (1998, p.165) entende que os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata até onde possam, o que significa dizer que, são efetivos desde que as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Nas palavras do doutrinador:

A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto que as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma legislação integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais (SILVA, 1996, p.178-179).

Outra posição é a defendida por Sarlet (1998, p.49), para quem os termos do preceito do § 1º do art. 5º contêm norma de caráter principiológico, ou seja, trata-se de princípio cuja aplicação pressupõe um mandado de otimização. Para ele, aos Poderes Públicos é dado atribuir a máxima eficácia possível aos direitos e garantias fundamentais, visto que o § 1º do art. 5º contém uma presunção de aplicabilidade imediata que somente poderá ser afastada na hipótese de expressa justificativa para tal. Para Sarlet: "(...) os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, o que, por outro lado (...) não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positividade, do objeto e da função que cada preceito desempenha." (SARLET, 1998, p.49).

Sarlet (1998) adota a concepção de princípio constitucional como mandado de otimização, nos termos defendidos por Robert Alexy, e tenta conciliar duas visões que parecem contraditórias: a de que o § 1º do art. 5º obriga que as normas de direitos e garantias fundamentais tenham aplicabilidade imediata, e a de que ditas normas são aplicadas obedecendo-se a uma graduação, em virtude das características específicas de que se reveste cada direito ou garantia fundamental.

Na concepção brasileira, em termos dogmáticos, o dispositivo do § 1º do art. 5º leva ao entendimento de que normas definidoras de direitos e garantias fundamentais não são meras normas programáticas ou que originam outras normas, ao contrário, geram direitos subjetivos, concretos e autônomos de aplicação direta. Nessa linha, configuram normas de aplicação atual, independem de critérios de oportunidade e conveniência dos Poderes Públicos. Ademais, constituem normas de estatura superior, por se derivarem da própria Constituição, isto é, contam com a vinculação inafastável e imediata dos Poderes Públicos.

Dessa forma, remanesce o seguinte questionamento: diante do § 1º do art. 5º da CF/88, toda e qualquer norma de direito fundamental tem aplicação imediata sempre e em qualquer situação?

A resposta a essa questão depende de uma determinada análise da conjuntura jurídico constitucional. Assim, há que se atentar para a norma do inciso LXXI do art. 5º da Carta, a qual apregoa caber o Mandado de Injunção ante a falta de norma regulamentadora passível de tornar inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Outra questão é atinente à previsão constitucional do § 2º do art. 103, que prevê a ADIN por omissão.

Ambos os dispositivos, tanto o Mandado de Injunção quanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão levam o intérprete a crer que a própria Constituição brasileira previu a hipótese de normas configuradoras de direitos e garantias fundamentais não serem passíveis de ser concretizadas de forma imediata. Ademais, há normas cuja plenitude de efeitos depende necessariamente de atuação legislativa.

Ressalte-se, entretanto, que, ainda que se trate de preceito de direito fundamental que requeira intervenção legislativa ou condições materiais mínimas, isso não significa que nessa hipótese não incida a aplicabilidade imediata, a qual continua passível de ser invocada para diversas finalidades, entre as quais: declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, anular ato administrativo, bem como anular ou reformar decisão judicial em desacordo com o preceito.

Nessa linha, outra não pode ser a interpretação senão aquela que reza que toda norma de direito constitucional tem eficácia, variando apenas o grau de eficácia. Acorde com essa interpretação há uma teoria bastante interessante, que entende que todos os direitos fundamentais são constituídos de “feixes de posição”. Para tal teoria, há o direito fundamental completo (ALEXY, 2008), constituído de diversas posições jurídicas ou “feixes”.

Significa dizer que, muito embora determinada posição relativa de um direito fundamental dependa necessariamente de intervenção legislativa, outras posições jurídicas do mesmo direito fundamental são passíveis de contar com a aplicabilidade imediata.

Nesse sentido, a aplicabilidade imediata garante que dada ou dadas posições jurídicas que constituem um direito fundamental sejam concretizadas na atualidade, o que não contradiz a aceção que admite a hipótese de uma outra posição jurídica do mesmo direito não contar com a aplicação imediata por depender de intervenção legislativa. Assim, todos os direitos e garantias fundamentais contam com aplicabilidade imediata ao menos de algumas posições jurídicas, sendo que a aplicabilidade total do direito, com efeito pleno, às vezes dependerá da lei regulamentadora. Há que se considerar, ainda, que na aplicação dos direitos fundamentais há sempre um juízo de ponderação, ou seja, no dizer de ALEXY (2008): Os direitos fundamentais, todos eles, quando constitucionalmente consagrados são, por natureza, imanentemente dotados de uma reserva geral de ponderação que tem precisamente aquele sentido: independentemente da forma e força constitucional que lhes são atribuídas, eles podem ceder perante a maior força ou peso que apresentam, no caso concreto, os direitos, bens, princípios ou interesses de sentido contrário (ALEXY, 2008, p.248253).

Exemplo concreto bastante emblemático é a colisão que normalmente se observa entre o direito fundamental à intimidade em contraposição à liberdade de expressão. Muito embora o primeiro configure norma de direito fundamental, cuja aplicabilidade imediata é garantida pela própria Constituição Federal, sua aplicação é restringida pelo âmbito de aplicação do direito à intimidade, em um juízo de ponderação.

6 CONCLUSÃO

O tema objeto do estudo apresentou-se fascinante e ao mesmo tempo árduo. Apaixonante, como é sempre o estudo dos direitos fundamentais, decorrência direta do postulado da dignidade humana. Em outra mão, entender-se o alcance e significado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais afigurou-se penoso diante das diversas circunstâncias que envolvem o tema, bem como ante a diversidade de posições da doutrina constitucional.

Estudar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é antes de tudo entender seu alcance e significado na ordem jurídica e na vida prática. Deste modo, faz-se necessário estudar a aptidão que têm os direitos fundamentais de produzir efeitos na vida prática, mudar a realidade fática, conferir-lhes efetividade.

Com efeito, tal postulado foi instituído ante o temor de incorrer-se em uma neutralização dos direitos fundamentais, caso não se atribuísse a eles a máxima efetividade possível, a exemplo do que ocorreu na República da Alemanha, à época da Constituição nazista. À época, entendeu-se que os direitos fundamentais dependiam da regulamentação do legislador ordinário, que da forma como se encontravam no texto constitucional não tinham qualquer aptidão para produzir efeitos.

Por outro lado, não podem ser desconsiderados diversos fatores que intervêm para que se dê máxima efetividade possível aos direitos fundamentais, tantos jurídicos quanto fáticos. Sem excluir muitos outros possíveis entraves, há que ser harmonizada a aplicabilidade imediata com a separação de poderes, a discricionariedade administrativa, os escassos recursos públicos disponíveis.

Entre as posições doutrinárias que enfrentaram o assunto, há as correntes mais restritivas, que entendem que o postulado contido no § 1º do art. 5º somente se aplica “na medida do possível”, posição defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1988). Para o doutrinador, quando da concretude da aplicabilidade imediata, há que ser respeitada a “natureza das coisas”, ou seja, na sua linha de pensamento, o dispositivo deve ser aplicado na medida do possível.

A par da corrente mais restritiva, Eros Grau (1997) defende que os direitos fundamentais detêm aplicabilidade imediata em toda e qualquer situação, sem exceções, ou seja, o dispositivo do § 1º do art. 5º tem força máxima. Assim, os direitos fundamentais detêm a máxima efetividade e independem da intervenção legislativa ou do Poder Executivo para produzir efeitos. O julgador tem o dever de concretizar o direito fundamental quando decidir casos concretos a ele submetidos.

Um pensamento mais intermediário, defendido por Sarlet (1998), apregoa ser a aplicabilidade um princípio e, como tal, seria de aplicação modulada, ou seja, seus efeitos seriam aplicados segundo as regras aplicáveis aos princípios, na medida do possível, não segundo uma regra do tudo ou nada. Na visão de Sarlet (1998), os direitos fundamentais devem ser efetivados na máxima medida possível, somente sendo possível aferir o grau de concretização examinando-se cada caso concreto. Não se faz possível, a priori, estabelecer que dado direito fundamental seja aplicável, de imediato, em todos os seus possíveis efeitos.

No tocante à posição do STF quanto ao tema, há diversos julgados que refletem sua posição, que tem sido a de dar a aplicabilidade imediata aos princípios fundamentais. Quando se trata de direitos fundamentais, dentre outros, a igualdade, a integridade física do preso, à duração razoável do processo, o Pretório Excelso tem lhes dado máxima efetividade.

Até mesmo no caso de julgados envolvendo os direitos fundamentais denominados “prestacionais”, que abrangem uma posição ativa do ente Estatal, como, a título exemplificativo, o direito à saúde, o STF tem entendido que cabe ao Judiciário conferir-lhe a máxima efetividade possível, determinando, em diversas decisões, que o Estado arque com tratamentos de saúde de pessoas hipossuficientes economicamente.

Nessas hipóteses envolvendo políticas públicas, há o entendimento doutrinário, e do STF, de que o grau de discricionariedade do ente estatal para instituir políticas públicas é mínimo. Nessa linha, muito embora a Administração, quando no exercício do seu poder discricionário na execução de políticas públicas tenha certa margem de escolha discricionária entre uma política e outra, não tem, em outra mão, a opção de simplesmente não adotar qualquer política pública que seja realizadora de direito fundamental.

Dessa forma, alinhando-se à posição defendida por Sarlet (2008), o estudo conclui que a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais se constitui em um princípio e que, portanto, deve ser efetivado na maior medida possível, à luz de cada caso concreto. Tal interpretação não se coaduna com uma regra de tudo ou nada, como os demais princípios devem ser concretizados segundo um mandado de otimização.

Nessa linha, cabe ao intérprete, em cada caso concreto, atribuir ao direito fundamental a máxima efetividade possível. No entanto, como se trata de um exercício de hermenêutica, a compatibilização do princípio deve ser feita com escopo em argumentos de ordem lógica e racional. Dessa forma, o escopo inicial do estudo, de lançar um novo olhar

sobre tema tão fascinante e complexo, foi alcançado, com as principais posições doutrinárias acerca do assunto, bem como com a forma como a Corte Constitucional tem tratado o tema.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. v.2.. São Paulo: Saraiva.1989,
- BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BONTEMPO, Alessandra Gotti. Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988. Curitiba: Juruá, 2005.
- BONTEMPO, Alessandra Gotti. Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988. Curitiba: Juruá, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Aplicação Imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n.29, p.35-45, jun.1988.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. Revista de Direito Público, n.57/58, 1981.
- MORO, Sergio. Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais. [s/l]: [s/ed] 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional, 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL, STF (Tribunal Pleno), RE 136.753, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 13/02/1997, DJ de 25/04/1997.
- BRASIL, STF (Tribunal Pleno), Ext 986, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15/08/2007, DJ de 05/10/2007.
- Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata

E-legis, Brasília, n. 8, p. 66-81, 1º semestre 2012, ISSN 2175.0688

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), MI 712, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25/10/2007, DJ de 31/10/2008.

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), MI 58, rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 14/12/1990, DJ de 19/04/1991;

BRASIL, STF (Primeira Turma), RE-AgR 345.598, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29/06/2005, DJ de 19/08/2005;

BRASIL, STF (Segunda Turma), HC 95.009, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 06/11/2008, DJe de 19/12/2008;

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), MS 26.690, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 03/09/2008, DJe de 19/12/2008;

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), RE 590.409, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 26/08/2009, Informativo STF n. 557.

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), HC 71.373, rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 10/11/1994, DJ de 22/11/1996.

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), ADPF 130, rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 30/04/2009, DJe de 06/11/2009.

BRASIL, STF (Primeira Turma), RE 460.880, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 25/09/2007, DJe de 29/02/2008.

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), HC 72.391-QO, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 08/03/1995, DJ de 17/03/1995.

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), MS 25.382, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15/02/2006, DJ de 31/03/2006.

BRASIL, STF (Primeira Turma), HC 91.986, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 11/09/2007, DJ de 31/10/2007;

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), STA-Agr 171, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 12/12/2007, publicação em 29/02/2008.

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), RE 163.231, rel. Maurício Corrêa, julgamento em 26/02/1997, DJ de 29/06/2001.

BRASIL, STF (Segunda Turma), RE 436.996 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Julgamento em 26/10/2005, DJ de 07/11/2005.

Autor

Marilene Carneiro Matos

Advogada, Formada pela Universidade de Brasília, Pós-Graduada em Direito Constitucional e Processual Civil, Mestra em Direito Constitucional pelo IDP - Instituto Brasiliense de Direito Público.

Assessora Jurídica da Primeira Vice-Presidência da Câmara dos Deputados. Advogada com Área de Atuação em Direito Administrativo.

[Textos publicados pela autora](#)

Informações sobre o texto

Como citar este texto (NBR 6023:2018 ABNT)

MATOS, Marilene Carneiro. *Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5585, 16 out. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67138>. Acesso em: 25 maio 2020.

(Fonte: <https://jus.com.br/artigos/67138/direitos-e-garantias-fundamentais-e-aplicabilidade-imediata>, data de acesso: 25/05/2020)