



DIREITO CONSTITUCIONAL

VERBO.APOSTILA

SUMÁRIO

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS	04
2. DIREITOS SOCIAIS	33
3. PODER JUDICIÁRIO	53
4. FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA	78
5. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - RS	84

LEIA E ASSISTA ÀS VIDEOAULAS
NO SEU CELULAR



1º PASSO

Baixe nosso APP leitor de códigos
na Google Play ou AppStore: **QR BOOK**



2º PASSO

Encontre dentro do livro, os
códigos QR dentro das
disciplinas e temas abordados.



3º PASSO

Abra o APP **QR BOOK** e clique
em **"LER O CÓDIGO"**

4º PASSO

Aguarde o leitor fazer o **SCAN**,
na sequência se abrirá uma
videoaula específica.



5º PASSO

Pronto, aproveite a qualidade das nossas videoaulas,
com os melhores professores.



1

DIREITOS FUNDAMENTAIS

• INTRODUÇÃO

Trataremos, sob a denominação de Direitos Fundamentais, os que, além de se caracterizarem filosoficamente como Direitos Humanos, foram reconhecidos e positivados na Constituição Federal. Destacamos, desde logo, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm **aplicação imediata** (CF, artigo 5º § 1º).



• O ROL DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

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 (CF, artigo 5º § 1º).

Com base nessa disposição não há como negar que o rol de direitos fundamentais da CF/88 seja aberto, permeável, receptivo ao reconhecimento nacional e internacional de novos direitos, bem como à possibilidade de diminuição de eventuais limites a direitos ou garantias fundamentais.

• CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Assinada em Nova York no dia 30 de março de 2007, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência seguiu o trâmite do artigo 5º § 3º da CF (específico para tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos), tendo sido aprovada, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Com a aprovação, que ocorreu por intermédio do Decreto Legislativo nº 186/2008, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência passou a ter a equivalência de emenda à Constituição.

De importância ímpar para o constitucionalismo nacional, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é o primeiro compromisso internacional assumido pela República Federativa do Brasil, na esfera dos direitos humanos, ao qual se atribuiu oficialmente a hierarquia normativa de emenda à Constituição, com a legitimidade de irradiar seus princípios a todo o sistema jurídico, inclusive do seio da própria Constituição Federal.

Os efeitos práticos são os seguintes:

- a) normas constitucionais anteriores à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que não estavam protegidas por cláusula de barreira (CF, artigo 60, § 4º) podem ter sido alteradas;
- b) normas constitucionais relativas a direitos fundamentais, ainda que protegidas por cláusula de barreira (CF, artigo 60, § 4º, inciso IV) podem ter sido alteradas - pois o que se veda é a emenda que tenda a abolir direitos e garantias fundamentais e, além disso, o rol de direitos fundamentais, como se disse acima, é aberto ao incremento dos direitos e das garantias, bem como à restrição de limites a esses direitos;
- c) normas infraconstitucionais que não estejam de acordo com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência passaram a ser inconstitucionais.

Os princípios gerais da Convenção, previstos em seu artigo 3º, são: respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; não-discriminação; plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; igualdade de oportunidades; acessibilidade; igualdade entre o homem e a mulher; respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Após a exposição dos princípios gerais, a Convenção dispõe sobre os direitos das pessoas com deficiência e indica quais as políticas públicas assumidas pelos Estados-parte para a implementação desses direitos.

● DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS

Quanto maior a abstração de um texto normativo, maior o espaço interpretativo. Textos com alto teor de abstração chamam-se princípios. A única maneira de serem aplicados tais princípios é mediante análise de cada caso concreto. Quando há colisão entre direitos fundamentais (imagem, intimidade e honra x informação e liberdade de imprensa, por exemplo) e não existe previsão constitucional expressa a respeito de possível solução, cabe ao intérprete a construção da norma a ser aplicada no caso concreto. Primeiro ele deve buscar *harmonização* dos direitos fundamentais em colisão e, somente nas hipóteses em que não alcance esse objetivo, pode passar a ponderar os direitos, **otimizando-os sem sacrificar totalmente um direito em prol do outro**. A técnica da **proporcionalidade** permite que um direito em conflito se sobreponha a outro, ainda que de idêntica hierarquia, **mantendo-se o núcleo essencial do direito cuja aplicabilidade é afastada**. O âmbito de proteção de um direito cede passo à maior amplitude de outro.

Para Ávila “Os princípios são regras cuja finalidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão de comportamento”. Por todas essas razões os direitos fundamentais, quando veiculados por preceitos de alto grau de abstração, devem ser pensados e aplicados como princípios.

● COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um direito fundamental nem sempre está em colisão com outro ou com outros direitos fundamentais. Portanto, num primeiro momento cabe ao intérprete tentar compreender o *âmbito de proteção* de cada direito, a fim de analisar se está mesmo diante de uma colisão autêntica. Um dos critérios a serem utilizados pode ser o da especialidade. A especialização não oferece dificuldades de compreensão: a regra especial sempre prevalecerá sobre a geral, de acordo com o antigo postulado *lex specialis derogat generalis*.

Nesse primeiro momento, pode-se estar diante de um “não direito”: o direito à propriedade (CF, artigo 5º, inciso XXII) somente pode ser assim considerado depois de alcançado o âmbito normativo decorrente da imperiosa conformação com o texto do inciso XXIII (“a propriedade atenderá a sua função social”). Não há propriamente colisão de direitos justamente porque o direito à propriedade que não atenda à função social é juridicamente inexistente.

Vencida a primeira etapa e verificada a existência de colisão entre direitos fundamentais, deve-se passar à análise de que espécies de direitos fundamentais em colisão está-se diante. Há duas hipóteses.

A primeira (direitos fundamentais não restringíveis com direitos fundamentais restringíveis) resolve-se com grande facilidade até mesmo porque não há autêntica situação de colisão de direitos fundamentais. É que o Constituinte atribuiu ao legislador ordinário a possibilidade de restringir determinado direito fundamental.

O que acontece, na realidade, é que o legislador ordinário, nesses casos, já cuidou de delimitar o âmbito normativo do direito fundamental restringível.

A segunda (colisão entre direitos fundamentais não restringíveis) mostra-se como a autêntica colisão, pois não houve previsão constitucional expressa a respeito de possível solução e cabe ao intérprete a construção da norma a ser aplicada no caso concreto. Primeiro ele deve buscar harmonização dos direitos fundamentais em colisão, e somente nas hipóteses em que não logre êxito em tal objetivo, é que pode passar a ponderar os fatos sob análise, otimizando os direitos fundamentais **sem jamais sacrificar totalmente um direito em prol do outro**.

Não é demais ressaltar que **não há, propriamente, hierarquização em abstrato dos direitos em conflito, mas sim análise dinâmica e fluida, construída com base nas peculiaridades do caso concreto**.

Diferentemente não poderia ser, pois, como adverte Robert Alexy, o conflito entre princípios soluciona-se por meio do sopesamento (ou ponderação), no qual se verifica uma relação de precedência condicionada, isto é, “... um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma o- posta”.¹

Nos casos de colisão entre direitos fundamentais dotados de forte abstração, espera-se que o Judiciário pondere os direitos em jogo, utilizando a ferramenta (ou o “postulado”, como prefere Ávila²) a proporcionalidade.

¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Maleiros, 2008, p. 93.

² ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. São Paulo: Maleiros, 2005.

A técnica da proporcionalidade permite que, **em determinado caso concreto**, um direito em conflito se sobreponha a outro, ainda que de idêntica hierarquia, **mantendo-se, na medida do possível, o núcleo essencial do direito cuja aplicabilidade é afastada**. O âmbito de proteção de um direito cede passo à maior amplitude de outro direito.

• DIREITOS FUNDAMENTAIS: ÂMBITO DE PROTEÇÃO NORMATIVA

Os direitos estão limitados a partir de seus exteriores. Somente o conflito com outro direito é capaz de delimitar o âmbito de proteção normativa de um direito. Todos os direitos acabam tendo vocação expansiva. Essa vocação é expansiva até o choque com outro direito.

Se os limites dos direitos surgem a partir do choque com outros direitos, não há critério racional para definição *a priori* do âmbito de proteção normativa dos direitos, especialmente os fundamentais por sua característica principiológica.

Então, para entender um direito, temos de analisar as normas, a natureza de tais direitos e as circunstâncias do caso concreto. Por exemplo: temos direito aos bens indispensáveis ao desenvolvimento da condição humana. O direito não muda, mas sua *amplitude* pode variar de acordo com as circunstâncias – a final, a concepção do que está, ou não, inserido no critério de indispensabilidade à condição humana pode ser bem diferente quando comparadas circunstâncias vividas em países com diferentes cenários em termos de desenvolvimento.

• DIREITOS FUNDAMENTAIS ABSOLUTOS?

A coexistência humana na superfície finita do planeta Terra somente é possibilitada pelo Direito “porque somente onde a liberdade é limitada, a liberdade de um não se transforma numa não liberdade para os outros, e cada um pode usufruir da liberdade que lhe é concedida pelo direito de todos os outros de usufruir uma liberdade igual à dele”.³

Por isso se afirma que:

*“Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição”.*⁴

Contudo, tendo em vista que os direitos estão limitados a partir de seus exteriores e somente o conflito com outro direito é capaz de delimitar seu âmbito de proteção normativa, entendemos que nada justifica a limitação do direito de qualquer pessoa a não ser torturada e não ser submetida a tratamentos desumanos ou degradantes.⁵ Não há direito de igual hierarquia que possa fazer frente a ele, limitando sua vocação expansiva.

• GERAÇÕES DE DIREITOS

³ BOBBIO, Norberto. Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant. Trad. Alfredo Fait. 3 ed. Brasília: UnB, 1995, p. 70.

⁴ (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 12-5-2000)

⁵ CF, Art. 5º, III: “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Parte da doutrina adverte que o correto seria tratar-se a dinâmica dos direitos fundamentais a partir do uso da expressão dimensões, forte no argumento de que, ao usar-se gerações, estar-se-ia transmitindo o significado de sucessões de direitos, quando, na realidade, a chegada de novos direitos apenas vem a agregar maior aplicabilidade àqueles outrora reconhecidos:

“Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra”.⁶

• DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA GERAÇÃO

Os direitos de primeira geração estão vinculados à ideia de Estado Liberal, com o modelo de Estado que tem como pressuposto abster-se de interferir, ou interferir o mínimo possível, na vida cidadã. Prestigia-se a vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade em detrimento do poder estatal, na medida em que tais direitos de primeira geração consistem em verdadeiras restrições à atuação do Estado.⁷

Segundo Ingo Wolfgang Sartet, “Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei”.⁸

• DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO

Esta é a geração dos chamados direitos sociais. No início do século XX o Estado Liberal entrou em crise e, a partir da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar (1919), inaugurou-se a ideia de Estado Social, garantidor dos direitos de segunda geração.

O Estado passa, então, a ser responsável não somente por se abster de interferir na vida cidadã. O Estado Social tem de oferecer prestações positivas aos cidadãos, tais como educação, saúde, previdência social, assistência aos desamparados, etc. – direitos de segunda geração –, passando de mero espectador a protagonista de inúmeros atos destinados a estabelecer padrões ideais de existência aos respectivos habitantes.

• DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA GERAÇÃO

Os direitos da terceira geração têm por característica o fato de seus titulares e seus destinatários não serem individualmente identificáveis. O plano de efetividade dos direitos da terceira geração transcende a individualidade clássica. Por isso, seus destinatários e seus

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, A eficácia dos direitos fundamentais. 4 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 53. Registre-se que o autor opta por tratar do tema a partir do prisma das “dimensões” de direitos fundamentais.

⁷ “O Estado Liberal, também chamado por alguns de Estado Constitucional, é o que vai procurar com a maior eficiência até hoje conhecida o atingimento da liberdade no sentido de não-constrangimento pessoal. É o coroamento de toda luta do indivíduo contra a tirania do Estado (...) O seu pressuposto fundamental é que o máximo de bem-estar comum é atingido em todos os campos com a menor presença possível do Estado. É uma concepção basicamente otimista. Não repudia a natureza humana no que ela tem de egoísta e ambiciosa. Pelo contrário, parte dessa constatação para afirmar que o livre jogo dos diversos egoísmos produzirá o bem-estar coletivo.” (BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 68).

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, A eficácia dos direitos fundamentais. 4 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 55.

titulares são difusos, ou seja, não há como definir a priori e com precisão quem são seus titulares.⁹

*“Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais”.*¹⁰

Paulo Bonavides indica, como pertencentes à terceira geração, o direito à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.¹¹

• DIREITOS FUNDAMENTAIS DE QUARTA GERAÇÃO

A universalização (ou universalidade) dos direitos humanos, que vem sendo propugnada nos campos filosófico e político, é a base na qual se fundamenta a teorização dos direitos fundamentais da quarta geração. Não são poucas as vezes que ecoam no sentido da prevalência dos direitos humanos para além das fronteiras das nações soberanas.

Segundo Paulo Bonavides:

*“São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”.*¹²

Segundo o autor,

*“deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.*¹³

Ingo Wolfgang Sarlet faz uma importante alusão à diferença da proposição de Paulo Bonavides quando comparada com outros autores que preconizam o reconhecimento de direitos da quarta geração:

“A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc., como integrando a quarta geração, oferece a nítida vantagem de construir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das

⁹ “Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade.” (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995)

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, A eficácia dos direitos fundamentais. 4 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 57.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 8 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 523.

¹² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 8 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 525. No tocante à democracia, enquanto direito fundamental de quarta geração, o autor ressalta que está a referir-se à democracia direta.

¹³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 8 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 525.

anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupa nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade”.¹⁴

● PROTEÇÃO AOS ESTRANGEIROS

O caput do artigo 5º da CF dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e garante 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 dispostos nos 78 incisos e 04 parágrafos que lhe seguem.

Numa perspectiva literal é possível argumentar-se que o âmbito de proteção normativa do artigo 5º não abrangeria os estrangeiros não residentes no país (turistas, por exemplo). Contudo, a Segunda Turma do STF já decidiu que “a interpretação do art. 5º, caput, da CF não deveria ser literal, porque, de outra forma, os estrangeiros não residentes estariam alijados da titularidade de todos os direitos fundamentais”.¹⁵

Existem dois fundamentos, decorrentes de **interpretação sistemática** da CF, que viabilizam conclusão no sentido de que aos estrangeiros não residentes no país são assegurados os direitos do art. 5º. Primeiro: os direitos fundamentais, por se consubstanciarem em decorrências do princípio da **dignidade da pessoa humana** (CF, artigo 1º, inciso III), devem ser assegurados a todos independentemente de sua nacionalidade. Segundo: o artigo 3º da CF, ao arrolar, dentre os **objetivos fundamentais** de nossa república, o “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV), permite concluir estar vedada a restrição a garantias, “negando-as àqueles que, por sua origem, supostamente estariam alijados de defender direitos perante a Justiça do Brasil”.¹⁶

● EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Os direitos fundamentais, especialmente os da primeira geração, foram originariamente concebidos a partir de relações jurídicas travadas entre o Estado e o indivíduo. “É o que se pode chamar de **eficácia vertical** dos direitos fundamentais, simbolizando uma relação (assimétrica) de poder em que o Estado se coloca em uma posição superior em relação ao indivíduo”.¹⁷

Uma das mais instigantes questões no Direito Constitucional moderno é “a problemática da vinculação dos particulares (pessoas físicas ou jurídicas aos direitos fundamentais. Em sua, cuida-se de saber até que ponto pode o particular (independentemente da dimensão

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, A eficácia dos direitos fundamentais. 4 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59- 60.

¹⁵ (HC 94.477, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-9-2011, Segunda Turma, Informativo 639). No mesmo sentido: “A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso País não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante.” (HC 94.016, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJE de 27-2-2009).

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 26-27.

¹⁷ MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008, p. 334.

processual do problema) recorrer aos direitos fundamentais nas relações com outros particulares”.¹⁸

Para J.J. Gomes Canotilho:

*“Em termos tendenciais, o problema pode enunciar-se da seguinte forma: as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) devem ou não ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais ou coletivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados?”.*¹⁹

Dentre as denominações atribuídas pela doutrina a esta problemática (eficácia privada dos direitos fundamentais ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais), acompanhamos Ingo Wolfgang Sarlet em sua opção por **eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**, justamente por concordarmos com suas ponderações no sentido de que a menção à eficácia privada é muito abrangente e a temática não trata especificamente de horizontalidade, mas de certa assimetria nas relações entre particulares.²⁰

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares pressupõe duas importantes premissas: a existência de um direito fundamental que possa ser oponível a um particular, seja pessoa física ou jurídica (afinal, do rol de direitos fundamentais, infere-se que muitos são oponíveis apenas ao Estado) e a aferição de situação de desigualdade entre particulares.

No tocante à segunda premissa, resta claro, desde o advento do Estado Social, que o poder estatal deve ser exercido de maneira pró-ativa, auxiliando os cidadãos a se alçarem a condições mais dignas de vida e, obviamente, com menor exposição aos efeitos da era liberal. No contexto da pró-atividade estatal estão inseridas posturas que minimizem as mazelas decorrentes de notórias desigualdades na esfera privada.

A doutrina subdivide a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares em mediata e imediata. A **mediata** seria exercida nos termos e nos limites impostos pelo legislador ordinário, enquanto que a **imediate** teria sua “eficácia irradiando diretamente dos direitos fundamentais”.²¹ Interessante notar que, ao adotar-se a corrente da eficácia imediata, acaba-se por tratar o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares como **verdadeira colisão de direitos fundamentais** e a necessária ponderação no caso concreto.

O STF já teve oportunidade de analisar o tema:

“Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: INGO WOLFGANG SARLET. (org.). A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 112.

¹⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 603.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: INGO WOLFGANG SARLET. (org.). A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 113-114.

²¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 606.

também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais." (RE 201.819, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ de 27-10-2006)

"Acolhendo a alegação de ofensa ao princípio da isonomia, a Turma conheceu e deu provimento a re- curso extraordinário interposto por empregado brasileiro da companhia aérea Air France, ao qual foram negadas vantagens trabalhistas previstas no regulamento da empresa, sob o argumento de que somente os empregados franceses teriam direito a tais vantagens. Com o provimento do RE, determinou-se a aplicação do estatuto da empresa ao recorrente. RE 161.243-DF, rel. Min. Carlos Velloso, 29.10.96" (STF, Informativo 51).

● TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão (CF, artigo 5º, § 4º).

Esta disposição foi acrescentada ao artigo 5º da CF pela Emenda Constitucional 45/2004. Na época já havia tratado internacional assinado pelo Presidente da República em Roma no dia 17 de julho de 1998, aprovado pelo Congresso Nacional em 06 de junho de 2002 (Decreto Legislativo nº 112), ratificado no plano externo em 20 de junho de 2002, bem como devidamente incorporado ao nosso ordenamento jurídico no dia 25 de setembro de 2002 por intermédio do Decreto nº 4.388/2002. Trata-se do Estatuto de Roma.

O Estatuto de Roma é uma convenção internacional multilateral que instituiu o Tribunal Penal Internacional. O seu artigo dispõe que a entrada em vigor internacional depende do depósito mínimo de 60 instrumentos de ratificação pelos Estados-parte. Isso ocorreu no dia 1º de julho de 2002, após o depósito do sexagésimo instrumento de ratificação junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

Assim, com a promulgação da EC nº 45, em 30 de dezembro de 2004, o Estatuto de Roma, que já havia alcançado a vigência internacional perante os Estados-parte que haviam ratificado suas intenções em aceitar a jurisdição supraestatal do Tribunal Penal Internacional, passou a ter validade no território brasileiro.

No preâmbulo do Estatuto de Roma foram expostos os motivos para a criação e os objetivos a serem alcançados com o Tribunal Penal Internacional.

Dentre os motivos: teve-se presente que, “no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade”; reconheceu-se que “crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade”; afirmou-se que “os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional”.

Dentre os objetivos: decidiu-se “por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes”, bem como “garantir o respeito duradouro pela efetivação da justiça internacional”.

• PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE

De acordo com o artigo 1º do Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional é uma instituição permanente, com **jurisdição complementar às jurisdições penais nacionais** sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional (previstas no próprio Estatuto).

Sendo assim, a jurisdição interna de cada Estado-parte continua sendo essencial, **primária**. A jurisdição do Tribunal Penal Internacional é **subsidiária**. Segundo Flávia Piovesan:

*“Surge o Tribunal Penal Internacional como aparato complementar às cortes nacionais, com o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, desse modo, a responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Vale dizer, a jurisdição do Tribunal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem, assim, o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Como enuncia o art. 1º do Estatuto de Roma, a jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementaridade e do princípio da cooperação”.*²²

• COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A competência do Tribunal restringe-se aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto: **genocídio**; crimes **contra a humanidade**; crimes **de guerra**; crime de **agressão** (artigo 5º). O crime de agressão, ao que tudo indica a partir da leitura do item 2 do artigo 5º, consubstancia-se em verdadeira **cláusula de abertura** à competência do Tribunal Penal Internacional, ma medida em que “o Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime”.

²² PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 223/224.

Competência Ratione Temporis: o Tribunal Penal Internacional tem competência relativamente aos crimes cometidos **após a entrada em vigor** do Estatuto de Roma. No caso de um Estado tornar-se Parte no depois da entrada em vigor, o Tribunal só poderá exercer a sua competência em relação a crimes cometidos **depois da entrada em vigor** do presente Estatuto relativamente a esse Estado, **a menos que** este, não sendo Parte signatária, tenha feito declaração de aceitação da competência do Tribunal (artigo 11).

Ne bis in idem: Salvo disposição contrária do próprio Estatuto de Roma: nenhuma pessoa pode ser julgada pelo Tribunal Penal Internacional por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido; nenhuma pessoa pode ser julgada por outro tribunal por um crime previsto no Estatuto, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal Penal Internacional (artigo 20). A **exceção** trata das hipóteses nas quais, no tribunal perante o qual tenha havido o julgamento, o processo tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal Penal Internacional ou não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça (artigo 20, item 3).

Irrelevância da Qualidade Oficial: o Estatuto de Roma é **aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial**. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per se motivo de redução da pena. **As imunidades** ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, **não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição** sobre essa pessoa (artigo 27).

• QUESTÕES IMPORTANTES

Com o advento da EC 45/2004 o sistema jurídico brasileiro passou a admitir a jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Levando-se em consideração que o Estatuto de Roma não admite reservas (artigo 120), ou seja, exceções a determinadas disposições a fim de tornar o Estatuto compatível com o ordenamento jurídico de cada Estado-parte, importantes questões vêm sendo suscitadas, especialmente a partir da análise da compatibilidade de cláusulas do Estatuto de Roma em face da CF/88.

• IMPRESCRITIBILIDADE

Segundo o artigo 29 do Estatuto de Roma, os crimes nele previstos (genocídio; crimes contra a humanidade; crimes de guerra; crime de agressão) são imprescritíveis (artigo 29).

A Constituição Federal contempla rol dos crimes que são considerados imprescritíveis (racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático - CF, artigo 5º, incisos XLII e XLIV). A pergunta que se coloca é a seguinte: haveria compatibilidade entre o artigo 29 do Estatuto de Roma e a CF/88, na medida em que o artigo 5º, por tratar de direitos fundamentais e estar protegido por cláusula de barreira (CF, artigo 60, § 4º, inciso IV), não admitiria interpretação no sentido de ampliar o rol dos crimes considerados imprescritíveis?

• PRISÃO PERPÉTUA

O artigo 5º, inciso XLVII da CF propugna que não haverá penas de caráter perpétuo, enquanto que o Estatuto de Roma admite a prisão perpétua se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem (artigo 77, item 1, “b”).

A pergunta que se coloca é a seguinte: haveria compatibilidade entre o artigo 77, item 1, “b” do Estatuto de Roma e a CF/88, na medida em que o artigo 5º, por tratar de direitos fundamentais e estar protegido por cláusula de barreira (CF, artigo 60, § 4º, inciso IV), não admitiria interpretação no sentido de contemplar exceção à explícita vedação às penas de caráter perpétuo?

• ENTREGA DE PESSOAS AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

De acordo com o artigo 89 do Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional pode dirigir pedido de detenção e entrega de uma pessoa a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar.

A CF, em seu artigo 5º, incisos LI e LII, proíbe a extradição de brasileiros natos (salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins), bem como a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.

A pergunta que se coloca é a seguinte: haveria compatibilidade entre o artigo 89 do Estatuto de Roma e a CF/88, na medida em que o artigo 5º, por tratar de direitos fundamentais e estar protegido por cláusula de barreira (CF, artigo 60, § 4º, inciso IV), não admitiria interpretação no sentido de admitir a extradição de brasileiro nato?²³

• IRRELEVÂNCIA DA QUALIDADE OFICIAL

O Estatuto de Roma é aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial (artigo 27), enquanto que o artigo 86, § 4º da CF dispõe não poder o Presidente da República, na vigência de seu mandato, ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.

A questão que se coloca é a seguinte: haveria compatibilidade entre o artigo 27 do Estatuto de Roma e a CF/88, na medida em que o artigo 86, § 4º, por tratar de imunidade da Chefia do Poder Executivo, estaria protegido por cláusula de barreira (CF, artigo 60, § 4º, inciso I), não admitindo interpretação no sentido de admitir a perda de imunidade nos casos de crimes afetos ao Tribunal Penal Internacional?

• EM BUSCA DE RESPOSTAS

²³ Ressalte-se que o próprio Estatuto de Roma faz distinção entre entrega e extradição. De acordo com o artigo 102, por entrega, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal, nos termos do presente Estatuto. Por extradição, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado, conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno. Não foi outro o entendimento do Ministro Celso de Mello: “Por serem institutos distintos (o da extradição e o da entrega ou “surrender”), inconfundíveis até mesmo em face do próprio Estatuto de Roma (Artigo 102, “a” e “b”), inviável seria a autuação, na espécie, como Extradição, deste pedido de cooperação internacional e auxílio judiciário, justificando-se, em consequência, a classificação processual como Petição, prevista, em caráter residual, no art. 55, inciso XVIII, c/c o art. 56, inciso IX, ambos do RISTF” (Pet 4625).