

Judicialização, Ativismo e Direitos Fundamentais: A Garantia dos Pressupostos Essenciais ao Processo Democrático pelas Cortes Constitucionais

Uma Rearrumação Possível do Artigo 5º da Constituição Federal (Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos)

JORGE MIRANDA

Professor da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

NOTA PRÉVIA

1. Os direitos fundamentais consignados na Constituição Federal de 1988 não se esgotam no Capítulo I do Título II (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), com um único artigo, o art. 5º.

Logo a seguir há capítulos sobre direitos sociais (Capítulo II) e sobre direitos políticos (Capítulo IV) e, mais à frente, nos Títulos VII (Sobre a Ordem Económica e Financeira) e VIII (Sobre a Ordem Social) não poucos direitos, ainda que, na maior parte das vezes, através da prescrição de garantias ou de incumbências do Estado.

Mas é, naturalmente, no art. 5º que se encontram os grandes princípios comuns a todos os direitos – inclusive aos direitos sociais – e a lista dos direitos, liberdades e garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito. A cidadania, fundada na soberania popular e na dignidade da pessoa humana (art. 1º), tem aí a sua fonte imediata.

2. Ora, porventura, em homenagem a uma tradição que remonta à Constituição de 1824, todos esses grandes princípios e esses direitos básicos aparecem no art. 5º numa amálgama complexa, de corpo e incisos com algarismos romanos, de difícil leitura para os juristas e, ainda mais, para os cidadãos comuns que pretendam defender as suas posições perante o Poder Público ou formular legítimas reivindicações. E isso não deixa de se afigurar tanto mais estranho quanto se sabe que a Constituição de 1988 se desenvolve num texto extenso e com assinalável cuidado de distinguir bem as matérias.

Já tinha essa ideia desde há muito e ela ficaria reforçada aquando do importantíssimo XVI Congresso de Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Direito Público, em que tive a honra de participar a convite do Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Como uma renumeração do articulado constitucional seria, de todo em todo, inviável 25 anos depois da entrada em vigor do Texto Constitucional, opta-se, no presente texto, por dividir e congregar os artigos por três secções: I – *De princípios gerais*, II – *Das liberdades e dos direitos conexos* e III – *De garantias*; e por atribuir letras aos novos artigos formulados (como já tem sucedido em diversas leis). As formulações de 1988 permanecem, como não poderia deixar de ser, intocadas.

3. É uma tentativa, por certo, discutível. Poderá ter, porém, a vantagem de suscitar um debate.

Permitam-me os meus colegas e amigos brasileiros esta ousadia, apenas ditada por respeito pela Constituição – a Constituição que, tal como a portuguesa, tem sabido resistir no tempo, evoluir de acordo com as necessidades coletivas e abrir horizontes de esperança para milhões de homens e mulheres da Terra de Vera Cruz e até de outros países.

TÍTULO II DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º (Igualdade e liberdade)

I – 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.

II – Homens e mulheres são iguais nos direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

III – Ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.

(Corpo e incisos I e II)

Art. 5º-A
(Inviolabilidade da pessoa)

I – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indemnização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.

II – Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento desumano ou degradante.

III – Não haverá penas:

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

IV – São gratuitos para os reconhecidamente pobres:

- a) O registro civil de nascimento;
- b) A certidão de óbito.

(incisos X, III, XLVII e LXXVI)

Art. 5º-B
(Princípio da confiança)

I – A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

II – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos.

(incisos XXXV e XXXVI)

Art. 5º-C
(Aplicabilidade imediata)

As normas definidoras dos direitos e garantias expressos nesta Constituição têm aplicação imediata.

(§ 1º)

Art. 5º-D
(Abertura dos direitos)

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

II – Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

(§§ 2º e 3º)¹

Secção II
Das liberdades e dos direitos conexos

Art. 5º-E
(Liberdade de consciência e de crença)

I – É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, e garantida, na forma da lei, a proteção dos locais de culto e suas liturgias.

II – Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se os invocar para eximir-se a obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada na lei.

III – É assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

(incisos VI, VIII e VII)

Art. 5º-F
(Liberdade de expressão e informação)

I – É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

II – É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

¹ O § 4º diz: "O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão". Julga-se que está deslocado. Melhor ficaria como um parágrafo (2º) no art. 4º, que trata das relações internacionais.

III – É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indemnização por dano material, moral ou à imagem.

IV – É assegurado a todos o acesso à informação, e resguardado o sigilo da fonte, quando necessária ao exercício profissional.

(incisos IV, IX, V e XIV)

Art. 5º-G
(Liberdade de trabalho)

É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

(inciso XIII)

Art. 5º-H
(Liberdade de locomoção)

É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou sair com os seus bens.

(inciso XV)

Art. 5º-I
(Liberdade de reunião)

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

(inciso XVI)

Art. 5º-J
(Liberdade de associação)

I – É plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de carácter paramilitar.

II – Ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.

III – A criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.

IV – As associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado.

V – As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

(incisos XVII, XX, XXVIII e XIX)

Art. 5º-L (Direito de propriedade)

I – É garantido o direito de propriedade.

II – A propriedade atenderá a sua função social.

III – A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

IV – No caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.

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

VI – É garantido o direito de herança.

VII – A sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*.

(incisos XII a XVI, XXX e XXXI)

Art. 5º-M (Direito de autor)

I – Ao autor pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução das suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

II – São assegurados, nos termos da lei:

- a) A proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) O direito de fiscalização do aproveitamento económico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

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

(incisos XXVII a XXIX)

Art. 5º-N

(Inviolabilidade da casa e da correspondência)

I – A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

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

(incisos XI e XII)

Art. 5º-O

(Direitos do consumidor)

O Estado promoverá, na forma de lei, a defesa do consumidor.

(inciso XXXII)

Art. 5º-P

(Direitos de informação e de petição)

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

II – São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) O direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) A obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

(incisos XXXIII e XXXIV)

Secção III

Das garantias

Art. 5º-Q

(Garantias da liberdade pessoal)

I – Ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal.

II – Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

III – A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

IV – O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

V – O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.

VI – A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

VII – Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

VIII – Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

IX – 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.

(incisos LIV a LXI, LXVII e LXVIII)

Art. 5º-R
(Obrigações de incriminação)

I – A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

II – A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

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

IV – Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

(incisos XLI a XLV)

Art. 5º-S
(Garantias de direito penal)

I – Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

II – A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

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

IV – A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) Privação ou restrição da liberdade;
- b) Perda de bens;
- c) Multa;

- d) Prestação social alternativa;
- e) Suspensão ou interdição de direitos;

V – Não haverá juízo ou tribunal de exceção.

VI – É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

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

VII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

(incisos XXXIX, XL, XLV, XLVI, XXXVII, XXXVIII, LVII e LVIII)

Art. 5º-T (Garantias do processo)

I – Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

II – Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

III – A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

IV – São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

V – Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal.

VI – A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

VII – O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

VIII – O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

IX – O civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.

(incisos LIII, LV, LXXVIII, LVI, LIX, LX, LXXIV, LXXXV e LVIII)

Art. 5º-U

(Cumprimento da pena de prisão)

I – A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

II – É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

III – Às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

(incisos XLVIII, XLIX e L)

Art. 5º-V

(Extradição)

I – Nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

II – Não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.

(incisos LI e LII)

Art. 5º-X

(Outras garantias de direitos)

I – Conceder-se-á *habeas-data*:

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

II – Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

III – O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

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

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

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

(incisos LXII, LXIX, LXX, LXXI LXIII)