

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O artigo 5º do vigente texto constitucional trata dos direitos e dos deveres individuais e coletivos, chamados também, dos direitos dos “cidadãos”. Esse assunto no anterior texto constitucional foi tratado no artigo 153 com seus trinta e seis parágrafos. Tais direitos, na história dos direitos da pessoa humana, confundem-se com a luta da humanidade pela realização de seus anseios democráticos. Os primeiros documentos a tratar do assunto foram: o Código de Hamurabi e a Civilização Heleno-Romana.

Sempre em face dos abusos do poder, foram os direitos estatísticos a partir da Carta Magna de 1215 passando pelo “Bill for Rights” Inglês de 1689 (Câmara dos Lordes e pela Câmara dos Comuns) a Declaração da Independência dos Estados Unidos de 1665 e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Os direitos individuais sempre tiveram amparo nas Constituições que foram promulgadas desde 1719.

No Brasil, desde a primeira Constituição brasileira (25 de março de 1824) foram sempre relacionados e sugeridos em todas as demais Constituições outorgadas ou promulgadas. Vejamos:

Na CONSTITUIÇÃO DE 1891 ⇒ Artigo 72 com 31 parágrafos formava o texto correspondente a declaração de direitos;

Na CONSTITUIÇÃO DE 1934 ⇒ Artigo 113 com 38 itens mais os artigos 114 formavam o texto correspondente dos direitos e das garantias individuais;

Na CONSTITUIÇÃO DE 1937 ⇒ Artigo 122 com 17 itens mais alíneas mais o artigo 123 formavam o texto correspondente dos direitos e garantias individuais;

Na CONSTITUIÇÃO DE 1946 ⇒ Artigo 141 com 38 parágrafos e incisos formava o texto correspondente dos direitos e das garantias individuais;

Na CONSTITUIÇÃO DE 1967 ⇒ Artigo 150 com 35 parágrafos mais o artigo 151 e o parágrafo único formavam o texto correspondente dos direitos e garantias individuais;

Na EMENDA CONSTITUCIONAL nº 1 de 1969 ⇒ Artigo 153 com 36 parágrafos mais o artigo 154 formavam o texto correspondente dos direitos e garantias Individuais.

Merecem destaque, os documentos que trataram sobre o assunto:

Em 1941 = O Presidente Roosevelt, enunciou a chamada doutrina das quatro liberdades, tal documento foi reiterado na Carta do Atlântico, em 1941; na Declaração das Nações Unidas, em 1842; nas Conferências de Moscou, em 1943; na Dumbartom Oaks, em 1944, e na de São Francisco, em 1945. Não se pode afastar o tratado de Berlim, de 1878.

Em 1948 = A Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro, proclamam a Declaração Universal dos Direitos do Homem, com 30 artigos, constituindo e formando o ideal comum que deveria ser atingido por todos os povos e por todas as nações.

Em 1960 = A organização estabeleceu uma Comissão interamericana de Direitos humanos, quando estudavam a possibilidade da criação de uma carta especial. O artigo 5º do vigente texto constitucional trata de maneira clara e objetiva, nos seus setenta e oito (78) incisos e letras, os direitos e os deveres individuais e coletivos, assegurando-os a todo e qualquer cidadão, seja brasileiro nato, brasileiro naturalizado, ou o estrangeiro com (residência) habitualidade no Território Nacional, o direito à vida, à liberdade à igualdade, à segurança e à propriedade. Como grande novidade, aponta o vigente texto, a criação dos novos remédios jurídicos, tais como: o mandado de segurança coletivo (inciso LXX), o mandado de injunção (inciso LXXI) e o “habeas data” (inciso LXXII). Diz o “caput” do art 5º que “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...”.

Do texto acima mencionado, destacamos: direito à vida; direito à liberdade; direito à igualdade; direito à segurança; e direito à propriedade.

Vejamos sucintamente a cada um deles:

DIREITO À VIDA ⇒ Integridade física e moral. A pessoa humana, não pode ser torturada ou colocada no ridículo, nem ter sua vida tirada por outra pessoa. Tal direito deve ser entendido como qualidade de vida;

DIREITO À LIBERDADE (não confundir com liberalidade) ⇒ É a permissão para que qualquer cidadão possa se locomover, praticar sem censura sua

religião, se expressar contra este ou aquele (desde que justifique); enfim, qualquer maneira ou forma de cerceamento na liberdade da pessoa humana, ato de excepcionalidade;

DIREITO À IGUALDADE ⇒ Deve ser considerado como a lei é igual para todos “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (inciso I). Não há discriminação (sexo, origem social, cor, raça, escolha religiosa, filosófica ou política):

DIREITO À SEGURANÇA ⇒ Todas as pessoas têm direito à segurança pública. Por essa razão, devem existir leis que definam os crimes e as sanções para aqueles que cometerem delitos. A segurança, como direito, não é somente a policial, mas também a jurídica. Nenhuma pessoa pode ser presa senão em flagrante delito ou por ordem judicial de prisão. Assim não ocorrendo à prisão, será ela imediatamente considerada ilegal. Apontamos, ainda, o ato perfeito jurídico, o direito adquirido e a coisa julgada;

DIREITO À PROPRIEDADE ⇒ É o direito à propriedade particular – privada (não somente ao Estado). A propriedade da pessoa é atendimento a função social. Havendo necessidade da tomada da propriedade (para benefício social) particular – privada, o Estado deve indenizar com valor justo e em dinheiro.

INCISO I

PRINCÍPIO DA ISONOMIA: A exemplo do artigo 153 (do texto anterior), a Constituição Federal mantém capítulo (direitos e garantias fundamentais), consagrando preceito universal de proibição de toda e qualquer discriminação.

OBSERVAÇÃO: Quando da discussão, em plenário, de primeiro turno, este inciso não constava do projeto aprovado pela Comissão de Sistematização.

INCISO II

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: Estabelece o primado da Lei, mediante o qual limita a arbitrariedade, sujeitando aos brasileiros e estrangeiros residentes no país à obediência expressa do comando estatal, de índole impessoal, geral e abstrata (§ 2º do artigo 153 do texto anterior).

OBSERVAÇÃO: Analisando profundamente o texto do inciso, podemos dizer (como se estivesse escrito) que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude (da existência) de regras (ordenamentos) jurídicas emanadas pelos representantes (no caso: Câmara Federal e Senado) do povo brasileiro que advém do voto direto e secreto (elegendo constituintes), através dos partidos que são inúmeros (grandes médios ou pequenos) e que garantem os direitos fundamentais da pessoa, devendo a norma ser igual para todos.

INCISOS III E XLIII

CRIMES INAFIANÇÁVEIS: Inovação em nível da legislação constitucional, traduzindo o preceito fundamental da declaração universal dos direitos do homem, quanto à dignidade da pessoa, proibindo expressamente práticas atentatórias à condição humana. (crime hediondo (sórdido repugnante), terrorismo e tráfico de drogas, são crimes inafiançáveis).

OBSERVAÇÃO: O inciso trata das penas degradantes: a tortura e o tratamento desumano ou degradante. A tortura é qualquer ato através do qual se inflige, intencionalmente, dor ou sofrimento físico, mental, ou psicológico, a uma pessoa com o propósito de obter confissão ou informação. Afirma o mestre Wolgran Junqueira Ferreira (in Comentários a Constituição de 1988), que o tratamento desumano ou degradante veio para o texto constitucional sob os influxos dos abusos vis cometidos pela ditadura de 1964 a 1979. Os presos políticos foram nesta época do Brasil, submetidos a tais tratamentos.

INCISOS IV, V e XIV.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO: Com redação diferente (§ 8º do artigo 153 do texto anterior) no que tange à liberdade de pensamento, traz inovações específicas, como a proibição do anonimato e os efeitos indenizatórios por danos materiais, morais e a imagem.

OBSERVAÇÃO: O pensamento consiste em conhecer a coisa e qual a relação entre si. Quanto ao anonimato, o festejado Pontes de Miranda (in Comentários à Constituição de 1946) com sua peculiar autoridade, lecionava: “o que alguém emita como pensamento, há de estar ligado à sua personalidade. Trata-se de exercício de um dos direitos de personalidade. Se algum jornal, ou revista, ou livro, insere inscritos anônimos (cuja autoria não se revele), é preciso que o diretor de tal jornal, revista ou livro, haja assumido a responsabilidade. Por isso mesmo que o anonimato é proibido, as leis penais podem e devem conter regras jurídicas que apontem os crimes e contravenções do anonimato. A afixação e cartazes sem indicação da procedência é anonimato. A emissão de informes, ou críticas, ou de outro pensamento, pelo rádio, sem se saber qual a estação que os emite, é anonimato. É anonimato a própria produção de discos, sem se saber a origem. O livro anônimo é livro que a polícia pode tirar de circulação. Se o autor aparece e assume a responsabilidade, cessa qualquer poder de polícia. O pseudônimo somente não é anonimato quando se registrou a obra, ou quando o editor, assumindo a responsabilidade, se prontifica a responder pelos “abusos” que nela se cometeram, ou revelas à justiça o nome do autor”. Quanto ao direito de resposta... (inciso V) é um direito que deriva do próprio direito da livre manifestação de pensamento. A legislação ordinária não só deve assegurar o direito da resposta como fixar o necessário para que se tenha o suficiente. Já a legislação constitucional assegura o direito à resposta, garantindo a mesma publicação que teve a ofensa daquele que emitiu seu pensamento.

INCISO VI

LIBERDADE DE CRENÇA: No tocante à questão religiosa, assegura a plena liberdade de consciência, relegando a lei de proteção aos locais de culto e suas liturgias. A expressão “que não contrariem a ordem pública e os bons costumes” não trasladada pelo legislador no vigente texto, autoriza a entender que a liberdade religiosa foi ampliada, não se excluindo, todavia, os limites a serem fixados pela lei.

OBSERVAÇÃO: Escreve o festajedo professor Sampaio Dória (in Comentários à Constituição de 1946) “que cada qual haja por verdadeiro como diretrizes morais, que adote”. Assim, devemos entender por Moral como a ciência que define as leis da atividade livre do homem, ou do uso que este deve fazer de sua liberdade, para atingir seu fim último. Liberdade, por fim, é um conjunto de princípios. A palavra liturgia deve ser entendida, como o complexo das cerimônias eclesiásticas.

INCISO VII

DIREITO INDIVIDUAL À ASSISTÊNCIA RELIGIOSA: Não pode ser negada a assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva. Por outro lado, entende-se, que esta assistência não poderá ser imposta sem anuência do interessado, sob pena de ferir-se o direito individual. Também, não é possível a distinção entre as religiões, uma vez que há liberdade de crença (anterior, ou seja, na EC nº 1 de 1969, no § 7º do artigo 153, restringia somente sacerdotes brasileiros).

OBSERVAÇÃO: Com o ingresso do Brasil na Segunda guerra mundial e ao envio das Forças Expedicionárias Brasileiras (com a sigla: FEB) criou-se o serviço religioso com os chamados “capelão”, na realidade militar padres ou padres militares. A propósito Pontes de Miranda (in Comentários à Constituição de 1967) confirma a regra constitucional com a exigência de que a assistência seja prestada somente por brasileiros, oferecendo a seguinte lição: “não pode ser ministrada por sacerdotes apátridas ou estrangeiros. Tem de ser por brasileiro. As violações do princípio popularam por todo o Brasil”. Para o também festejado Pedro Calmon (in Curso de Direito Constitucional Brasileiro) “seria mais justa, se submetesse a licença do capelão à aprovação discricionária do comandante das Forças Armadas. Os frades capuchinhos italianos que tanto bem fizeram às tropas brasileiras, na campanha do Paraguai, ficariam agora impedidos de atendê-las”. Finalmente, devemos ter a informação, de que o serviço religioso castrense, remonta, no Brasil, ao tempo das Capitâneas, ano 1723, entrando pelo Império, até a República em 1889.

INCISO VIII

PRESTAÇÃO ALTERNATIVA PARA COMPENSAR EXONERAÇÃO DE OBRIGAÇÃO LEGAL: Em consonância com o regime jurídico constitucional das liberdades de pensamento, assegura-se a liberdade de consciência (crença

opinião política ou filosófica). A liberdade de exteriorização do pensamento, porém, por envolver manifestação de idéias e de crenças religiosas, políticas ou filosóficas, submete-se ao poder de polícia do estado, não podendo ser invocada com o objetivo de obter exoneração de obrigação legal a todos imposta cabe aplicar a lei alternativa. Recusa ao serviço militar por convicção religiosa. Pode ser obrigado ao trabalho de assistência social, conforme lei ordinária.

OBSERVAÇÃO: Caberá à lei (complementar ou ordinária) dizer quais as obrigações legais a todos imposta e quais as prestações alternativas. Antes da vigente Constituição, praticantes de certas religiões, não prestavam o serviço militar e tinha suspenso seus direitos políticos.

INCISO IX, XXVII e XXVIII “a” e “b”.

DIREITO AUTORAL: Em confronto (EC nº 1 de 1969 – § 25 do artigo 153 CF) apresenta-se ampliado em relação à participação individual em obras coletivas e à reprodução da imagem e da voz humana, bem como no tocante ao direito de fiscalização quanto ao aproveitamento econômico de obra produzida, ou participada.

OBSERVAÇÃO: Trata o texto das garantias à liberdade intelectual. Todas essas expressões das diversas atividades (intelectual, artística, científica e de comunicação) são absolutamente livres sem censura e independem de licenças. Quanto aos autores (inciso XXVII) somente a partir da Constituição Republicana de 1891 é que se estabeleceu que “aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. O direito autoral é transmissível por herança pelo tempo que a lei fixar. Luiz da Cunha Gonçalves (in Tratado de Direito Civil) afirma que existem na propriedade literária, científica e artística, duas relações distintas: a paternidade da obra e a exploração econômica exclusiva, aquela perpétua, esta temporária. A primeira é perene. Ninguém terá direito de assumir a paternidade dos “lusíadas”, por maior que seja o tempo decorrido. Ma a exploração econômica exclusiva cessa com o tempo. Vencido o prazo legal, permitir-se-á a qualquer pessoa, editá-las ou reproduzi-las.

INCISO X

PRIVACIDADE (INDIVIDUAL–INVIOLÁVEL): Inovação quanto à ordem dos direitos individuais, tornando inviolável a vida privada e a intimidade das pessoas, assim como a honra e a imagem, assegurando direitos indenizatórios por danos morais decorrentes da violação.

OBSERVAÇÃO: O texto do inciso tem como objetivo imediato à liberdade no sentido de proteger: (1) a intimidade – deve ser inviolável e (2) a vida privada – aquela que qualquer cidadão têm, relacionadas estritamente com suas atividades: (a) particulares; (b) negócios; (c) familiar. (3) a honra – qualidade moral. Cumprimento de seus deveres e suas obrigações sejam quais forem. Para Walter Moraes (in Direito à Própria Imagem) “toda expressão formal e sensível

da personalidade de um homem é imagem para o Direito. A idéia de imagem não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução em manequins e máscaras. Compreende além, a imagem sonora da fonografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade. A cinematografia e a televisão são formas de representação integral da figura humana. De uma e de outra, pode-se dizer que avizinham extraordinariamente o expectador da inteira realidade constituindo os mais graves modos de representação no que tange à tutela do direito". Como bem observa Wolgran Junqueira Ferreira (in Comentários à Constituição) a matéria nos parece mais de Direito Civil do que uma garantia constitucional, mas assim entendeu o legislador constituinte e assim deverá ser observado.

INCISO XI

DOMICÍLIO (INVIOLÁVEL): Na nova Constituição aparece redação diferente da redação dada pelo § 10 do artigo 153 da EC nº 1 de 1969. Mantém-se e reforça-se o grau de inviolabilidade da casa de todo cidadão contra agressões externas, mas diminuem-se as ressalvas da norma anterior (palavra noite).

OBSERVAÇÃO: Domicílio, inviolabilidade, nas Constituições brasileiras:

Na Constituição de 1824 = Artigo 179, VII: "Todo cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para defendê-lo de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a lei determinar (a escrita esta colocada como na Constituição)".

Na Constituição de 1891 = Artigo 72 § 11: "A casa é o asilo inviolável do individuo; ninguém pode ali penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vitimas de crimes, ou desastres, nem de dia nos casos e pela fórmula prescriptos na lei (a escrita esta colocada como na Constituição);

Na Constituição de 1934 = Artigo 113 nº 16: "A casa é o asilo inviolável do individuo". Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vitimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela fórmula prescriptos na lei (a escrita esta colocada como na Constituição);

Na Constituição de 1937 = Artigo 122 nº 6: "A inviolabilidade do domicilio e de correspondência (salvadas as exceções expressas em lei)";

Na Constituição de 1946 = Artigo 141 § 15: "A casa é o asilo inviolável do individuo. Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do

morador, a não ser para acudir a vítimas de crime, ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer”.

Na Constituição de 1967 = Artigo 150 § 10: “A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer”.

Na EC nº 1 de 1969 =Artigo 153 § 10: “A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer”. Nota-se de maneira bastante precisa principalmente no texto de 1988, que somente duas são as únicas exceções aplicadas no texto; (1) a inviolabilidade da casa, a não ser em caso de crime ou desastre e (2) a inviolabilidade da casa, durante o dia, por determinação judicial. Acrescente-se, também, que o texto constitucional consagrou a casa (imóvel) como sendo inviolável da pessoa, querendo dizer, com absoluta clareza: brasileiros natos, naturalizados e aos estrangeiros que residam no território nacional.

INCISO XII

SIGILO DAS COMUNICAÇÕES: O novo texto inova no que se refere aos dados (informatização) excepciona as ligações telefônicas, na forma que a lei determinar. Neste caso, somente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Manutenção da norma anterior (§ 9º do artigo 153 do anterior texto) com respeito à inviolabilidade de correspondência, das comunicações telegráficas e telefônicas.

OBSERVAÇÃO: O texto permite resguardar o sigilo das comunicações em geral, incluindo as telefônicas, que não constavam nas Constituições anteriores. A regra traz a exceção para o caso de comunicação telefônica, que poderão ser interceptadas com o objetivo de investigação criminal ou instrução processuais, desde que devidamente autorizada pelo Juiz de Direito, nos termos que determinar a lei que regulará a matéria.

INCISO XIII

LIBERDADE (DE TRABALHO): Direito consagrado (§ 23 do artigo 153 do anterior texto) razão pela qual, não consta da nova Constituição, no texto, introdução ou novidade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Significa que todos têm liberdade plena no tocante à escolha de trabalho (desde que lícitos), com as mesmas ressalvas no que se refere às exigências legais sobre profissões regulamentadas (exemplo, o exercício (habilitação) da advocacia – antiga Lei nº 4.215, hoje Lei nº 8.906 de 1994).

OBSERVAÇÃO: Sobre trabalho Petrelli Gastaldi (in Elementos de Economia Política) assim se manifesta: “representa o fator ativo da produção e é

considerado seu verdadeiro agente”. Sempre presente nas Constituições brasileiras:

Na Constituição de 1824 = Artigo 179, XXIV: “Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e a saúde dos Cidadãos” (a escrita esta colocada como na Constituição);

Na Constituição de 1891 = Artigo 72 § 24: “É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial” (a escrita esta colocada como na Constituição);

Na Constituição de 1934 = Artigo 113 nº 13: “É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditados pelo interesse público” (a escrita esta colocada como na Constituição);

Na Constituição de 1937 = Artigo 122 nº 8: “A liberdade de escolha de profissão ou do gênero de trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público, nos termos da lei”;

Na Constituição de 1946 = Artigo 141 § 14: “É livre o exercício de qualquer profissão, (observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer”);

Na Constituição de 1967 = Artigo 150 § 23: “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer”;

Na EC nº 1 de 1969 = Artigo 153 § 23: “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer”. Com o texto de 1988, a Constituição Federal continua a assegurar a liberdade de qualquer trabalho. Assim, ela garante, a faculdade (facultas) de escolher e exercer a profissão que bem entender e nas condições que convenham ao cidadão.

INCISO XIV (TRATADO COM O INCISO V)

ATIVIDADE JORNALÍSTICA (LIBERDADE DE EXPRESSÃO): Faculta-se a todos os acessos à informação, para o exercício profissional, resguardado o sigilo da fonte. O texto não distingue a fonte pública ou particular, de modo que nas atividades jornalísticas, por exemplo, as informações colhidas podem se localizar em um desses dois pólos, sem que o divulgador possa ser compelido a revelar a origem. Naturalmente que, quando se tratar de assunto que diga respeito a segredo de Estado, ou questão de segurança nacional, hão que ser oferecidos os regulamentos que incidem sobre a matéria, de modo a que não se

faça dessa liberdade constitucional elemento deletério para a estabilidade social ou das instituições. Também não se confere à fonte qualquer imunidade à garantia do sigilo. Só protege o adquirente da informação. Se houver divulgação de informações inconvenientes para a ordem ou para o interesse público, e caso se venha a descobrir a fonte que desfraldou o segredo a que, por dever de ofício, estava obrigado a guardar, a punição é decorrência natural, tanto para quem era responsável pela guarda da informação, como para quem, sabendo-a sigilosamente, divulgou-a (texto transcrito das anotações à Constituição de Sérgio Alberto Frazão do Couto).

INCISO XV

LIBERDADE (locomoção): Mantida a Norma Constitucional Anterior (§ 26 do artigo 153 do texto anterior). Essa norma assegura o direito a todo cidadão, de livremente locomover-se no território Nacional, em tempos de paz, sem qualquer limitação ou empecilho, nos termos da lei.

OBSERVAÇÃO: O Decreto-lei nº 941 de 1969, atualmente rege o assunto. A lei nº 6.815 de 1980, no seu artigo 4º, assim trata o assunto: Ao estrangeiro que pretenda entrar no território nacional poderá ser concedido visto: (Inciso I) **de trânsito** = (o prazo de permanência é de dez dias); (Inciso II) **de turista** = o prazo é de noventa dias prorrogáveis por no máximo mais noventa dias; (Inciso III) **temporário** = o prazo é de cento e oitenta dias, exceto se o estrangeiro aqui vier para: (1) para estudar ou como técnico; (2) professor; (3) ou profissional de outra categoria; (4) sob regime de contrato ou a serviço do governo brasileiro, quando, então, o prazo será o correspondente à duração do curso, do contrato ou prestação de serviço, comprovada perante a autoridade consular. A obtenção da permanência do estrangeiro será comum quando o interessado espontaneamente o requeira e, especial, quando venha sob o regime de imigração dirigida. (Inciso IV) **permanente**; (Inciso V) **de cortesia**; (Inciso VI) **oficial**; e (Inciso VII) **diplomático**. Por fim, devemos entender, que a entrada de estrangeiro no País, é como se fosse um favor que o Estado oferece e não como, muitos entendem e sustenta em suas teses, um direito que o indivíduo tem. Em contra partida, sua permanência ou não permanência, interessa à própria soberania nacional.

INCISO XVI

LIBERDADE (reunião): O direito de reunião é considerado o mais simples dos direitos corporativos (corporações) e tem estreita ligação com as liberdades individuais de pensamento e de locomoção. Este é um direito fundamental, com algumas licitações, porém só exercitáveis no interesse da preservação da ordem pública (proibição de reunião de pessoas armadas). O novo texto é plenamente auto-aplicável, dispensando disciplinamento por lei, como determinava o texto anterior (§ 27 do artigo 153 do anterior texto) “A lei poderá determinar...”. A

Liberdade de reunião abrange a todos (população) os brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional.

OBSERVAÇÃO: No texto de 1988, a liberdade de reunião está plena e eficazmente assegurada, não mais se exige lei que determina os casos em que será necessária a comunicação prévia à autoridade, bem como a designação, por esta, do local da reunião. Nem se autoriza mais a autoridade a intervir para manter a ordem, o que era utilizado para dificultar o exercício da liberdade de reunião e até para o exercício do arbítrio de autoridade. Reunião é qualquer agrupamento formado em certo momento com o objetivo comum de trocar idéias ou de receber manifestação de pensamento político, filosófico, religioso, científico ou artístico. Para Pontes de Miranda (in Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969), reunião “é a aproximação especialmente considerada – de algumas ou de muitas pessoas, com o fim de informar-se, de esclarecer-se e de adotar opinião (deliberar, ainda que só no foro íntimo)”. Permite o texto da Constituição Federal de 1988, que as pessoas se agrupem para intercâmbio de idéias (objeto lícito e ato perfeito com reivindicações justas).

INCISO XVII E XVIII

LIBERDADE (associação): O direito de associação assim como o de reunião são corolários do Estado Democrático, e só podem existir enquanto tenham fins lícitos. É um direito individual, só assegurado às pessoas físicas. O novo texto constitucional, além de inscrever regras de vedação de interferência estatal em seu funcionamento em razão do princípio da liberdade individual, também incorpora regra civilista que proíbe a tutela do estado às associações civis (§ 28 do artigo 153 do anterior texto) da regra constitucional anterior.

OBSERVAÇÃO: Ainda a lição de Pontes de Miranda: “associação é toda coligação voluntária de algumas ou de muitas pessoas físicas, por tempo longo, com o intuito de alcançar algum fim (lícito), sob direção unificante...”. José Afonso da Silva (não menos festejado autor) em seu livro (denominado Curso de Direito Constitucional Positivo) nos ensina: “... Mas agora a Constituição correlaciona as cooperativas com as associações (artigo 5º inciso XVIII) e, num dispositivo da ordem econômica, dispõe que a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo (artigo 174 § 2º). Aqui correlaciona associativismo e cooperativismo entre as instituições da ordem econômica, e até menciona uma cooperativa especial para o exercício da atividade garimpeira (artigo 174 §§ 3º e 4º). Prossegue: A liberdade de associação, de acordo com o dispositivo constitucional em exame, contém quatro direitos: (1) o direito de criar associação (e cooperativas), que não depende de autorização; (2) o direito de aderir a qualquer associação, pois ninguém poderá ser obrigado a associar-se; (3) o direito de desligar-se da associação, porque ninguém poderá ser compelido a permanecer associado; e (4) o direito de dissolver espontaneamente a associação, já que não se pode

compelir a associação a existir. A cláusula “na forma da lei”, constante do inciso XVIII do artigo 5º, só se refere à criação das cooperativas, não à autorização para essa criação. Continua...”.

INCISO XIX

DISSOLUÇÃO COMPULSÓRIA (DA ASSOCIAÇÃO): As associações não poderão em hipótese alguma ser dissolvidas ou ter suas atividades suspensas pelos poderes públicos sem a competente decisão judicial transitada em julgado como tampouco é possível impor-se qualquer restrição preventiva à sua formação. A Constituição alberga a tutela jurídica à liberdade de associação, tornando-a um direito líquido e certo e que tem como ação judicial garantidora o mandado de segurança..

INCISOS XX e XXI

LEGITIMIDADE DAS ASSOCIAÇÕES (REPRESENTAÇÃO): Não cabe ao estado impor limitações preventivas à livre formação das associações e, conseqüentemente, como o princípio é a liberdade total do indivíduo, não se poderia compeli-lo a associar-se ou a permanecer associado contra a sua vontade. A inovação aparece no direito de petição ou representação perante as autoridades, em juízo ou fora dele, estendendo-se às entidades associativas que estiverem expressamente autorizadas por seus filiados, cujos direitos poderão ser por elas plenamente defendidos.

OBSERVAÇÃO: O inciso II do artigo 5º trata do princípio constitucional da legalidade “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, sem qualquer crítica aos constituintes, não tem nenhuma razão para que um outro inciso venha especificar o não cumprimento de se associar ou permanecer associado! Ou? Quanto ao inciso XXI, aqui associados, o Código Civil assim determina “As pessoas jurídicas serão representadas ativa e passivamente, nos atos judiciais e extrajudiciais, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não o designando, pelos seus diretores”. No tocante ao registro civil, o mesmo diploma legal, assim dispõe “o registro declarará: (I) A denominação, os fins e a sede da associação ou fundação; (II) O modo por que se administra e representa ativa e passiva, judicial e extrajudicialmente”.

INCISOS XXII, XXIII, XXIV e XXV

PROPRIEDADE (FUNÇÃO SOCIAL): O novo texto não traz novidades, inclusive no tocante à forma indenizatória, nas hipóteses de desapropriação, que haverá de ser justa e prévia e em dinheiro, ressalvados os casos previstos na Constituição.

OBSERVAÇÃO: Jean-Jacques Rousseau (1712–1778) –in Contrato Social– dizem alguns autores, que ele foi inconseqüente, pois justifica a propriedade pela ocupação seguida da cultura, **mas** afirma que: “os frutos são de todos, e a

terra, é de ninguém”. É a lição de Wolgran Junqueira Ferreira que merece ser transcrita: “entendemos ser a propriedade privada direito natural do indivíduo, confirmado pela ocupação, aliada ao trabalho e cujo exercício deve ser visto sob os aspectos da utilidade social. Assim, existe o direito à propriedade “in abstracto” enquanto que concretamente fica adstrito ao interesse social. Quando o interesse geral prevalece sobre o particular, sem que isto signifique a abolição do direito pré-existente do indivíduo, sobre a coletividade. Desta forma a Constituição assegura o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro... Quanto ao inciso XXIII, destaca-se função social: Já se supõe “a priori” a exploração da terra, evitando, destarte, os mini e ou latifúndios inexplorados. A terra não pode ficar improdutiva. Para o inciso XXIV, nada melhor do que definir sucintamente a desapropriação: “é a medida pela qual o poder público, em casos determinados em lei e mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ordena que a propriedade (domínio e posse) de qualquer pessoa, seja transferida a outrem (governo) para atendimento de interesse coletivo. São três os pressupostos que permitem a desapropriação; a saber: NECESSIDADE PÚBLICA = Aquela que o Poder Público sente em relação a determinado bem e que só pode ser resolvida com a transferência dele; UTILIDADE PÚBLICA = Conveniência – oportunidade – da utilização do bem; e INTERESSE SOCIAL = Quando se quer resolver, atendendo (sempre) a maioria da coletividade. Vale recordar, a exposição de motivos, de Francisco Campos, quando do Decreto-lei nº 3.365 de 1941 (até hoje em vigor) e que dispõe sobre desapropriação por utilidade pública, acentuando que não cogitará ali da retrocessão, por considerá-la matéria regida pelo Código Civil. Aliás, é o que realmente ocorre. O artigo 1.150 do citado Código de 1916; diz: “A União, o Estado, ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino, para que se desapropriou”.

Para finalizar, inciso XXV, trata da denominada requisição. Eurico Sodré (in A Desapropriação) acentua: “o instituto de requisição não é extinguir o domínio privado sobre certos bens, e incluí-los na categoria das coisas públicas de uso especial ou de uso comum do povo. É apenas, usá-los, enquanto o exigir a defesa nacional ou da ordem interna”.

INCISO XXVI

PROPRIEDADE RURAL (PEQUENA) PRESERVADA: Inovação que visa à fixação do pequeno proprietário a terra. É também uma forma não expressa de assegurar o princípio da função social de propriedade, representando um avanço na tentativa de conceituação desse princípio, porque, ao mesmo tempo em que assegura o direito de propriedade, impõe, para tanto, que a terra seja trabalhada pela família e que este trabalho caracterize atividade produtiva.

OBSERVAÇÃO: Em nenhuma das Constituições brasileiras este dispositivo esteve presente. Assim, o dispositivo do inciso XXVI é uma das inovações no texto constitucional brasileiro. É aconselhável observar, embora sendo texto recém incorporado, que uma área explorada por uma família, evidentemente, a área torna-se um bem impenhorável, e que a impenhorabilidade é relativa e não é absoluta.

INCISOS XXVII e XXVIII JUNTO COM O INCISO IX:

Simplesmente e incontestavelmente o direito do autor.

OBSERVAÇÃO: Não constou da Constituição Imperial de 1824, tal direito. Somente a partir da primeira Constituição Republicana, segunda Constituição do País, é que se estabeleceu que aos autores de obras literárias e artísticas fosse, então, garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. O direito de propriedade literária, científica e artística, no Direito Civil, tem campo colocado dentro do direito das coisas. Quanto à disciplina do Direito Constitucional, tal preceito, visa principalmente proteger o direito de liberdade de manifestação do pensamento, garantindo-se o direito ao autor de utilizar as obras literárias, artísticas e científicas, proibir-se que a expressão de seu pensamento seja deturpada. O direito autoral é transmissível por herança pelo tempo que a lei fixar. No tratado de Direito Civil (vários volumes e vários tomos) de Luiz da Cunha Gonçalves, de maneira clara e cristalina, deixa o autor, claro que existem na propriedade literária, científica e artística, duas relações distintas: Primeira = A paternidade da obra. Segunda = A exploração econômica exclusiva. Quanto a primeira, perpétua ou perene. Quanto à segunda, temporária, pois cessa com o tempo. É bom anotar, que vencido o prazo que a lei determina, é permitido à qualquer pessoa (seja: física ou jurídica) editar ou reproduzir a obra. Para finalizar, o inciso XXVIII, letra “a”, indica que lei deverá ser editada, com a finalidade precípua de garantir (proteger) a reprodução da imagem e voz humana, inclusive nas atividades de caráter desportivo.

INCISO XXIX

INVENTOS E MARCAS INDUSTRIAIS PROTEÇÃO: Como já vinha ocorrendo (no § 24 do artigo 153 do texto anterior) estava protegido aos autores o invento industrial, assim como à propriedade de marcas, do nome comercial e outros. A inovação, em nível constitucional, é que estarão voltados para o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país (legislação apropriada deverá obedecer a esses parâmetros).

OBSERVAÇÕES: (1) Nogueira Itagiba (in O Pensamento Político Universal e a Constituição Brasileira) = Observa que “é a invenção considerada nova e suscetível de utilização industrial. O privilégio não entende o descobrimento de fatos, seres, leis científicas, mas à invenção industrial, propriamente dita”. (2) Sampaio Dória (in Comentários à Constituição) = Observa que: “os inventos são

produtos do trabalho, em que o elemento mental é quase tudo. Sempre criações integrais ou parciais, imaginadas, desenhadas, descritas, concretizadas ou executadas". (3) Waldemar Ferreira (in Instituições do Direito ou denominações da fantasia, sob forma distinta ou não; **(b)** emblemáticas ou figurativas = aquelas se representadas por emblemas, figuras, sinais, desenhos, panoramas sem nomes ou denominações; **(c)** mistas ou complexas = aquelas que se formadas pelas duas primeiras, em conjunto original e harmônico). Finalmente, observamos: (I) Marcas de indústria e comércio é aquela que é usada pelo fabricante, industrial, agricultor, ou artífice, para assinalar os seus produtos ou pelo comerciante para assinalar as mercadorias ou produtos, ou nos recipientes, invólucros, rótulos ou etiquetas. Consideram-se marcas de indústria e comércio susceptíveis de registro, entre outros: os nomes, palavras, denominações, letras, algarismos, impressões, gravuras, fotografias, etc. (II) O nome da empresa é uma necessidade social e lógica. (III) Não se pode confundir nome comercial com título de estabelecimento. O primeiro é nome de coisa. O segundo, é a designação do imóvel.

INCISO XXX

DIREITO DAS SUCESSÕES SUCESSÃO DE BENS: A herança tem suscitado intensos debates. Para alguns: gera desigualdade entre as pessoas, contrariando princípios de justiça e o interesse social. Para outros: constitui verdadeiro estímulo ao trabalho e a economia, bem como 'a organização familiar. Na verdade, a herança é o corolário do direito de propriedade, que, sem ela, não se completaria, configurando-se, ainda, como meio de subsistência familiar. Fica assim o instituto das sucessões garantido constitucionalmente, cabendo à lei civil dar-lhe os parâmetros de aplicabilidade.

OBSERVAÇÃO: Vejamos o que os professores Clóvis Bevilacqua e Carlos Maximiliano, em suas obras sobre Direito das Sucessões, escreveram sobre o assunto. O primeiro, entende por direito hereditário ou das sucessões, o complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão de patrimônio de alguém que deixa de existir. O segundo, define: "Direito das sucessões, em **sentido objetivo**, é o conjunto das normas reguladoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência de sua morte. No **sentido subjetivo**, mais propriamente se diria – direito de suceder, isto é, de receber o acervo hereditário de um defunto".

INCISO XXXI

SUCESSÃO DE BENS ESTRANGEIROS (EXCEÇÃO UNIVERSALIDADE): Quase repetição do texto contido (§ 33 do artigo 153). É aplicável aos bens móveis e imóveis, situados em território brasileiro. A Constituição Federal de 1946 e a Carta Constitucional de 1967 dispunham que a vocação para sucessão de bens de estrangeiros existentes no Brasil seria regulada pela lei brasileira e em benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não fosse mais

favorável à lei nacional do “de cujus” (substituição do final do texto. Lei Nacional por Lei Pessoal do “de cujus”). Princípio ampliado, ou seja, poderá ser considerada a de sua nacionalidade, ou domicílio, ou residência. Teremos o concurso de lei brasileira com a lei estrangeira.

OBSERVAÇÃO: Dentro do Direito Internacional Privado, a sucessão pode ser regulada por duas maneiras: PRIMEIRA = Pela lei nacional da pessoa falecida “lex patriae”. SEGUNDA = Pela lei do país onde estão situados os bens “lex rei sitae”. A Constituição adotou ambos os critérios. Perfilhou a lei nacional da pessoa falecida quando esta venha favorecer o cônjuge ou os filhos brasileiros. Adotou a “lex rei sitae” com prevalência para atender a unidade e a universalidade da sucessão. Assim, em relação a sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil firma-se em dados sólidos que são dois: PRIMEIRO = A pessoa. SEGUNDO = As coisas. Ficam os bens ligados à lei do Estado brasileiro, abrindo exceção quando a lei do estrangeiro seja mais favorável ao cônjuge brasileiro ou ao filho brasileiro. Não há que se discutir sobre a legitimidade do filho. Seja ele legítimo, natural, legitimado ou adúltero a regra constitucional incide. A Constituição liga o fato à sucessão e não ao casamento. Assim, se o cônjuge sobrevivente ou o filho, pela lei brasileira, não herdasse, e pela lei estrangeira sim, esta é que deverá incidir. Da mesma forma se pela lei estrangeira a herança forma maior, tendo em vista a diferenciação no modo de se partilharem os bens. Quando o texto fala em filhos brasileiros é de se ter em conta que não serão somente eles, como também seus representantes: “Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certa parenta do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia se vivesse” (Wolgran Junqueira Ferreira).

INCISO XXXII

DEFESA do CONSUMIDOR (GARANTIA INDIVIDUAL): O direito do consumidor, no Brasil, sempre foi relegado, não tendo até hoje uma garantia clara e objetiva. Agora, o Estado assegura a defesa, cabendo a lei estabelecer critérios, a ação específica e a legitimidade ativa e concreta de agir perante os tribunais. A redação deixa para a lei avançar e regular adequadamente a matéria (cabe ao consumidor insurgir-se contra toda sorte de lesão).

OBSERVAÇÃO: O Código do Consumidor satisfaz com seus artigos, todas ou quase todas as preocupações que um comprador (consumidor) seja qual for o tipo de produto, mercadoria ou contrato, tem.

INCISO XXXIII

DIREITO A INFORMAÇÃO: A par desses artigos (direito) o § 30 do artigo 153 = ao Direito Petição; § 35 do artigo 153 = Direito a expedição de certidões... . A nova Constituição introduz a novidade conferida aos cidadãos de receber dos órgãos públicos, de qualquer esfera, informações de interesse particular, coletivo ou geral, portanto muito mais abrangência, ressalvada aquelas cujo

sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. O referido dispositivo constitucional acrescenta que essas informações, sob pena de responsabilidade, deverão ser prestadas pela autoridade competente, no prazo que a lei ordinária vier a fixar.

OBSERVAÇÃO: Os legisladores constituintes de 1988, inovaram ao conceder à todos os cidadãos, o direito de receber informações verdadeiras, de interesse particular, coletivo ou geral dos órgãos públicos. O vigente texto constitucional garante a qualquer cidadão, seja brasileiro nato, naturalizado, ou estrangeiro com habitualidade de residência no território nacional, o direito de obter informações. Há legislação específica sobre o assunto.

INCISO XXXIV

DIREITO DE PETIÇÃO: EC nº 1 de 1969. Cuida o dispositivo constitucional do asseguramento, a todo e qualquer cidadão, do direito de petição ao poder público, bem como do de requerer certidões para defesa dos direitos individuais, já estampados nas constituições anteriores, no sentido de estrita proteção em face dos atos praticados pelos poderes do estado, que repercutem na esfera individual ou coletiva. (Resultado da fusão dos §§ 30 e 35 do artigo 153).

OBSERVAÇÃO: O direito de petição vem do “Bill Of Rights” do ano de 1688, que no texto do artigo 5º, assim estava escrito: “é direito dos súditos, apresentarem petições ao rei, e todas as prisões e perseguições, por motivo de tais pedidos serem ilegais”. (1) Paulino Jacques (in Curso de Direito Constitucional) diz que: “o direito de petição e representação é um dos mais genuinamente democráticos; investe o povo no poder de pleitear e preceder contra os abusos da autoridade”. (2) Carlos Maximiliano (in Comentários a Constituição Brasileira) observa que: “o direito de representação tradicionalmente denominado de direito de petição é um dos mais antigos e universais direitos do homem”. Por fim, cabe observar, ainda, que na letra “a” do inciso, três pressupostos devem ficar expressamente esclarecidos: (1) o que seja poder público (2) defesa dos direitos (3) ilegalidade e abuso de poder. Quanto a segunda parte do inciso (letra “b”) não poderíamos deixar de mencionar o mestre (3) Sahid Maluf (in Curso de Direito Constitucional) diz que entende: “o conhecimento dos negócios públicos, por via de certidões é assegurado aos brasileiros natos e naturalizados. Aqui se trata de direito político, ou de cidadania, de sorte que, se deve entender, como não facultando aos estrangeiros”. Como o entendimento da maioria dos autores diverge do mestre Maluf, assim se entende: “quer no exercício do direito de petição, quer no exercício do direito de obtenção de certidões, qualquer pessoa que os exercer fica constitucionalmente isento do pagamento de taxas (que por correto seria emolumentos e não taxa)”. .

INCISO XXXV

PRINCÍPIO DA JURISDIÇÃO ÚNICA: Com redação diversa (§ 4º do artigo 153) cuida o dispositivo a adotar o sistema da jurisdição única ou sistema de controle judicial. Assim, exclui a possibilidade de implantação de um contencioso administrativo (deverá ser resolvido judicialmente, ou seja, pelos juízes de tribunais do poder judiciário). É de se observar que o novo texto exclui, com supressão da segunda parte do § 4º do artigo 153, o exaurimento das vias administrativas.

OBSERVAÇÃO: O princípio contido neste inciso, remonta a João Sem Terra. Trata-se de uma garantia civil com abrangência para todos direitos individuais, quer relacionado com as pessoas entre si, quer no relacionamento destes com o Estado. (1) Manoel Gonçalves Ferreira Filho (in Curso de Direito Constitucional) acentua que “o crivo imparcial do Judiciário contraria muitas vezes a prepotência dos governantes que, se podem, cuidam de impedir sua fiscalização”. (2) Francisco Campos (in Direito Administrativo) ao tratar do assunto é taxativo, diz que “o recurso à jurisdição contenciosa não está na dependência de recursos ao órgão administrativo, incumbido de prover a matéria sobre que versa o litígio judicial. Isto pelo princípio da separação dos poderes, não havendo entre a administração e a justiça nenhum nexo de subordinação hierárquica e, particularmente, pelo fato de que a fase administrativa não constitui instância do Poder Judiciário, não estando, assim como de manifesta evidência adstrito ao Poder Judiciário a aguardar que se esgote a fase administrativa para iniciar a Judiciária, o que só se justificaria se a intervenção ao Judiciário constituísse, na acepção formal e técnica, um recurso, e, portanto, a administração uma instância inferior da justiça”. (3) Por fim, a atual Constituição Federal, diversamente das anteriores Constituições brasileiras, acrescentou que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direitos. Assim, não será necessário que a lesão ao direito se consuma a simples ameaça a direito, dá a pessoa à possibilidade de se socorrer ao Poder Judiciário.

INCISO XXXVI

PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE: Nada mudou. Tudo conforme ao texto constitucional anterior, ou seja, do § 3º do artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

OBSERVAÇÃO: Assunto antigo na linha constitucional, pois, com o mesmo sentido, já dispunha a Constituição Imperial de 1824 “Qual a lei não terá efeito retroativo”. O principal objetivo do texto deste inciso é o de conceder às pessoas, estabilidade nas relações jurídicas entre elas e o Estado. Analisemos profundamente essa máxima: “normas supervenientes não podem suprimir atos jurídicos consumados”. A Constituição assegura a irretroatividade da lei no tempo: (1) garantindo o direito adquirido; (2) garantindo o ato jurídico perfeito; (3) garantindo a coisa julgada. O mestre Orlando Gomes (in Introdução

ao Direito Civil) diz que: “a relação jurídica constitui-se quando praticados os atos, ou realizados os fatos exigidos pelo ordenamento jurídico para que se formem, passando do mundo dos fatos, para o mundo de direito. Satisfeitas as exigências legais, concernentes à sua formação, verifica-se a aquisição dos direitos correspondentes. Há, então, direitos adquiridos”. O iluminado Pontes de Miranda (in Comentários a Constituição de 1967) conceitua o direito adquirido como sendo “o direito irradiado de fato jurídico, quando a lei não o concebeu como atingível pela lei nova”. Já o festejado professor Clóvis Bevilacqua (in Código Civil) estabeleceu para o direito adquirido: “(a) que se tenha originado de um fato jurídico, de acordo com a lei do tempo, em que se formou ou produziu (b) que tenha entrado para o patrimônio do indivíduo”. O artigo 6º § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, afirma: “reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”. Ato jurídico (conceito) é todo ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico (artigo 81 do Código Civil). Mais uma vez, o professor Clóvis Bevilacqua, sobre o assunto, manifesta-se assim: “o direito, organização da vida social, não pode dar apoio e firmeza à prática de atos imorais, que são elementos desorganizadores da ordem social, contrários aos fins de aperfeiçoamento cultural, que o direito prossegue como a ética. O objeto imoral vicia fundamentalmente o ato. O direito declara-o absolutamente nulo”. Velho princípio de direito sustenta que “res judicata pro veritate habetur”, assinala o pensamento contido no Direito Romano sobre as sentenças “Praeses provinciae non ignorat definitivam semntentiam, quae condemnationem vel absolutionem non continet, pro iusta non heberi”. João Monteiro, diz que: “chama-se em direito coisa julgada (res judicata) o decreto do poder judiciário, que põe termo à controvérsia, a qual ficou definida na contestação da lide (litisconstatio). O professor Pontes de Miranda faz distinção entre coisa julgada formal e material. A COISA JULGADA FORMAL = é aquela quando não mais se pode discutir no processo o que se decidiu. A COISA JULGADA MATERIAL = é a que impede discutir-se, noutra processo, o que se decidiu.

INCISOS XXXVII, LIII e LIV.

TRIBUNAIS DE EXCEÇÃO: O primeiro inciso é a antiga segunda parte do § 15 do artigo 153. O segundo e terceiro incisos trazem inovação em relação à autoridade processante e indispensabilidade do devido processo legal.

OBSERVAÇÃO: Tribunal de exceção é tribunal marginal, posto à margem das previsões constitucionais. Deveria o legislador constituinte, ter ido além, na garantia criminal dada aos indivíduos. Proibir, não somente, os tribunais de exceção como também vedar que comissões de investigação funcionassem ou existissem sem que o investigador tivesse ampla assistência e se lhes dessem todos os meios de defesa com os recursos a ela inerentes, desde a fase da apuração do delito. A existência delas sem garantia constitui início da

permissibilidade da criação de famigerados tribunais de exceção (Wolgran Junqueira Ferreira). Ver os incisos LIII e LIV no momento oportuno.

INCISO XXXVIII

INSTITUIÇÃO DO JÚRI: Como se verifica, a instituição do júri foi integralmente mantida pelo legislador constitucional, com a organização que lhe der a lei, com competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, observando-se os princípios: Plenitude de defesa, Sigilo das votações e Soberania dos veredictos. Mantido o texto do § 18 do artigo 153 da EC nº 1 de 1969.

OBSERVAÇÃO: O Tribunal do Júri é composto através do alistamento, feito pelo juiz presidente do tribunal, variando seu número conforme o número de habitantes em cada comarca. Em cada sessão serão sorteados vinte e um membros do júri, dos quais, sete (após a escolha por sorteio) constituirão o conselho de sentença em cada sessão de julgamento. São chamados juízes do fato. Quanto menor o conhecimento técnico-jurídico, melhor é o trabalho do jurado. Decidem (os jurados) pelo princípio sagrado do livre convencimento. É reconhecidas a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados (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 (chamados crimes de sangue). No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 absorveu a júri. Todas as outras que lhe seguiram o mantiveram até a EC nº 1 de 1969 não houve qualquer alteração ao princípio da soberania de seus julgamentos. Segundo a história, o júri inicialmente era uma corporação de súditos do rei, encarregados de dar informações sobre seus vizinhos. “The law of wantage” (1016): “Deixe um encontro marcado em cada “Wepentake” (subdivisão de certas províncias), deixe os 12 súditos mais velhos saírem, e o escrivão com ele, e deixe-os jurar sobre uma relíquia que não acusarão nenhum inocente e não esconderão nenhum culpado (in John Roche – Tribunais e Direitos Individuais).

INCISOS XXXIX E XL

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL: Cuida do princípio da legalidade, consubstanciado na máxima “nulla poena, nullum crimen sine lege”, ou seja, é indispensável lei definidora do ilícito penal. Outro inciso fixa o princípio da irretroatividade da lei penal, salvo se beneficiar o réu, hipótese em que a norma constitucional admite a retroação da lei.

OBSERVAÇÃO: Nada melhor para explicar o inciso, senão a lição de Nelson Hungria (in Comentários ao Código Penal): “Nullum Crimen, nulla poena sine lege”: “No primitivo direito penal romano, formado à proporção que surgiam os casos concretos, não era proibida a punição sine lege”. Ao tempo do governo dos magistrados, em conjugação com o tribunal do povo, já havia prefiguração

de vários crimes (e prefixação de penas), mas o tribunal popular podia declarar puníveis outras ações não previstas.

⇒ Quando, porém, posteriormente, o tribunal popular foi substituído pelo processo das “questiones” e a jurisdição penal passou gradativamente para o tribunal de jurados, uma ação só podia ser punida se estivesse precisamente incriminada.

⇒ Não podia ser punido um fato reprovável só porque fosse merecedor de pena. Notadamente com as “questiones perpetue”, instituídas ao tempo de Silva, e com a “ordo judiciorum publicorum”, passou a ser vedada a analogia. (Como assinala Mommsen: “de então em diante, não podia haver em Roma nenhum delito sem prévia lei criminal, nenhum processo penal sem prévia lei processual, nenhuma pena sem prévia lei penal”. (Com o advento, porém, do processo senatório-consular e do concomitante tribunal imperial, repudiou-se o princípio da legalidade rígida. Instituiu-se o processo extraordinário, e as fontes do direito penal passam a ser, além das antigas leis populares, a “Constitutio” imperial, o “rescriptum”, o direito municipal, o direito local, a “consuetudo” radicada no “usus fori”. Permitia-se a interpretação extensiva e mesmo a analogia, isto é, a pena podia ver, excepcionalmente, irrogada “ad exemplum legis” (incisos XLVIII, IV, artigo 7, § 3º). Entretanto, como no direito anterior, jamais uma ação (não previamente incriminada) podia incidir “sub pena” pelo simples fato de ser merecedora de pena. (Ainda então se preceituava que “poena non irrogatur nisi quae quaque lege vel alio jure” (referência à novas fontes do direito, acima referidas) “epcialiter huic delicto imposita est”. Mesmo no regime das penas extraordinárias, não eram estas puramente arbitrárias, pois o tribunal, ao aplicá-las, estava adstrito a consultar as fontes jurígenas acrescidas ao velho “jus legitimum”. (Na idade média, entretanto, com a prevalência do direito consuetudinário sobre a lei escrita, o exemplo do processo romano extraordinário medrou amplamente, prescindindo-se, na configuração de crimes e irrogação de penas, até mesmo da analogia ou do “exemplum legis”. Permitiu-se o “plenum arbitrium” dos juízes. Foi a idade de ouro das penas arbitrárias. Ao juiz só era vedado, quando muito, excogitar uma espécie nova de pena. E ao lado do arbítrio do juiz ainda havia o arbítrio do rei, de que foram atestado, em França, as célebres “lettres de cachet”. (Mesmo nas codificações da avançada idade média, não se proibia a analogia penal. Assim, a Carolina (Ordenação Criminal de Carlos V, 1532), “Codex Juris Bavarici Criminalis” (1751) e a “Constitutio Criminalis Theresiane”(1789). CARPSOVIO (1595-1666), entretanto, na Alemanha já pugnava pelo “arbitrium” moderado, devendo o juiz conforme dizia ele, regular-se “secundum fidem, aequitatem et religionem”. Também na Itália, não obstante o “arbitrium judicis” reconhecido do direito estatutário, Farinacio, entre outros, antecipava-se ao princípio individualista do século XVIII: “poena non imponitur pro omni delicto, sed tantum pro eo, quod lex statuit esse delictum. Delictum non est ubi poena non cadit, etiam quodo illicitum sit. Poenanon habet locum nisi in casu a jure

expresso". (Muito antes dos enciclopedistas, já Bacon (1560-1626) filosofava que: "optima lex quae minimum relinquit arbitrio judicis"; e Puffendorf (século XVII) declarava que "tralaticium est, ubi non sit lex, ibi nec poena, nec delictum invenire". Para o inciso XL, ainda vamos ler o que nos ensina

⇒ Nelson Hungria (in Comentários ao Código Penal) "O direito, sob pena de incorrer na "summa injuria" não pode ser construído com critérios de pura lógica abstrata. Para a não ultra-atividade da "lex gravior"(que é o lado avesso da retroatividade da "lex mitior") há uma irrecusável razão de justiça: se a lei nova, afeiçoando-se a uma mudança da consciência jurídica geral ou a uma nova "concepção jurídica (opinio juris, ponto de vista ético-jurídico-social) em torno de determinado fato, suprime sua incriminação ou atenua sua punição, a eficácia póstuma da lei antiga redundaria numa opressão iníqua e inútil".

INCISOS XLI e XLII

RACISMO É CRIME: Dispositivos que reforçam o tratamento isonômico, repudiando discriminações odiosas e atentatórias às liberdades públicas, máxime com relação ao racismo, elevando-o à condição de crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão a ser fixada em lei.

OBSERVAÇÃO: No Brasil, os abusos aos direitos e liberdades individuais são tantos e tantos, que nos parece que os legisladores constituintes de 1988 pretenderam com este dispositivo colocar um termo ou um ponto final nos abusos cometidos, principalmente, pelos agentes do Estado. Para o inciso XLII a observação é a seguinte: O preconceito de raça passou a ser matéria constitucional com a Constituição Federal outorgada de 1967, no § 1º do artigo 150 "O preconceito de raça será punido em lei". Anteriormente ao texto constitucional acima mencionado, vigia a lei Afonso Arinos, ou seja, a Lei nº 1.390 de 1951, que incluía nas contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de cor ou de raça.

INCISO XLIII

(VER INCISO III) Trata este inciso sobre as leis que considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. Vamos conceituar, sucintamente, para melhor entendimento: Para o mestre Magalhães Noronha (in Curso de Direito Processual Penal) a fiança é considerada como "um direito subjetivo do acusado, que lhe permite, mediante caução e cumprimento de certas obrigações, conservarem sua liberdade até a sentença condenatória irrecorrível". Mas, a inafiançabilidade é aquela em que o réu não se livra solto. Deve aguardar presa a sentença quer condenatória, quer absolutória. A GRAÇA = Consiste no favor concedido pelo Presidente e deve ser requerida pelo criminoso. A ANISTIA = Chamada, também de (anteriormente) carta de graça, carta de remissão ou carta de abolição, existe desde o Direito Romano, e é o esquecimento pela União (competência do Poder Legislativo com a sanção do Presidente da República) do ato criminal. A anistia extingue todas as ações de

direito penal. Não pode o anistiado recusar a anistia. A prática da tortura, o tráfico ilícito de drogas e entorpecente, o terrorismo, crimes hediondos, são crimes considerados inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. O crime hediondo deve ser considerado como tudo aquilo que é repelente, repulsivo ou horrendo. Mas dependerá do magistrado entender se tal e qual crime se incluem na constituição dos crimes hediondos.

INCISO XLIV

ORDEM CONSTITUCIONAL: Protegendo a Ordem Constitucional e o Estado Democrático, o legislador erige à condição de crime inafiançável e imprescritível os delitos cometidos por grupos armados civis ou militares, atentatórios aos princípios albergados pela nova Constituição. Para tais crimes, não há fiança nem prescrição.

OBSERVAÇÃO: Wolgran Junqueira Ferreira (in Comentários à Constituição) assim comenta: “A alusão a “grupos armados” a que faz menção o texto é para dourar, atenuar, e disfarçar a verdadeira intenção do legislador constituinte que pretendeu dirigir a inafiançabilidade e imprescritibilidade do crime da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado de direito, aos militares. Civil não dá golpe de Estado. Pode um civil servir de fantoche aos militares, mas após o golpe será imediatamente substituído. Aliás, os próprios golpistas, após a solidificação do golpe são devorados e engolidos por ele. Exemplo típico aconteceu no golpe de 1964; os militares que saíram com as tropas e correram risco de vida não foram premiados. O general Mourão Filho, o que mais obteve foi uma vaga no Superior Tribunal Militar. Aqueles que não correram risco algum e tomaram o poder, dele usufruíram. Dos líderes civis quase todos, algum tempo depois tiveram seus direitos políticos suspensos por dez anos como Carlos de Lacerda e Ademar de Barros. Os que ficaram nos gabinetes da sede dos Ministérios, estes ao assumirem o poder, chefiaram a tortura como é o caso do brigadeiro João Carlos Moreira Burnier.

INCISO XLV

PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE DA PENA: Ao se dispor que não passará da pessoa do delinqüente, reafirma-se o princípio da personalidade da pena. Continuam, portanto, proibidos a instituição e execução de penas infames, o confisco dos bens etc. Não estão incluídos na proibição os efeitos secundários da pena de prisão com relação aos dependentes do criminoso, que são corrigidos por medidas sociais.

OBSERVAÇÃO: Texto copiado (por ser da melhor qualidade) de Wolgran Junqueira Ferreira (in Comentários à Constituição de 1988): “... No Brasil somente a partir da Constituição de 25 de março de 1824, é que a pena ficou adstrita ao culpado. Vigorava até então as Ordenações Filipinas. De sua severidade na aplicação de pena a determinados delitos, fixava, por exemplo, que nos crimes de Lesa Majestade “os filhos são excluídos da herança do pai, se

forem varões, ficarão infamados para sempre, de maneira que nunca possam haver honra de cavaleiro, nem de outra dignidade, nem ofício; nem poderão herdar a parente, nem a parente ab-intestado, nem por testamento, em que fiquem herdeiros, nem poderão haver coisa alguma, que lhes seja dada, ou deixada, assim entre vivos, como em última vontade, salvo sendo primeiro restituídos à sua primeira fama estado. E esta pena haverão pela maldade, que seu pai cometeu. E o mesmo será nos netos, somente, cujo avô comete o dito crime". Também para os que cometessem o pecado de sodomia: "Toda a pessoa, de qualquer qualidade que seja, que pecado de sodomia por qualquer maneira cometer, seja queimada e feito por fogo em pó, para que nunca sejam confiscados para a Coroa de nosso Reino, posto que tenha descendentes; e pelo mesmo caso seus filhos, que cometem crime de Lesa Majestade". Mas a evolução do Direito impediu que a pena fosse alcançar além do criminoso: (I) "Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente, portanto, não haverá em caso algum, confiscação de bens; nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja", dizia o item 20 do artigo 179 da Constituição de 1824. Sabe-se, entretanto, que mesmo não havendo transmissibilidade de pena, esta repercute sobre os parentes do réu. (II) Como observa (Battaglini, citado por Frederico Marques (in Tratado de Direito Penal) afirma: "a sujeição pessoal do réu ao castigo não impede que este produza danos e sofrimentos também a inocentes ligados ao condenado pelos vínculos de parentesco ou laços afetivos. Quem tem experiência da vida dos detentos conhece bem esses dolorosíssimos aspectos: não é raro o caso de se ver a esposa do indivíduo encarcerado ser impelida à prostituição, por necessidade de ordem econômica". Entretanto, tal reflexo, se inconveniente, praticamente é inevitável, a menos que se opte pela impunidade. (prosegue o autor) ... (III) Em 21 de dezembro de 1958 o Congresso Nacional decretava e era sancionada a Lei nº 3.502 que regulamentava o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função. Considerou aquela lei, casos de enriquecimento ilícito: **(a)** a incorporação ao patrimônio privado, sem as formalidades previstas em lei, regulamentos, estatutos ou em normas gerais e sem a indenização correspondente, de bens ou valores do patrimônio das entidades mencionadas no artigo 1º e seus §§; **(b)** a doação de valores ou bens do patrimônio das entidades mencionadas no artigo 1º e seus §§ a indivíduos ou instituições privadas, ainda que de fins assistenciais ou educativos, desde que feita sem publicidade e sem autorização prévia do órgão que tenha competência expressa para deliberar a esse respeito; **(c)** o recebimento de dinheiro, de bens móveis ou imóveis, ou de qualquer outra vantagem econômica, a título de comissão, porcentagem, gratificação ou presente; **(d)** a percepção de vantagem econômica pelo meio de alienação de bens móveis ou imóveis, por valor sensivelmente inferior ao corrente no mercado ou ao seu valor real; **(e)** a obtenção de vantagens econômicas por meio de aquisição de bem móvel ou imóvel por preço sensivelmente inferior ao

corrente no mercado ou ao seu valor real; **(f)** a utilização em obras ou serviços de natureza privada, de veículos, de máquinas e materiais de qualquer natureza de propriedade de União, Estado, Município, entidades autárquica, sociedade de economia mista, função de Direito Público, empresa incorporada ao patrimônio da União ou entidade que receba e aplique contribuições para fiscais e, bem assim, a dos serviços de servidores públicos, ou de empregados e operários de qualquer dessas entidades; **(g)** a tolerância ou autorização ou ordem verbal, escrita ou tácita, para a exploração de jogos de azar ou lenocínio; **(h)** declaração falsa em medição de serviços de construção de estradas ou de obras públicas, executadas pelo Poder Público ou por tarefeiros, empreiteiros ou sub-empreiteiros ou concessionários; **(i)** declaração falsa sobre quantidade, peso, qualidade ou características de mercadorias ou bens entregue a serviço público, autarquia, sociedade de economia mista, fundação instituída pelo Poder Público, empresa incorporada ao patrimônio público ou entidade que receba e aplique contribuições para fiscais ou de qualquer deles recebidas. E prossegue (...)

INCISO XLVI

PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIDADE DA PENA: A regra de que a pena deve ser proporcional ao crime praticado (princípio da personalidade) é abrandada com o princípio da individualidade da pena. A individualização é uma das chamadas garantias repressivas, contribuindo com o postulado básico de justiça.

OBSERVAÇÃO: (I) A pena deve ter por base uma relação de proporcionalidade: (a) qualitativo (b) quantitativo. Quanto ao **QUALITATIVO** = Os crimes mais graves devem ser punidos com penas mais severas. Quanto ao **QUANTITATIVO** = Em cada crime deve se aplicar à pena em maior ou menor grau, levando-se em consideração a maior ou a menor culpabilidade do réu. Assim pensava a Escola Clássica. (II) Quando da privação da liberdade, a pena pode ser (a) de detenção ou (b) de reclusão. De **DETENÇÃO** = O condenado fica sempre separado dos condenados a pena de reclusão e não está sujeito ao período inicial de isolamento diurno. De **RECLUSÃO** = O período inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade consiste na observação do recluso, sujeito ou não ao isolamento celular (cela) por tempo não superior a três meses, com atividades que permitem completar o conhecimento de sua personalidade. (III) **PERDA DE BENS** = Instrumentos do crime, desde que consistam em coisa cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito, como também, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. (IV) A obrigação de **PAGAR UMA SOMA EM DINHEIRO A TÍTULO DE PENA**, desde tempos imemoriais é praticada, pois a multa tem sido “longuement appliquee pendant toute l’évolution du droit penal”. (V) **PRESTAÇÃO SOCIAL ALTERNATIVA** = “A prestação de serviços à comunidade consiste na

atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitário ou estatal” (Lei nº 7209 de 1984 que alterou o Código Penal, que renumerado passou a ser o artigo 46). Por fim, a suspensão ou interdição de direitos, que para tanto, basta compulsar o Código Penal, no artigo 47 incisos de I a III.

INCISO XLVII

ADMINISTRAÇÃO DAS PENAS: A pena de morte permanece somente na hipótese dos chamados crimes de guerra (o § 11 do artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969 ⇒ previsto no Código Militar). Permaneceu vedada a pena de caráter perpétuo. Continua, também, vedada a pena de trabalhos forçados, considerada como cruel e atentatória à integridade física e moral do condenado (não se impede o trabalho do condenado, do preso, ou a prestação de serviços à comunidade). Resta proibido o banimento. Tal dispositivo não impede medidas de extradição, expulsão ou deportação de estrangeiros (lei ordinária).

OBSERVAÇÃO: Não haverá penas: (a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do inciso XIX do artigo 84 da Constituição Federal; (b) de caráter perpétuo; (c) de trabalhos forçados; (d) de banimento; (e) cruéis. Veja os textos sobre a matéria nas nossas Constituições:

Na CONSTITUIÇÃO DE 1891 (1ª Republicana) = No seu artigo 72 § 21 dispunha: “Fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra”.

Na CONSTITUIÇÃO DE 1934 = No seu artigo 113 item 29: “Não haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro”.

Na CONSTITUIÇÃO DE 1937 = No seu artigo 122 item 13: “Não haverá penas corpóreas perpétuas”. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a lei poderá prescrever a pena de morte para os seguintes crimes: (I) TENTAR = Submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro; (II) TENTAR = Com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; (III) TENTAR = Por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder à operação de guerra; (IV) TENTAR = Com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na

Constituição; (V) TENTAR = Subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social; e (VI) o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade” (Lei Constitucional nº 1 de 16 de maio de 1938 (DOU 17.5.38).

Na CONSTITUIÇÃO DE 1946 = No seu artigo 141 § 31: “Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”.

Na CONSTITUIÇÃO DE 1967 = No seu artigo 150 § 11: “Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública” (o AI nº 5 de 1969 deu a este parágrafo a seguinte redação “Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de Guerra Externa, Psicológica Adversa, ou Revolucionária ou Subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta”).

Na EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1 de 1969 = No seu artigo 153 § 11: “Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, nem de banimento. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação penal aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública”.(esta redação foi dada pela EC nº 11).

OBSERVAÇÕES IMPORTANTES:

(1) = A prisão perpétua era prevista no Código Criminal de 1830. Foi a Constituição de 1934 quem a aboliu. Entretanto, ressalvada ficou sua aplicação nas hipóteses de crimes previstos pela legislação militar e na hipótese de guerra externa;

(2)= O Código Criminal de 1890 previa cinco penas, dentre elas a prisão com trabalho obrigatório. Mas no Brasil, o trabalho forçado não constituiu pena que tivesse marcado a história das penas.

(3) = Banimento, consiste ele na expulsão do nacional, do território nacional. A parte geral do Código Criminal de 1830 previa a pena de banimento, sem que, entretanto, a parte especial a aplicasse.

(4) = A Constituição Imperial de 1824, no artigo 7º, item 3º, previa a pena de perda dos direitos políticos aos que fossem banidos.

(5) = Há pequena confusão quanto às penas cruéis. Entendemos implícitos quando tratamos da tortura.

INCISOS XLVIII, XLIX E L

CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: (a) Determina-se a existência de estabelecimentos penitenciários distintos, levando-se em conta a natureza do delito, a idade e os antecedentes (código penal –lei das execuções já dispõe matéria a respeito) = Regime. (b) Direitos Humanos fundamentais do homem (vida, saúde, integridade corporal e dignidade humana). Proibido: maus tratos e castigos que por sua crueldade ou conteúdo desumano atentem contra a dignidade da pessoa. (c) No interesse da família eleva-se à categoria de norma constitucional, em favor da criança, o direito da presidiária para permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

OBSERVAÇÃO: No inciso XLVIII o tratamento fundamental, constitucional, é de que haja estabelecimentos prisionais para tipos distintos de criminosos. Para que seja cumprida a risca esta garantia constitucional, a propósito Wolgran Junqueira Ferreira com peculiar autoridade, leciona: que mister se faz que haja em primeiro lugar presídio para todos os condenados. E não os há, por falta de recursos. A situação carcerária no Brasil é precária, como de resto precário, são todos os serviços públicos como a educação e saúde. Quanto ao inciso XLIX foi fruto da Emenda apresentada pelo Deputado Arnaldo Nogueira, na Constituição de 1967, que a justificou: “Numa simples justificativa não há espaço para descrever os horrores a que são submetidas, na maior parte das penitenciárias, cadeias ou prisões de nossa Pátria, os detentos e presidiários, vozes as mais respeitáveis, da Magistratura, do Ministério Público, do Clero, de ministros religiosos, da imprensa, de educadores tem clamado pela humanização de pena no Brasil”. Por fim, quanto ao inciso L, esse direito à presidiária surge pela primeira vez nas Constituições brasileiras. É a permanência delas com seus filhos durante o período de amamentação. Gostei, e então copiei a frase de alguém: “Poético ou não, a partir de agora existe uma garantia constitucional e existe o remédio jurídico constitucional para obrigar o Estado a cumpri-lo”.

INCISO LI

BRASILEIRO NÃO SERÁ EXTRADITADO: (parte final do texto é inovação) Extradicação é a trasladação de um indivíduo por requisição de pais estrangeiros.

A extradição de brasileiro nato é totalmente vedada e fixa a constituição um limite específico para os naturalizados (drogas, etc.).

OBSERVAÇÃO: vejamos extradição: “ato pelo qual, um determinado Estado entrega a outro, um indivíduo a fim de ser processado, julgado ou para cumprir pena”. Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do STF sobre a legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão. Segundo a Lei nº 6.815 de 1980 “a extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade”. ⇒ Para o professor Frederico Marques (in Tratado de Direito Penal) “a extradição é um instituto de cooperação internacional na luta contra o crime”. ⇒ Eduardo Espínola (in Elementos de Direito Internacional Privado) conceitua a extradição como: “o ato pelo qual um Estado, a pedido de outro, lhe faz entrega de um indigitado criminoso, que se encontre em seu território, para ser julgado ou punido por um crime que compete à jurisdição do Estado que o reclama”. A extradição somente poderá ser requerida e não poderá ser voluntária. A extradição pode ser: ATIVA = Quando o Estado reclama o criminoso a um Estado estrangeiro (prevalece o caráter administrativo e político). PASSIVA = Quando este o concede (predomina o caráter jurídico e jurisdicional). Através da Lei nº 6.815 de 1980, admitem-se poder ocorrer duplo ou triplo pedido no mesmo sentido, pois o criminoso pode ser reclamado por vários Estados. Por fim, devemos observar, também, que o instituto da extradição é regido pelo princípio de especialidade como também pelo princípio da identidade das normas.

INCISO LII

ESTRANGEIRO NÃO EXTRADITADO: (§ 19 do artigo 153 da EC nº 1 de 1969). Poderá ser deferida a extradição de estrangeiros, desde que não seja motivada por crime político ou de opinião. (Veja o problema: definir crime político; outro problema: tendo a nossa constituição o princípio da liberdade de pensamento e de expressão, difícil é determinar o crime de opinião).

OBSERVAÇÃO: Difícil à definição ou conceituação do que venha a ser um crime político. Alguns fatores devem ser considerados, ao se objetivar o crime político, pois não se trata de um ato a ser examinado objetivamente, mas devem ser levados em conta os móveis do crime, psicologia do autor e acima de tudo, o espírito e o ambiente político existentes no Estado reclamante. As Constituições brasileiras de: 1824 (Monárquica), 1891 (Republicana), foram omissas quanto ao assunto. Já as Constituições de 1934 (todas Republicanas) para cá, tratam sobre o assunto.

INCISOS LIII E LIV

TRIBUNAIS DE EXCEÇÃO: Ver Inciso XXXVII.

OBSERVAÇÃO: Somente o Estado (tutela jurisdicional), através do Juiz de Direito é que poderá presidir os processos (seja qual for à ação) e proferir as

sentenças (procedentes ou improcedentes), somente assim, ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. O texto do inciso LIV veda a privação da liberdade ou dos bens sem que haja o processo penal (sem que haja o devido processo legal).

INCISO LV

AMPLA DEFESA: Manutenção do regramento existente no antigo § 15 do artigo 153 da EC nº 1 de 1969, quanto ao direito à mais ampla defesa, quer no processo judicial ou instância administrativa.

OBSERVAÇÃO: Contraditório significa dizer que as partes se colocam num patamar de igualdade. O contraditório é o elemento fundamental do processo, seja: do processo civil, do processo penal e até no procedimento administrativo, que impõe a ciência bilateral dos atos nele desenvolvidos e termos dele constantes, para possibilitar às partes contraditá-los. O professor Magalhães de Noronha (in Curso de Direito Processual Penal) assim nos ensina: “os métodos inquisitórios e secretos que o privam dos meios regulares de defesa, dá oportunidade para ser ouvido, e refutar as acusações. Não há surpresa nem imprevistos, mas tudo é feito às claras com conhecimento das partes”. Preste atenção a esta frase: “in atrocissimis leviores conjectures sufficiunt, et licet judici jura transgredi” quer dizer: “nos crimes mais atrozes bastam às conjecturas mais leves e é lícito ao juiz transgredir as leis”. Neste inciso, além do contraditório, encontramos a ampla defesa, outra garantia constitucional. Esta como garantia constitucional, vem desde a Constituição Federal (Republicana) de 1891. Aproveitando a época, lembramos que sobre o assunto. O professor dos professores Rui Barbosa, naquela época, já afirmava que nas sociedades oprimidas e acovardadas, em que não se tolera defesa, o crime é presunção “juris et de juris”, ao passo que nas sociedades regidas Segunda a lei, a presunção universal, é ao revés, a de inocência. Por fim, lei ordinária que venha cercear o direito de defesa é inconstitucional, como decisão judicial que reconhece existência de defesa quando realmente não houve qualquer decisão que prejudique o pleno exercício da defesa, devem ser corrigidos por violação do direito constitucional. Assim, tanto o contraditório como as amplas defesas são asseguradas aos litigantes em qualquer processo judicial ou administrativo.

INCISO LVI

REGRAMENTO PROCESSUAL: Regra nova que não admite meio ilícito na produção de prova (meios idôneos à instrução processual).

OBSERVAÇÃO: O texto “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, é uma (das) inovação no texto constitucional, dirigida à limpidez e seriedade processual. A TORTURA = É a maneira mais ilícita que se tem para a obtenção de uma prova. Mas, não é o único meio ilícito!!!

INCISO LVII

INCORPORAÇÃO DE NORMA PENAL ORDINÁRIA: A norma constitucional assegura o direito de ninguém ser considerado culpado, a não ser após transitar em julgado a sentença penal condenatória, como de resto já ocorre no sistema penal brasileiro.

OBSERVAÇÃO: Ninguém pode ser discriminado perante a sociedade, por estar sofrendo um processo, seja ele na esfera civil, penal ou até no administrativo, pois somente será (qualquer pessoa) considerado condenado, após sentença (condenatória) transitada em julgado, o que significa dizer: quando a sentença condenatória for confirmada.

INCISO LVIII

CÉDULA DE IDENTIDADE = QUEM TEM PODE LIVRAR-SE DA IDENTIFICAÇÃO:

Inovação. Preserva a pessoa do constrangimento da identificação criminal datiloscópica, desde que já esteja identificada para os efeitos da vida civil.

OBSERVAÇÃO: Os legisladores constituintes de 1988 pretenderam com o texto deste inciso ou garantia constitucional (como queiram) não permitir que os indiciados sofressem constrangimento e humilhação quando da identificação. Sobre o tema, parece-nos o melhor momento para oferecer aos nossos leitores ou estudiosos. A lição do professor Fláminio Fávero (in Medicina Legal) diz: “dos diferentes meios de identificação judiciária que a prática nos apresenta, um existe que resistiu e resistirá, sem dúvida, a toda crítica, porque conseguiu firmar-se em sólidas bases”. É a dactiloscópica, em que empregamos, para os interesses da Justiça, o exame dos dedos. Como é sabida, a polpa dos dedos e, também, a palma das mãos e as plantas dos pés, apresentam uns arabescos formados pelas saliências das cristas papilares. Esses desenhos papilares aparecem desde o 6º mês de vida intra-uterina e se conservam por toda a vida do indivíduo, inclusive depois da morte, só desaparecendo pela putrefação que desintegra a pele. Daí a facilidade de serem estudados em qualquer fase da vida humana e no cadáver. “Além de permanecerem em qualquer época da vida, não se destroem pela vontade do indivíduo, sendo, pois, imutáveis...”.

INCISO LIX

INCORPORAÇÃO DE NORMA PENAL (INFRACONSTITUCIONAL): O novo texto constitucional encampou norma inserida no Código de Processo Penal (admite ação privada nos crimes de ação pública, se não for intentada no prazo legal... cabendo ao Ministério Público aditar a queixa)..

OBSERVAÇÃO: Artigo 29 do CPP “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”. Artigo 100 § 3º do Código Penal: “A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferecer a denúncia no prazo legal”. Ary de Azevedo Franco (in Código de Processo Penal) entende que ocorrendo tal caso,

o Ministério Público podendo aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, o interessado que propôs a ação privada não mais irá ao desembolso de despesas para movimentar o processo”.

INCISO LX

EXCEÇÃO: Disposição constitucional nova que estabelece as exceções à publicidade dos atos processuais como regra geral. O sigilo processual somente será admitido quando a defesa da intimidade ou o interesse social assim o determinar.

OBSERVAÇÃO: matéria tratada processualmente; vejamos: No CPC, assim é o texto do artigo 155 “Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: (inciso I) em que o exigir o interesse público; (inciso II) que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores”. ⇒ No CPP assim é o texto do artigo 792 “as audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e realizar-se-ão nas sedes dos Juízos e Tribunais, com assistência do escrivão, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certo, ou previamente designado (mais §§ 1º e 2º).

INCISOS LXI, LXII, LXIII e LXV.

SUSPENSÃO PRISÃO ADMINISTRATIVA GARANTIA AO PRESO: (a) Permanece a proibição de se efetuar prisão a não ser na hipótese de flagrante delito ou de ordem escrita (mandado de prisão) da autoridade judiciária. O novo texto impede a chamada prisão administrativa; (b) S.M.J., não é permitida a prisão cautelar ou a prisão para averiguações, excepcionalmente prevista na EC nº 1 de 1969, nos artigos 155, 156 § 2º e 158 § 1º; (c) Institui, ainda, garantias não estabelecidas em Constituições anteriores: comunicação da prisão ao juiz competente e à família do preso ou por ele indicado; a necessidade de ser informado de seus direitos entre os quais o de permanecer calado, o de ter assistência à família e do advogado; (d) Constitui crime de abuso de autoridade deixar o agente público de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa.

OBSERVAÇÃO: Flagrante delito no entendimento de Galdino Siqueira (in Curso de Processo Criminal) compreende principalmente o caso típico, aquele que propriamente o constitui, isto é, o caso “in faciendo”, em que o indivíduo é encontrado cometendo o delito ou logo que acaba de cometê-lo”. ⇒ Além da prisão em flagrante delito, o texto deste inciso, autoriza a Constituição que ela seja feita por ordem escrita da autoridade judiciária. Os legisladores constituintes de 1988 inovaram, no inciso LXII, quando determinaram textualmente que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao Juiz e à família do preso ou a pessoa por ele indicada”, permitindo, de sorte, que familiares poderão acompanhar o acontecido, com informações diretas e precisas, providenciando imediatamente

um defensor e, se o caso permitir (havendo ilegalidade e abuso de poder), impetrar o medicamento jurídico constitucional cabível (no caso da ilegalidade, havendo, o remédio será o “habeas corpus”). Diz o texto do inciso LXIII que a pessoa (qualquer que seja) a ser presa (detida) deverá ser informada de seus direitos, no momento da prisão de sua detenção e pelo policial ou condutor, no local da prisão. Aqui, mais uma das novidades constitucionais dos legisladores constitucionais de 1988, com certeza (copiada ou) inspirada nas Constituições da Espanha e de Portugal. As informações devem ser: **(a)** o motivo da prisão; **(b)** Que nada é obrigado a dizer (garantia constitucional); **(c)** O silêncio, no momento, não faz qualquer tipo de prova contra ele. Por fim, o texto do inciso LXV não deixa qualquer dúvida que possa ser suscitada, pela razão de que qualquer prisão quando ilegal (ilegalidade ou abuso) será pelo Juiz relaxada, logicamente a pedido da pessoa interessada. Quanto ao exame pelo magistrado, como técnico, quase sempre mantém (mero comentário!).

INCISO LXIV

QUEM PRENDE? QUEM INTERROGA? O dispositivo permite ao preso ou àquele que for interrogado a possibilidade de defender seus interesses e providenciar a responsabilidade daqueles que cometem abusos e arbitrariedades (Lei Abuso de Autoridade nº 4.898 de 1965). Vale dizer: será identificado quem prende e quem interroga.

OBSERVAÇÃO: Vejamos o texto: “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”. De todos os autores e estudiosos do Direito Constitucional que comentaram, em especial, este inciso, quando da promulgação e publicação da Constituição de 1988, não tenho a menor dúvida, de que o melhor, o mais coerente ou perfeito e eficaz comentário ao inciso, foi o do eminente Wolgran Junqueira Ferreira (in Comentário à Constituição de 1988, páginas 225 e 226, volume nº 1). Agora, vejamos o comentário: “Trata-se de uma garantia criminal no texto constitucional. É regra de direito bastante em si e independente de qualquer regulamentação. A “priori” parece ser facilmente exequível. Mas, na realidade não o é. Via de regra, a pessoa a ser presa, no ato da prisão já apanhou. Entre no carro da polícia e do local da prisão até a delegacia continua apanhando. Desce do carro e adentra à delegacia, pelo fundos, aos pontapés. Seus detentores o entregam ao chefe da carceragem ou o entregam a algum investigador e saem para novas prisões. Houve tempo para identificar os responsáveis pela prisão?. É interrogado às vezes pelo delegado de polícia, pois via de regra, pelos escrivães. Se houver advogado presente, o Código de Processo Penal é observado, caso contrário não. O delegado fica em outra sala e assina o interrogatório como se estivesse presente. Identificar o escrivão não pode, pois ele não tem competência para proceder o interrogatório. Identificar o Delegado para que se ele estava ausente? E qual preso desacompanhado e sendo pobre e analfabeto terá coragem para exigir esta garantia constitucional? Melhor seria,

que o texto obrigasse o delegado de polícia a fornecer ao preso sua identificação, juntamente com a dos responsáveis por sua prisão.

INCISO LXVI

MANUTENÇÃO DE FIANÇA CRIMINAL INCORPORAÇÃO DE REGRA PENAL: (a) - Mantido o instituto da fiança criminal; (b) - Na conformidade da lei ordinária, assegurando-se, que o preso condenado por sentença recorrível pode aguardar em liberdade o julgamento definitivo do feito.

OBSERVAÇÃO: Exceto a Constituição Federal de 1937, as outras acolheram o instituto da fiança. Na Grécia e em Roma (entre 100 e 400 anos depois de Cristo), historicamente, o instituto da fiança teve o seu berço. Também foi adotada (entre 1300 e 1400) em Portugal. O Instituto da fiança, não tem outra senão a finalidade de assegurar, o comparecimento do acusado (indiciado/réu) perante a justiça, logicamente nos crimes que comportam esse instituto. Como sabemos, existem vários crimes que não comportam o instituto da fiança, tendo por razão (e incontestável razão) sua gravidade. Essa matéria, ou melhor, dizendo, esse instituto é tratado no artigo 330 do CPP: “A fiança que será sempre definitiva consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ou hipoteca inscrita em primeiro lugar”. O instituto da fiança tem abrangência geral, significa dizer que, o instituto não somente atenderá aos brasileiros natos, mas, sim, a todos que do instituto necessitar para atender à sua necessidade.

INCISO LXVII

REGRA MANTIDA: (§ 17 do artigo 153) Ninguém será preso por dívida civil. Exceção: devedor de alimentos e depositário infiel. (inadimplemento involuntário ou escusável - não cabe a prisão).

OBSERVAÇÃO: É uma garantia constitucional antiga, data desde a Constituição de 1934. (□) Quanto ao texto, assim é a manifestação do professor Pontes de Miranda (in Comentários ao Código de Processo Civil) “enquanto perdura a coerção, o Estado em defesa da família está aplicando uma pena ao inadimplente. Tanto é assim que o artigo 733 § 2º do CPC: diz que o cumprimento da pena não eximirá o devedor do pagamento das prestações alimentícias vincendas e vencidas; mas o Juiz não lhe imporá segunda pena, ainda que haja inadimplemento posterior”. (□) Sobre o assunto, assim se manifesta o eminente professor Washington de Barros Monteiro (in Curso de Direito Civil) “que para a decretação da prisão, que não é propriamente uma pena, mas medida compulsória de natureza civil ou administrativa, não importa que o depositário tenha agido com culpa ou dolo. Só pode ser decretada, porém, no curso da ação de depósito, em que se assegure plena defesa ao devedor, desde que existam seguros elementos comprobatórios da infidelidade”. Observa o professor Clóvis Bevilacqua (in Código Civil -1916) “Alimentos, na terminologia jurídica, significam – sustento, habitação,

vestuário, tratamento por ocasião de moléstia, e quando o alimentário for menor, educação e instrução. Denominam-se alimentos naturais, os que se limita a necessidades de vida e qualquer pessoa; a civis ou taxados em relação aos haveres e à qualidade das pessoas”. Os pressupostos da obrigação alimentar estão dispostos no artigo 399 do Código Civil de 1916.

INCISO LXVIII

GARANTIA AO DIREITO DE LIBERDADE: Garantia contida anteriormente no § 20 do artigo 153 da EC nº 1 de 1969 (remédio jurídico) de ir, vir ou ficar. Vale dizer, de locomover-se sem impedimentos além daqueles determinados em lei. O “habeas corpus” é o meio jurídico utilizado contra as medidas ilícitas. É concedido sempre que a ameaça à liberdade ocorrer sem amparo legal (ilegalidade) ou com abuso de poder. “Habeas Corpus” = É a providência (remédio) jurídica que tem por finalidade garantir a liberdade individual quando cercada por ilegalidade ou abuso do poder (locomoção: ir, vir e ficar). O “habeas corpus” = pode ser: (1) preventivo (iminência de ser preso) ou (2) repressivo (em favor de quem se acha preso ilegalmente). Assim é o vigente texto constitucional: “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 (inciso LXVIII do artigo 5º da CF). Para o professor Pontes de Miranda o “habeas corpus” = É um “direito, pretensão, ação e remédio jurídico constitucionais, garantia constitucional”. Para o professor Borges da Costa, o “habeas corpus” = É um “remédio concedido pela lei para fazer cessar violência ou coação ilegal iminente, contra a liberdade de locomoção”. Nota-se claramente que os pré-requisitos são: ilegalidade e abuso de poder. Sua origem, Inglaterra, ano 1215, Rei João, cognome de João Sem Terra, sucessor de Ricardo Coração de Leão e outros. Consagrado pela prática, foi posto em execução com maior rigor e respeito, no dia 26 de maio de 1679. Por fim, um novo ato, no reinado de Jorge III, veio completar o de 1679, ficando estabelecido que o cidadão inglês preso por delito que não constituísse traição ou rebelião poderia pedir, por si ou por outro, **uma ordem de “habeas corpus”**. No Brasil, pelo decreto de 23 de maio de 1821, do Conde dos Arcos, foi introduzido o “habeas corpus”, determinado que a partir do decreto, nenhuma pessoa livre no Brasil poderia ser presa sem ordem escrita do juiz criminal, a não ser em caso de flagrante delito. No texto constitucional da primeira Constituição do Brasil, Imperial de 1824, estabelecia que ninguém seria preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei. O “habeas corpus” foi regulamentado pelo Código de Processo Criminal, de 24 de novembro de 1832, estabelecendo que qualquer juiz poderia passar uma ordem de “habeas corpus” de ofício, sempre que no curso dos processos chegasse ao seu conhecimento que alguém estivesse ilegalmente detido ou preso. Em 1871 a Lei nº 2.033, estatuiu que o “habeas corpus” não era somente remédio contra constrangimento já efetivado, mas, também, contra o em vias de se concretizar.

Surgimento do preventivo. Com o Decreto de 11 de outubro de 1890 (República) todo o cidadão, nacional ou estrangeiro, podia solicitar para si ou para outrem, ordem de “habeas corpus”, sempre que ocorresse ou estivesse em vias de se consumir um constrangimento ilegal. A **Constituição de 1891** estabelecia que se daria o “habeas corpus” sempre que alguém sofresse ou se achasse na iminência de vir a sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou por abuso de poder. Surge a reforma constitucional de 1926, com ela o remédio somente caberia em caso de constrangimento ilegal na liberdade individual de locomoção, até então não observado. Em 1930, com a revolução, foi mantido com pequenas alterações. Na **Carta Constitucional de 1934** = Foi devolvido para o instituto a sua forma anterior. **Em 1937** = O texto constitucional, restringiu os efeitos do instituto à proteção da liberdade de ir e vir. **Em 1946** = Permanece o “habeas corpus” restringido à proteção da liberdade de locomoção, sendo que para a defesa dos demais direitos líquidos e certos, dar-se-ia o mandado de segurança. **Em 1964** = Uma nova ordem se impôs. O mesmo com a **Carta Constitucional de 1967**, modificada pela **EC nº 1 de 1969**. O AI nº 5 de 13 de dezembro de 1968 = Suspendeu o direito de “habeas corpus” para certos casos. O professor José Cretella Júnior, assim resume: “(...) Em síntese, conforme o que dispõe a Constituição de 5 de outubro de 1988, artigo 5º, LXVIII, o writ do “habeas corpus” apresenta-se, em nosso direito público vigente, com as seguintes conotações: (1) A partir de 1934 quando se criou, por via constitucional, o mandado de segurança, o objetivo único do “habeas corpus” é a proteção da liberdade de locomoção, isto é, de ir e vir, de permanecer, de ficar. (2) Todos os outros direitos, que não o de ir e vir, são protegidos pelo mandado de segurança, ou, agora, também pelo habeas data. (3) A colocação dos julgados criminais brasileiros, que estendem o writ do habeas corpus à proteção de outros direitos, contraria natureza jurídica intrínseca do instituto, oriundo do direito inglês, com finalidade única, que o próprio nome revela. (4) (...) (5) (...)”. Os elementos na relação jurídica: o impetrante, o paciente, o detentor e a petição por meio da qual se requer a ordem. O **impetrante** é a pessoa que impetra a ordem para si ou para outrem. Qualquer cidadão pode impetrá-la, quer seja brasileiro ou estrangeiro. **Paciente** é a pessoa que esta sofrendo a coação ilegal ou está na iminência de sofrê-la. Quando o paciente for incapaz, ser-lhe-á nomeado um curador. O **coator ou detentor** é a pessoa que, de qualquer modo, causa ou ameaça causar ao paciente, na relação jurídica processual do “habeas corpus”, um constrangimento ilegal.

OBSERVAÇÃO:

⇒ A Constituição Federal, em seu artigo 142 § 2º dadas as peculiaridades da hierarquia e da disciplina militar, estabelece que “não caberá “habeas corpus” em relação a punições disciplinares militares”. ⇒ O “habeas corpus” possui natureza jurídica de ação constitucional, muito embora tenha sido incluído no Código de Processo Penal no capítulo de recursos. Trata-se de ação

constitucional, pois se invoca a tutela jurisdicional do Estado para a proteção da liberdade de locomoção e tem previsão do texto constitucional. Essa ação pode ser utilizada tanto em questões criminais como civis, desde que haja constrangimento ilegal efetivo ou potencial a direito de ir e vir. É utilizado em questões civis referentes à prisão por débitos alimentares ou de depositários infieis. ⇒ São partes: (a) **impetrante** ⇒ pessoa (qualquer: física ou jurídica) que ingressa com a ação de “habeas corpus”. (b) **paciente** ⇒ pessoa em favor de quem é impetrada a ordem de “habeas corpus”; vale dizer: é a pessoa que esta sofrendo ou na iminência de sofrer constrangimento ilegal em seu direito de ir, vir e ficar. (c) **autoridade** = (coatora) = **legitimidade passiva** ⇒ é a pessoa em relação a quem é impetrada a ordem de “habeas corpus”, apontada, geralmente, como responsável pela coação ilegal. Duas são as modalidades de “habeas corpus”: (a) **preventivo** ⇒ quando houver a ameaça ao direito de ir, vir e ficar. Nesse caso, expede-se uma ordem chamada de salvo-conduto emitido pela autoridade competente, impedindo, assim, que uma pessoa (paciente) venha a ter restringido seu direito de ir, vir e ficar, por um determinado motivo; (b) **repressivo** ⇒ é quando se concede a ordem para fazer cessar o constrangimento à liberdade de locomoção já existente (já acontecido à ilegalidade). Existe, ainda, como escreve alguns autores, o “habeas corpus” de ofício, que é aquele concedido pela autoridade judicial, sem qualquer pedido, quando verificar no curso de um procedimento, que alguém está sofrendo ou na iminência de sofrer constrangimento ilegal, em sua liberdade de locomoção.

INCISO LXIX

Garantia do direito líquido e certo contido anteriormente no § 21 do artigo 153 da EC nº 1 de 1969 (remédio jurídico) com pequena inovação no texto (aparecimento da palavra habeas data e na parte final). Igualmente voltado para proteção dos direitos individuais (direito líquido e certo), contra atos ilegais ou abusivos, cometidos por agentes públicos ou no uso de função pública, ou ainda, por agente de pessoa jurídica, no exercício da função pública (delegação).

OBJETO ⇒ Mandado de Segurança será sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo de direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante. Não cabe contra coisa julgada.

COMPETÊNCIA ⇒ Para julgar o mandado de segurança, define-se pela categoria da autoridade coatora e pela sua sede funcional. Normalmente, a Constituição Federal e as leis de organização judiciária especificam essa competência, mas casos há em que a legislação é omissa, exigindo aplicação analógica e subsídios doutrinários.

OBSERVAÇÕES:

⇒ O mandado de segurança não substitui a ação popular

⇒ Não cabe o mandado de segurança contra ato judicial possível de recurso ou correção

⇒ Não cabe mandado de segurança contra lei em tese

⇒ Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado.

OBSERVAÇÕES FINAIS ⇒ para fins do mandado de segurança, entendam-se:

Direito individual ⇒ é o que pertence a quem o invoca e não apenas à sua categoria, corporação ou associação de classe. É direito próprio do impetrante;

Direito líquido e certo ⇒ é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração;

e **Direito coletivo** ⇒ no mandado de segurança, é o que pertence a uma coletividade ou categoria representada por partido político, por organização sindical, por entidade de classe ou por associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano.

⇒ Outro aspecto fundamental do mandado de segurança é o prazo para impetração, que é de 120 dias a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado.

⇒ O prazo é de decadência do direito à impetração e, como tal, não se suspende nem se interrompe desde que iniciado.

⇒ Quanto às partes: **impetrante** (titular do direito); **impetrado** (autoridade coatora); **ministério público** (parte pública autônoma). Sem essa integração ativa e passiva não se completa a relação processual formadora da lide. Vamos definir: **Impetrante** ⇒ Para ter legitimidade ativa, há de ser o titular do direito individual e coletivo líquido e certo para o qual pede proteção pelo mandado de segurança. Pode ser: pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, domiciliada em nosso país ou fora dele. O importante é que o direito esteja sob jurisdição da justiça brasileira. **Impetrado** = A autoridade coatora, e não a pessoa jurídica ou o órgão a que pertence e ao qual seu ato é imputado em razão do ofício. **Autoridade Coatora** ⇒ Será sempre parte na causa, e como tal, deverá prestar e subscrever pessoalmente as informações no prazo de dez dias. Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa norma para sua execução. **Coator** ⇒ É a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas conseqüências administrativas. **Executor** ⇒ É o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deve ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Poder Judiciário.

⇒ Nos órgãos colegiados considera-se coator o presidente, que subscreve o ato impugnado e responde pela sua execução. O Ministério Público ⇒ É oficialmente necessário no mandado de segurança, não como representante da autoridade coatora ou da entidade estatal a que pertence, mas como parte

pública autônoma incumbida de velas pela correta aplicação da lei e pela regularidade do processo. Seu dever é manifestar-se sobre a impetração, podendo opinar pelo seu cabimento ou descabimento. No mérito, pela concessão ou denegação da segurança. Quanto a liminar ⇒ É provimento cautelar admitido pela própria lei de mandado de segurança quando relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final. Pré-requisitos = Obrigatórios: (a) relevância dos motivos em que se assenta o pedido da inicial; (b) a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão do mérito. (“fumus boni iuris e periculum in mora”).

INCISO LXX

NOVA FIGURA (REMÉDIO): A inovação mais relevante e de grande sentido prático o “Mandamus” coletivo. Impetrável por diversas pessoas que se encontram na mesma situação jurídica ensejadora da impetração, confere legitimidade aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional ou Organizações Sindicais com mais de um ano de atividade e outros. Ampliado sobremaneira o instituto (remédio jurídico), tornando-o mais flexível no âmbito da defesa das comunidades.

OBSERVAÇÃO (cabe apenas observar a distinção entre o coletivo e o individual ou tradicional): O mandado de segurança coletivo não se confunde com o mandado de segurança individual ou tradicional com litisconsórcio ativo. No caso, o primeiro postula-se direitos coletivos (interesses comuns) dos membros de um sindicato, de uma entidade de classe ou de uma associação. O titular do direito coletivo postulado é do sindicato, da entidade de classe, ou da associação, constituída há mais de um ano ou o partido político. No individual ou também chamado de tradicional, postula-se direito individual, de uma única pessoa. De resto todos os pressupostos, elementos e partes são iguais.

INCISO LXXI

INSTITUTO NOVO (REMÉDIO): Cuidou o legislador constitucional de introduzir no sistema brasileiro, um novo e importante instrumento de proteção aos superiores direitos e liberdades consagrados pela ordem constitucional. Ressalta-se, a excelência desse remédio constitucional, relativamente à preservação de direitos não amparados por mandado de segurança na hipótese de ausência de norma regulamentadora que inviabilize, nos termos do dispositivo, o exercício pleno dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. **OBJETO** ⇒ Mandado de Injunção é a proteção de qualquer direito e liberdade constitucional, individual ou coletiva, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas, e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, que torne possível sua fruição por inação do poder público em expedir normas

regulamentadora pertinentes. **COMPETÊNCIA** ⇒ A Constituição Federal atribui competência ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. Assim, os juízes competentes para julgar o mandado de injunção são os que compõem o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, remanescendo competência para os demais tribunais e juízes federais ou estaduais, na forma que a lei pertinente vier a dispor (na ausência aplica o Código de Processo Civil). Esse direito estará sempre assegurado quando ocorrer: “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”.

OBSERVAÇÕES ⇒ Resultado do julgamento ⇒ Justiça determinará que o órgão competente expeça a norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente dessa normatividade ou decidirá concretamente sobre o exercício do direito do postulante, se entender dispensável a norma regulamentadora. Contudo, não poderá a justiça legislar pelo Congresso Nacional, tendo por razão a independência dos poderes (artigo 2º do texto constitucional vigente).

OBSERVAÇÕES FINAIS ⇒ Assim resume o professor José Cretella Júnior (in Os “*writs*” na Constituição de 1988) ... Em síntese, conforme o que dispõe a Constituição de 5 de outubro de 1988, artigo 5º inciso LXXI, o Mandado de Injunção apresenta-se com as seguintes conotações, em nosso direito público atual: ⇒ Instrumento constitucional de todo aquele que se considerar prejudicado pela ausência de norma regulamentadora, que lhe torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; ⇒ Nada tem a ver o instituto brasileiro – o mandado de injunção – com o instituto do mesmo nome – “*a injunction*” – do sistema do “*common law*”; ⇒ Destina-se o mandado de injunção à proteção de todo e qualquer direito e liberdade constitucional, individual ou coletivo, de pessoa física, ou de pessoa jurídica, de direito público ou de direito privado, bem como de privilégios ou prerrogativas inerentes à soberania, à nacionalidade ou à cidadania” ⇒ O mandado de segurança pressupõe um direito líquido e certo. No mandado de injunção, o direito previsto na Constituição é manifesto na sua existência, mas não está delimitado na sua extensão, nem apto a ser exercido no momento da impetração, justamente em razão da ausência de norma regulamentadora.

INCISO LXXII

IMPORTANTE INOVAÇÃO: É uma das mais importantes inovações na Constituição de 1988, no tocante à defesa dos direitos do cidadão quanto à divulgação - de informações pessoais, de qualquer natureza, por entidades – públicas ou privadas. Com o advento do “*habeas data*”, todos têm o direito ao conhecimento de informações relativas à sua pessoa, bem como a retificação de dados, mediante recurso ao judiciário (lei infraconstitucional estabelecerá os mecanismos processuais). **OBJETO** ⇒ “*habeas data*”: O acesso da pessoa física ou jurídica aos registros de informações concernentes à pessoa e sua atividade,

para possibilitar a retificação de tais informações. Para tanto, o procedimento judicial depende de prova e, por isso, terá rito ordinário ou especial, conforme dispuser a lei pertinente. **COMPETÊNCIA** ⇒ Julgamento = Poder Judiciário somente garantirá o acesso às informações relativas à pessoa do postulante e determinará as retificações decorrentes da prova que vier a ser feita em juízo (não basta argumentar, tem que provar). O “habeas data” é uma ação civil comum.

OBSERVAÇÕES ⇒ Processado o “habeas data”, enquanto não sobrevier lei processual pertinente, o Judiciário somente garantirá o acesso às informações relativas à pessoa do postulante e determinará a retificação decorrente da prova produzida e aceita em juízo; Os registros relacionados com a defesa nacional continuam, mesmo com o novo texto constitucional, sigilosos e indevassáveis.

O “habeas data” possui duas finalidades. A PRIMEIRA ⇒ É o conhecimento de informações pessoais. A SEGUNDA ⇒ A possibilidade de retificação de informações errôneas que constem dos registros de dados. Esses dois pedidos podem ser postulados de forma autônoma ou em conjunto. A lei nº 9.507 de 1997 admite uma terceira hipótese de concessão de “habeas data” para “anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável”; Qualquer pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, pode ingressar com uma ação de “habeas data”. É bom entender, que somente o próprio cidadão (solicitante) tem o direito ao acesso a informações que digam a seu respeito. No pólo passivo, podem estar entidades governamentais da administração direta ou indireta; ou, pessoas jurídicas de direito privado que mantenham banco de dados aberto ao público. Podem ser empresas de cadastramento, de proteção de crédito, de divulgação de dados profissionais. É uma ação gratuita, personalíssima e de aplicabilidade imediata.

INCISO LXXIII

NOVA AÇÃO POPULAR OUTRO REMÉDIO JURÍDICO: Meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos (antes § 31 do artigo 153). Este importante instrumento de defesa dos interesses da coletividade vem com nova roupagem, ampliando consideravelmente o campo de sua incidência protetora, alcançando, agora, em nível constitucional, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio. O importante incentivo é a isenção das custas e do ônus da sucumbência. **OBJETO** ⇒ Ação Popular = É o ato ilegal e lesivo ao patrimônio público. A norma em exame deve ser interpretada e aplicada de acordo com o novo texto. **COMPETÊNCIA** ⇒ Para processar e julgar a Ação Popular é determinada pela origem do ato a ser anulado. Se este foi praticado, autorizado, aprovado ou ratificado por autoridade, funcionário ou administrador de órgão da União, entidade autárquica ou paraestatal da União ou por ela subvencionada, a competência é do Juiz Federal da Seção Judiciária em que se

consumou o ato. No Estado (juiz do Estado) no Município (juiz da comarca do município). Vale esclarecer que a Ação Popular ainda que ajuizada contra o Presidente da República, Presidente do Senado, Presidente da Câmara dos Deputados, Governadores e Prefeitos, será processada e julgada perante a justiça de 1º grau, federal ou estadual. Lei nº 4.717 de 1965 e 5.010 de 1966.

OBSERVAÇÕES ⇒ A liminar em Ação Popular está agora expressamente admitida na Lei nº 4.717 de 1965 introduzida pela Lei nº 6.513 de 1977 “na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado; Processo com o rito ordinário; O prazo para contestação é de vinte dias prorrogáveis por mais vinte dias a requerimento dos interessados, se difícil a obtenção da prova documental. Esse prazo é comum a todos, sendo inadmissível reconvenção porque o autor não pleiteia direito próprio contra o réu; A grande finalidade da ação popular é fazer de todo cidadão um fiscal do Poder Público, dos gastos feitos com recursos públicos; A ação popular para a sua propositura, obriga a presença, de três requisitos: **condição do eleitor** ⇒ A ação somente pode ser proposta por cidadão brasileiro, que esteja no gozo pleno de seus direitos políticos. O documento que faz a prova, necessário da juntada na petição inicial, é o título de eleitor; **ilegalidade** ⇒ O ato deve ser contrário ao ordenamento jurídico, por infringir regras e princípios estabelecidos para a Administração Pública. A ilegalidade pode decorrer tanto de vício formal como material. A própria legislação que rege a ação popular, contém uma ampla relação de atos nulos realizados em detrimento do patrimônio público; e **lesividade** ⇒ O ato deve ser lesivo aos cofres públicos.

Para a propositura da ação popular não basta a constatação da ilegalidade; também deve ser comprovada a ofensa ao patrimônio público (próprios da Administração). A lesividade poder ser: efetiva e presumida; ⇒ Partes processuais na ação popular: **sujeito ativo** ⇒ O cidadão no gozo pleno do exercício dos seus direitos políticos (**OBSERVAÇÃO**: Pessoa Jurídica não tem legitimidade para propor a ação popular); **sujeito passivo** ⇒ Pode pertencer ao pólo passivo (serem réus), as seguintes pessoas: **(a)** as pessoas jurídicas de direito público e privado em nome das quais foi praticado o ato; **(b)** as autoridades, funcionários ou administradores que houverem concorrido para o ato ilegal e lesivo ao patrimônio público; **(c)** os beneficiários do ato. No pólo passivo podem encontrar-se pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras; **ministério público** ⇒ Não possui legitimidade para a propositura da ação popular, mas, porém, se o autor desistir da ação ou der motivo à extinção do processo sem julgamento do mérito, fica assegurado àquele promover o prosseguimento da demanda judicial. A propósito Hely Lopes Meirelles, com peculiar autoridade assim se manifesta: “o Ministério Público tem a posição singular de parte pública autônoma, com ampla liberdade de manifestar-se, a final, pela procedência ou não da ação popular. O que é vedado à instituição é assumir a defesa do ato impugnado ou dos réus; ⇒ De acordo com o texto constitucional, tradição constitucional, não existe caso de

competência originário em relação à ação popular; ⇒ Para uma maior fiscalização popular, o texto constitucional, oferece estímulo à propositura da ação popular, isento de custas judiciais e da sucumbência (honorários) os autores da ação. “Atenção: havendo comprovado má-fé, não se fala na isenção das custas e nem da sucumbência”.

INCISO LXXIV

MANTIDO § 32º DO ARTIGO 153: O novo texto impõe ao estado a prestação de assistência jurídica integral aos que comprovar insuficiência de recursos.

OBSERVAÇÃO:

⇒ As Constituições brasileiras de: 1824 (Monárquica) e 1891 (Republicana) não trataram sobre o assunto, quer dizer, não se falava (naquelas oportunidades) em assistência judiciária aos necessitados.

⇒ A Constituição de 1934, no seu artigo 113 item nº 32, concedeu, pela primeira vez no Brasil, o direito constitucional a assistência judiciária aos necessitados.

⇒ A Constituição de 1937 foi omissa (não só sobre esse direito) sobre esse direito.

⇒ Restabelecido com a Constituição (a melhor do Brasil) de 1946 e mantido nas linhas constitucionais até os dias de hoje.

⇒ Esse direito (assistência judiciária gratuita) aos necessitados, nada mais é do que a aplicação do princípio da isonomia (igualdade).

⇒ Para o professor Pontes de Miranda (in Comentários à Constituição de 1967) nos seus comentários faz oportuna diferenciação entre assistência jurídica e benefício da justiça gratuita. Esta é mais restrita.

Objetiva esta o direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional, sendo, portanto, instituto de direito pré-processual, enquanto a assistência judiciária é organização estatal que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado, apanhando também quaisquer atos que tenham de servir ao conhecimento da justiça, como as certidões. Em ambas, sua concessão apanha a primeira como a superior instância.

INCISO LXXV

INDENIZAÇÃO (OBRIGATORIEDADE): Inovação constitucional. Obrigatoriedade de indenização ao condenado por erro judiciário ou pelo excesso do tempo de prisão. O dispositivo é abrangente e será determinada a indenização quer no caso de erro comprovado em juízo ou quando o condenado ficar recolhido além do tempo fixado.

OBSERVAÇÃO: Difícil é o assunto ou matéria sobre erro judicial. Vejamos a escrita firme e correta de Tales de Castelo Branco (quando em algumas considerações sobre a sugestão e o erro judiciário): “um dos principais motivos do erro judiciário provem da sugestão. Afirma ele: “Na verdade, toda a vez que

se comete um delito, antes mesmo do conhecimento das circunstâncias que o cercam, forma-se, no subconsciente do investigador, determinada idéia". Esta idéia, fruto de experiências passadas, influências psíquicas e, até mesmo, preconceitos, instala-se com pertinácia no cérebro do examinador das provas e vai orientar, sem que ele próprio sinta, a cegueira de seus enganos, durante toda a aplicação de seu método de descoberta da verdade". O professor dos professores Rui Barbosa (in *Oração aos Moços*) com sua peculiar autoridade sobre o assunto, assim dizia: "Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta". Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobro com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente". Para Wolgran Junqueira Ferreira (in *Comentários à Constituição de 1988*) com comentário forte, assim manifesta-se "... Ficar preso além do tempo indicado na sentença parece-nos fato corriqueiro nas Casas de Detenção e nas Penitenciárias. Isto porque os pedidos de soltura são encaminhados à Vara de Execuções Criminais e até dormem o sono dos justos. Isto porque nenhum juiz foi ainda responsabilizado penalmente por sua incúria. "Como, via de regra, o fato ocorre com os apeados carentes de recursos financeiros, estes não têm recursos para a impetração do "habeas corpus" e se impetrado, levará ao menos um mês para ser concedido e expedido o alvará de soltura...".

INCISO LXXVI

GRATUIDADE DOS ASSENTAMENTOS: Aos necessitados (reconhecidamente pobres) na forma que a lei definir, será assegurado gratuitamente o registro de nascimento e de óbito.

OBSERVAÇÃO: Entende-se por pobre (pessoa que tem poucos recursos) aquele cuja situação econômica não permite pagar emolumentos, sem prejuízo de sustento próprio ou da família. A estes, o registro de nascimento e o atestado de óbito serão lavrados e fornecidos gratuitamente (sem ônus).

INCISO LXXVII

GARANTIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL: Cuida da gratuidade da ordem constitucional; ("caput"); Assegura plena e imediata aplicação dos direitos e garantias. São normas auto-aplicáveis (§1º); Assegura, também, a todos, direitos que derivem do sistema ou de tratados firmados pelo Brasil com nações estrangeiras ou organismos internacionais (§2º).

OBSERVAÇÃO: O "habeas corpus" e o "habeas data" são ações gratuitas por imposição da Constituição, significa dizer, que não terão custas processuais, preparo distribuição ou qualquer outro custo.

INCISO LXXVIII

CELERIDADE – A MAIS NOVA GARANTIA CONSTITUCIONAL: Cuida para todos, no âmbito judicial e administrativo todos os meios que possa garantir, nos processos, a celeridade de sua tramitação. Criado pela EC nº 45 de 2004.

OBSERVAÇÃO: A palavra “celeridade processual”, a partir da publicação da EC nº 45 de 2004, passou a fazer parte dos direitos individuais, como mais um, dos capitulados neste artigo. Anterior á Emenda ora tratada pela própria Constituição Federal houve a criação dos juizados especiais criminais, determinando no inciso I do artigo 98, que o procedimento para a instrução e julgamento das infrações penais de mínimo potencial ofensivo deve ser oral e sumário. Para o professor Luiz Gustavo G.C. de Carvalho “a celeridade, porém, não pode ser unicamente deferida a réus presos. Os réus soltos também têm o direito de não ficar vinculados indefinidamente a um processo criminal. Continua o professor:” Deve o Magistrado assegurar que o processo tenha termo em prazo razoável e a legislação deve determinar quais sejam os parâmetros da razoabilidade: Nada que inviabilize a persecução penal, mas que sirva de limite a eternização do processo. Entende ele, o professor, que daí que o princípio da celeridade decorre fundamentalmente do principio da dignidade da pessoa humana. “Para o professor Aury Lopes Júnior (in Introdução Crítica ao Processo Penal) “indica no seu escrito, como principais fundamentos: (I) respeito a dignidade do acusado; (II) interesse probatório; (III) interesse coletivo; (IV) confiança na capacidade da justiça.