17

DIREITO CONSTITUCIONAL

TOMO II

JULIANO TAVEIRA BERNARDES
OLAVO AUGUSTO VIANNA ALVES FERREIRA

4ª edição
revista, ampliada e atualizada

coleção
SINOPSES
para concursos

coordenação
LEONARDO DE MEDEIROS GARCIA

Direito Constitucional Positivo

Conforme EC **84/2014** e recentes decisões do STF

INCLUI

- Questões de concursos
- Quadros de ATENÇÃO com partes importantes destacadas pelo autor
- Farta jurisprudência do STF e STJ
- Diversas tabelas, esquemas etc
- Palavras-chave marcadas em outra cor

www.editorajuspodivm.com.br

Guia de leitura da coleção

A Coleção foi elaborada com a metodologia que entendemos ser a mais apropriada para a preparação de concursos.

Neste contexto, a Coleção contempla:

• DOUTRINA OTIMIZADA PARA CONCURSOS

Além de cada autor abordar, de maneira sistematizada, os assuntos triviais sobre cada matéria, são contemplados temas atuais, de suma importância para uma boa preparação para as provas.

Importante

Empresário individual não é pessoa jurídica e não tem personalidade jurídica distinta. Sendo assim as obrigações contraídas para a prática da atividade poderão atingir o patrimônio que não está a ela relacionado e as dívidas particulares do empresário também poderão atingir o patrimônio usado na empresa.

• ENTENDIMENTOS DO STF E STJ SOBRE OS PRINCIPAIS PONTOS

Qual o entendimento do STJ sobre o assunto?

O STJ utiliza o princípio da função social da empresa no sentido de preservar seu funcionamento como no REsp 917531 / RS, publicado em 24/02/12, cuja ementa dispõe que:

(...)

1. O instituto da dissolução parcial erigiu-se baseado nas sociedades contratuais e personalistas, como alternativa à dissolução total e, portanto, como medida mais consentânea ao princípio da preservação da sociedade e sua função social, contudo a complexa realidade das relações negociais hodiernas potencializa a extensão do referido instituto às sociedades "circunstancialmente" anônimas, ou seja, àquelas que, em virtude de cláusulas estatutárias restritivas à livre circulação das ações, ostentam caráter familiar ou fechado, onde as qualidades pessoais dos sócios adquirem relevância para o desenvolvimento das atividades sociais ("affectio societatis"). (Precedente: EREsp 111.294/PR, Segunda Seção, Rel. Ministro Castro Filho, DJ 10/09/2007)

(...)

7. Recurso especial provido, restaurando-se integralmente a sentença, inclusive quanto aos ônus sucumbenciais.

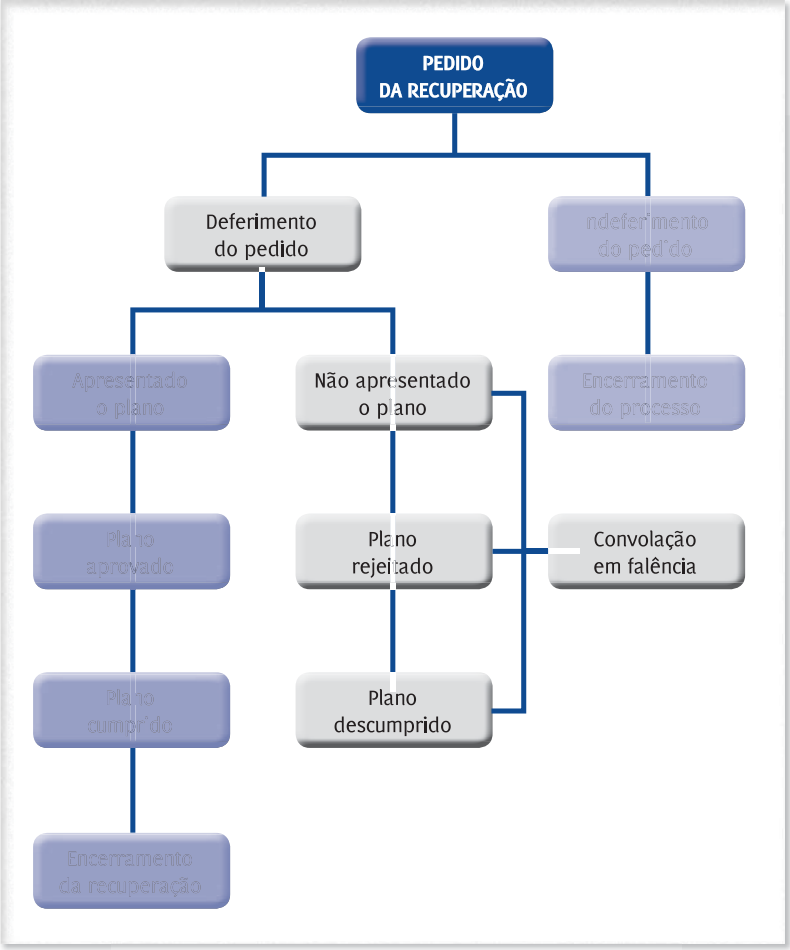
• PALAVRAS-CHAVES EM OUTRA COR

As palavras mais importantes (palavras-chaves) são colocadas em outra cor para que o leitor consiga visualizá-las e memorizá-las mais facilmente.

> Neste diapasão é importante que se corrija uma visão coloquial da expressão empresário que cotidianamente é usada como sinônimo de empreendedor, ou seja, qualquer pessoa que possua ou realize investimentos. **Sendo assim, nem todo sócio ou acionista de uma sociedade será empresário.** Somente o será se possuir cargo de administração e efetivamente participar da organização da atividade.

• QUADROS, TABELAS COMPARATIVAS, ESQUEMAS E DESENHOS

Com esta técnica, o leitor sintetiza e memoriza mais facilmente os principais assuntos tratados no livro.



• QUESTÕES DE CONCURSOS NO DECORRER DO TEXTO

Através da seção **"Como esse assunto foi cobrado em concurso?"** é apresentado ao leitor como as principais organizadoras de concurso do país cobram o assunto nas provas.

▸ Como esse assunto foi cobrado em concurso?

No concurso da Magistratura/MG/2012, organizado pela EJEF, o tema foi abordado com o seguinte enunciado: "Com a vigência do Novo Código Civil, à luz do artigo 966, é correto afirmar que o Direito brasileiro concluiu a transição para a". A afirmativa correta era a que tinha o texto: **"teoria da empresa", de matriz italiana."**

Apresentação

Com o objetivo de complementar o estudo sinóptico do Direito Constitucional que iniciamos ao escrever o Tomo I, apresentamos agora o Tomo II, em sua quarta edição, revista e atualizada, cujo foco está nos principais pontos do direito positivo constitucional brasileiro.

Não foi nosso objetivo, contudo, analisar o Texto Constitucional em toda a sua extensão, pois isso distanciaria a obra de seus reais objetivos. Procuramos tirar proveito do trabalho da laboriosa equipe da Editora JusPodivm, que mapeou centenas de provas aplicadas em concursos públicos e identificou quais são os assuntos mais cobrados pelas melhores bancas examinadoras. Assim, com relação a tais assuntos, buscamos desenvolvê-los com profundidade superior até à observada nos manuais encontrados no mercado. Tudo para trazer aos leitores informações na medida certa.

O leitor perceberá que este Tomo II conta com várias remissões a itens constantes do tomo anterior, pois é no Tomo I que examinamos a Teoria da Constituição e o Controle de Constitucionalidade, e, a partir da 2ª edição, também a Teoria dos Direitos Fundamentais.

Renovamos nossos sinceros agradecimentos aos amigos Ricardo Didier e Leonardo Garcia, que nos honraram com o convite para que participássemos da já festejada coleção da JusPodivm. Agradecemos, ainda, a colaboração, a presteza e a diligência do pesquisador Caio Marinho, que muito contribuiu, sobretudo na elaboração de quadros e na seleção de questões de concursos.

Não poderíamos deixar de agradecer a nossos alunos e ex-alunos, pelas proveitosas discussões após as aulas, pelas boas ideias e até pelas dúvidas que nos causam. Esperamos, com esta nova edição, satisfazer as expectativas dos exigentes leitores da Coleção Sinopses para Concursos. Críticas e sugestões são sempre bem-vindas.

Juliano Taveira Bernardes
jtbernardes@yahoo.com.br – twitter.com/Juliano_Taveira
http://atualidadesdodireito.com.br/julianobernardes/

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira
olavoaferreira@hotmail.com
http://atualidadesdodireito.com.br/olavoaugustoferreira/

CAPÍTULO 1

Direitos fundamentais em espécie

Sumário • 1. Definições prévias – 1.1. Direitos individuais; 1.2. Direitos individuais de expressão coletiva; 1.3 Direitos coletivos *lato sensu*: 1.3.1. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos – 2. Classificação dos direitos individuais na Constituição de 1988 – 3. Direitos individuais e coletivos mais destacados: 3.1. Direito à vida: 3.1.1. Questões polêmicas; 3.2. Direito à privacidade: 3.2.1. Teoria das esferas da personalidade; 3.2.2. Regime geral dos sigilos pessoais; 3.2.3. Direito à intimidade: 3.2.3.1. Sigilo do domicílio; 3.2.3.2. Sigilo de dados: 3.2.3.2.A Sigilo de dados bancários; 3.2.3.2.B Sigilo de dados fiscais; 3.2.3.2.C Sigilo de dados processuais; 3.2.3.3. Sigilo das comunicações em geral; 3.2.3.3.A. Sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, telefônicas e telemáticas: 3.2.3.3.A.1. Sigilo de correspondência; 3.2.3.3.A.2. Sigilo das comunicações telegráficas; 3.2.3.3.A.3. Sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas; 3.2.3.4. Sigilo profissional; 3.2.4. Direito à reparação a dano moral individual e coletivo; 3.2.5. Direito à vida privada; 3.2.6. Direito à honra e à imagem; 3.3. Direito de igualdade: 3.3.1. Igualdade formal e material; 3.3.2. Extensão; 3.3.3. Princípio da igualdade e ações afirmativas: 3.3.3.1. Ações afirmativas e discriminação inversa; 3.3.4. Princípio da isonomia e discriminações em concursos públicos; 3.4. Direito à liberdade: 3.4.1. Liberdade de ação; 3.4.2. Liberdade de locomoção; 3.4.3. Liberdade de consciência; 3.4.4. Liberdade de pensamento; 3.4.5. Liberdade de manifestação do pensamento; 3.4.6. Liberdade de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; 3.4.7. Liberdade religiosa; 3.4.8. Liberdade de reunião; 3.4.9. Liberdade de associação; 3.4.10. Liberdade de representação associativa; 3.4.11. Liberdade de exercício profissional; 3.5. Direito à propriedade: 3.5.1. Função social da propriedade urbana e rural; 3.5.2. Limitações ao direito de propriedade; 3.5.3. Direito de herança; 3.5.4. Proibição do confisco; 3.5.5. Expropriação confiscatória; 3.6. Garantias constitucionais (direitos à segurança): 3.6.1. Princípio da legalidade; 3.6.1.1. Subprincípios da legalidade; 3.6.1.2. Princípio da legalidade e direito de resistência; 3.6.1.3. Legalidade e poder regulamentar; 3.6.2. Garantias de estabilidade das relações jurídicas: respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada: 3.6.2.1. Proteção ao direito adquirido: 3.6.2.1.A Tipologia e institutos correlatos; 3.6.2.2. Proteção ao ato jurídico perfeito; 3.6.2.3. Proteção à

coisa julgada: 3.6.2.3.A Âmbito de proteção; 3.6.3. Garantias processuais: 3.6.3.1. Princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional: 3.6.3.1.A Exceções ao princípio; 3.6.3.1.B Assuntos correlatos; 3.6.3.2. Princípio do devido processo legal: 3.6.3.2.A Devido processo legal "substancial"; 3.6.3.2.B Devido processo legal "processual"; 3.6.3.2.C Direito constitucional à prova; 3.6.4. Garantias criminais: 3.6.4.1. Vedações criminais expressas – 4. Remédios constitucionais: 4.1. Remédios constitucionais de natureza não jurisdicional: 4.1.1. Direito de petição; 4.1.2. Direito a informações; 4.1.3. Direito a certidões; 4.2. Remédios constitucionais jurisdicionais: os writs constitucionais: 4.2.1. Mandado de segurança individual: 4.2.1.1. Aspectos históricos; 4.2.1.2. Direito líquido e certo; 4.2.1.3. Legitimidade ativa; 4.2.1.4. Legitimidade passiva; 4.2.1.5. Objeto; 4.2.1.6. Prazo decadencial; 4.2.1.7. Decisão; 4.2.1.8. Competência; 4.2.2. Mandado de segurança coletivo; 4.2.3. Mandado de injunção: 4.2.3.1. Considerações gerais; 4.2.3.2. Requisitos de admissibilidade; 4.2.3.3. Legitimidade ativa; 4.2.3.4. Legitimidade passiva; 4.2.3.5. Competência; 4.2.3.6. Decisão; 4.2.3.7. Diferenças do mandado de injunção (MI) em face da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIn0); 4.2.4. Habeas data: 4.2.4.1. Considerações gerais; 4.2.4.2. Objeto; 4.2.4.3. Legitimidade ativa; 4.2.4.4. Legitimidade passiva; 4.2.4.5. Competência; 4.2.4.6. Peculiaridades procedimentais; 4.2.5. Ação popular; 4.2.5.1. Considerações gerais; 4.2.5.2. Legitimidade ativa e passiva; 4.2.5.3. Competência – 5. Direitos sociais: 5.1. Conceito; 5.2. Histórico; 5.3. Aplicabilidade das normas de direito social; 5.4. Sistemática da enunciação constitucional dos direitos sociais; 5.5. Direitos sociais previstos no art. 6º; 5.6. Direitos sociais previstos no art. 7º; 5.7. Direitos sociais previstos nos artigos 8º a 11: 5.7.1. Direitos individuais de expressão coletiva; 5.7.2. Direitos sociais coletivos; 5.7.2.1. Enumeração do art. 8º; 5.7.2.2. Enumeração dos artigos 9º a 11 – 6. Direitos políticos: 6.1. Conceito; 6.2. Titularidade; 6.3. Alistamento eleitoral; 6.4. Gratuidade; 6.5. Direitos políticos positivos vs. negativos; 6.6. Direitos políticos positivos: 6.6.1. Direito de sufrágio: 6.6.1.1. Direito de votar (sufrágio ativo): 6.6.1.1. A Obrigatoriedade; 6.6.1.1.B Facultatividade; 6.6.1.2. Direito de ser votado (sufrágio passivo): 6.6.1.2.A Condições de elegibilidade: 6.6.1.2.A.1. Elegibilidade vs. "inalistabilidade" e incompatibilidade; 6.6.1.2.B Tipos de condições de elegibilidade; 6.7. Direitos políticos negativos: 6.7.1. Privação dos direitos políticos; 6.7.2. Suspensão dos direitos políticos; 6.7.3. Perda de direitos políticos; 6.8. Formas de participação popular no regime democrático: 6.8.1. Plebiscito e referendo; 6.8.2. Iniciativa popular; 6.8.3. Ação popular; 6.8.4. Tribunal do Júri; 6.8.5. Direito de organização e associação a partidos políticos – 7. Direitos da nacionalidade: 7.1. Conceitos; 7.2. Classificação; 7.3. Critérios de determinação da nacionalidade; 7.4. Conflitos: 7.4.1. Positivo; 7.4.2. Negativo; 7.5. Hipóteses de nacionalidade originária brasileira: 7.5.1. Peculiaridades da nacionalidade potestativa; 7.6.

Hipóteses de nacionalidade brasileira derivada (naturalização): 7.6.1. Naturalização ordinária; 7.6.2. Naturalização extraordinária; 7.7. Perda da nacionalidade brasileira; 7.8. Reaquisição da nacionalidade; 7.9. Condição jurídica do brasileiro; 7.10. Condição jurídica do estrangeiro; 7.11. Institutos correlatos: 7.11.1. Asilo político; 7.11.2. Expulsão; 7.11.3. Deportação; 7.11.4. Extradição; 7.11.5. Entrega; 7.11.6. Extradição vs. entrega: inconstitucionalidade parcial do Tratado de Roma?

1. DEFINIÇÕES PRÉVIAS

Como se viu no item 1 da Parte III do Tomo I, direitos fundamentais são o conjunto de direitos estabelecidos por determinada comunidade política organizada, com o objetivo de satisfazer ideais ligados à **dignidade da pessoa humana**, sobretudo a *liberdade*, a *igualdade* e a *fraternidade*. Porém, no âmbito dos direitos fundamentais, é preciso tratar ainda de outras divisões.

1.1. Direitos individuais

A Constituição de 1988, embora tenha feito referência no Título II tanto a direitos *individuais* quanto a direitos *coletivos*, não estabeleceu critérios precisos para distinguir os adjetivos aí empregados. Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, direitos individuais são aqueles que "reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência dos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado" (1998a, p. 194). Trata-se, pois, de direitos fundados no conceito amplo de liberdade individual.

1.2. Direitos individuais de expressão coletiva

São os direitos de titularidade individual, mas cujo exercício pressupõe a atuação convergente de uma pluralidade de pessoas. Exemplos: o direito de reunião e de associação, o direito de votar e de ser votado.

1.3. Direitos coletivos *lato sensu*

Já os direitos coletivos formam a espécie de direitos fundamentais de titularidade de uma categoria de pessoas, ainda que não possam ser determinadas com precisão. Manifestação do pluralismo político do Estado brasileiro (art. 1º, inciso V), são direitos metaindividuais que atingem segmentos da sociedade civil (sindicatos, associações, família, partidos políticos), bem como grupos indeterminados ou dispersos de

pessoas. Exemplos: o direito de greve e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Todavia, do rol de direitos constante do art. 5º da Constituição quase não há direitos tipicamente coletivos. Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, são coletivos apenas os direitos previstos nos incisos XXI (direito de representação dado à associações); XXXIII (direito à obtenção de informações de interesse coletivo); e XXXIV, letra "a" (direito de petição).

1.3.1. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

Conforme doutrina majoritária, é possível dividir os direitos coletivos a partir dos seguintes tipos de interesses juridicamente protegidos aos quais estão relacionados:

a) **Interesse público *lato sensu*:** engloba todos os interesses que, mesmo reflexamente, atinjam a sociedade como um todo. Divide-se em:

   i) **interesse público primário:** aqueles que visam ao bem-estar geral, como o interesse social e da coletividade. Exemplos: todos os interesses difusos, coletivos, e mesmo os individuais indisponíveis; e

   ii) **interesse público secundário:** Trata-se do modo pelo qual a Administração Pública vê o interesse público. Para ilustrar, quando o Poder Público decide construir uma usina hidrelétrica, um aeroporto ou quando declara guerra, o interesse público aí envolvido não coincide, necessariamente, com os interesses da coletividade.

b) **Interesses difusos:** interesses "transindividuais" de natureza indivisível, cujos titulares são *grupos indeterminados e dispersos* de pessoas ligadas por **circunstâncias de fato**. Ver art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC. Exemplo: os interesses ligados ao equilíbrio do meio ambiente, aos direitos do consumidor em não ser alvo de propaganda enganosa etc.

c) **Interesses coletivos:** são os interesses da titularidade de uma categoria *determinada* ou pelo menos *determinável* de pessoas. Apresentam dois subtipos, como já reconheceu o Plenário do STF no RE 163.231/SP:

   i) **interesses coletivos em sentido estrito:** os interesses "transindividuais" de natureza indivisível, mas cuja titularidade recai

sobre determinado *grupo*, *categoria* ou *classe de pessoas* ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma **relação jurídica base**. Ver art. 81, parágrafo único, inciso II, do CDC. Exemplos: os interesses dos taxistas à regulamentação das respectivas concessões; dos advogados dativos em serem remunerados pelo Estado; dos consumidores de certa instituição bancária, em virtude de aumento abusivo e generalizado de tarifas.

ii) **interesses individuais homogêneos:** interesses de natureza divisível e decorrentes de origem comum, cujos titulares são pessoas individuais plenamente identificáveis. Trata-se de interesses que poderiam ser defendidos em juízo por meio de ações individuais, mas que a legislação processual permite defendê-los coletivamente. Ver art. 81, parágrafo único, inciso III, do CDC. Exemplos: os interesses dos consumidores que adquiriram certo produto industrial que apresenta um mesmo defeito técnico; os interesses dos alunos de uma escola cujas mensalidades sofreram aumentos abusivos. Tais interesses individuais homogêneos, quando revestidos de *interesse social qualificado*, passam a contar, ainda, com a proteção institucional do Ministério Público (art. 127 da Constituição), cujos órgãos poderão defendê-los, extrajudicial ou judicialmente.

Sobre a legitimidade do Ministério Público para atuar em defesa dos interesses coletivos *lato sensu*, v. item 2.7 do Capítulo 9.

DIREITOS COLETIVOS SOB A ÓTICA DOS INTRESSES JURIDICAMENTE PROTEGIDOS	
A) Interesse público *lato sensu*:	Interesses que, mesmo reflexamente, atinjam a sociedade como um todo. Tem por espécies: (i) interesse público primário: (ii) interesse público secundário:
B) Interesses difusos:	Interesses "transindividuais" de natureza indivisível, cujos titulares são grupos indeterminados e dispersos de pessoas ligadas por circunstâncias de fato.
C) Interesses coletivos:	Interesses da titularidade de uma categoria determinada ou pelo menos determinável de pessoas. Tem por espécies: (i) interesses coletivos em sentido estrito: os interesses "transindividuais" de natureza indivisível, mas cuja titularidade recai sobre determinado grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. (ii) interesses individuais homogêneos: interesses de natureza divisível e decorrentes de origem comum, cujos titulares são pessoas individuais plenamente identificáveis.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

No concurso para Juiz do TJMT (2008), foi considerada **errada** a seguinte alternativa: "O mesmo interesse pode ser ao mesmo tempo difuso, coletivo e individual homogêneo."

2. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O critério de classificação abaixo considera o objeto imediato do direito assegurado. Nessa perspectiva, são espécies de direitos individuais (art. 5º, *caput*):

a) direito à vida;

b) direito à igualdade;

c) direito à liberdade;

d) direito à propriedade;

e) direito à segurança.

► **ATENÇÃO:**

Para autores como JOSÉ AFONSO DA SILVA, os direitos que têm por objeto imediato a segurança incluem-se, todos, no campo das *garantias individuais*.

3. DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS MAIS DESTACADOS

3.1. Direito à vida

Previsto logo no *caput* do art. 5º, o direito à vida tem múltiplas conexões. Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, é integrado por elementos materiais (físicos e psíquicos) e elementos imateriais (espirituais). Assim, convertida a vida num bem juridicamente tutelado, o conceito do direito à vida, para JOSÉ AFONSO DA SILVA, engloba também os direitos: **(a)** à dignidade da pessoa humana; **(b)** à existência; **(c)** à integridade físico-corporal; e **(d)** à integridade moral.

Todavia, embora a Constituição tenha trazido novidades como a equiparação do crime de tortura à categoria dos crimes hediondos (inciso XLIII), o constituinte não quis enfrentar questões polêmicas como a de quando tem início a vida e a morte das pessoas naturais, tampouco a eutanásia, a ortotanásia ou o aborto.

3.1.1. Questões polêmicas

a) **Fixação do momento inicial da vida:** A despeito da omissão constitucional sobre o assunto, o legislador ordinário, ao permitir a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, acabou por excluir do âmbito de proteção efetiva do direito à vida os embriões considerados "inviáveis", bem como os embriões congelados até 28 de março de 2005, depois de completados três anos contados a partir da data do seu congelamento. Ver artigo 5º e parágrafos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), regulamentada pelo Decreto 5.591/2005.

Por outras palavras, o legislador reputou, reflexamente, que a proteção proporcionada pelo direito à vida não se inicia com a concepção, mas somente a contar de determinada fase de desenvolvimento do embrião humano.

► **Como o STF enfrentou a questão:**

Na ADIn 3.510/DF, ao apreciar a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, o Plenário do STF considerou que a inviolabilidade constitucional do direito à vida diz respeito, exclusivamente, a indivíduos que sobreviveram ao parto. Ou seja, o âmbito de proteção do direito constitucional à vida não alcança embriões nem fetos, mas somente aqueles que nascem vivos. Para a Corte, "o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana." Contudo, o STF ressaltou que o *princípio da dignidade da pessoa humana* autoriza o legislador a transbordar a proteção constitucional à vida, para proteger momentos da vida humana anteriores ao nascimento, tal como preveem alguns dispositivos do Código Civil (direitos do nascituro), da Lei 9.434/97 (vedação à gestante de dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo) e do Código Penal (criminalização do aborto).

b) **Aborto:** A Constituição Federal não cuidou do tema, mas a legislação penal considera crime a interrupção da gravidez, mesmo com o consentimento da gestante, salvo se inexistir outro meio de lhe salvar a vida (aborto terapêutico) ou se a gravidez é resultado de estupro – ou de outro crime sexual, por analogia. (Ver arts. 124 a 129 do CP).

► **ATENÇÃO:**

No julgamento da ADIn 3.510/DF, todavia, o STF acabou por fixar que a proteção ao feto é matéria de *status* infraconstitucional. Logo, a Corte antecipou a constitucionalidade de eventuais mudanças legislativas que venham a descriminalizar procedimentos abortivos.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

No concurso para Procurador da República (2008), na prova discursiva, foi apresentado o seguinte questionamento ao candidato: "Formule, pelo menos, três fundamentos constitucionais, incluindo necessariamente argumentos sobre os direitos sexuais e reprodutivos, favoráveis ou contrários à recepção do artigo 124 do Código Penal (Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos) pela Constituição de 1988."

Acerca do aborto de *fetos anencefálicos*, na ADPF 54/DF, o STF decidiu (por maioria) pela inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez é conduta penalmente tipificada. Entendeu a Corte que a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencefálico contrariaria os preceitos constitucionais referentes à laicidade do Estado, à dignidade da pessoa humana, ao direito à vida e à proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde.

► **Como esse assunto foi cobrado em questões dissertativas de concurso?**

No concurso para Defensor Público/MS (2008), perguntou-se "a Constituição brasileira permite o aborto de fetos anencéfalos?"

c) **Momento consumativo da morte:** Ao regular a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para fins de transplante ou tratamento, o art. 3º da Lei 9.434/97 delimitou que o termo inicial da morte se verifica com o diagnóstico médico da *morte encefálica* da pessoa, ou seja, com a paralisação irreversível da atividade encefálica. Porém, a determinação de *quando* e *como* é que se deva considerar ocorrida a morte encefálica não é tratada pela ciência jurídica, senão apenas pela ciência médica. O legislador fez somente remissão aos critérios clínicos e tecnológicos de diagnose da morte encefálica, a serem estabelecidos em resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM).

d) **Eutanásia e ortotanásia:** Eutanásia é a morte induzida ou antecipada, intencionalmente, com objetivo estancar sofrimento extremo de pessoa sem chances de recuperação. Implica, portanto, redução do período durante o qual a vida normalmente se prolongaria. Exemplo: o uso de um medicamento letal para induzir a morte de paciente terminal. Já a *ortotanásia* (para alguns, eutanásia *passiva*) é a morte decorrente da simples interrupção dos tratamentos de saúde que mantinham viva a pessoa, mas sem chances de recuperação. Importa em deixar que a vida se esvaia em seu ritmo natural. Exemplo: o desligamento dos aparelhos de respiração artificial de doente com falência dos órgãos cardiorrespiratórios.

As duas figuras envolvem o conflito entre o direito à vida, o direito à dignidade da pessoa humana, bem como o dever do Estado e dos serviços e profissionais de saúde em protegê-los satisfatoriamente. Porém, como o constituinte se omitiu a respeito, o problema acaba por exigir juízos de ponderação dos órgãos constituídos (ver item 11 do Capítulo 7 do Tomo I). Nesse sentido, a origem popular dos mandatos legislativos habilita o Parlamento a funcionar como o mais legítimo dos órgãos para cuidar desses assuntos, o que idealmente se deveria fazer por meio de leis que procedessem a ponderações em abstrato e, então, antecipassem regras de condutas e soluções concretas.

Pois bem. No Brasil, não há dúvidas em que os procedimentos voltados à eutanásia (ativa) estão proibidos, já que enquadrados no tipo penal do homicídio doloso, ainda que sob a modalidade privilegiada (art. 121, § 1º, do CP). Mas é controversa a situação penal da ortotanásia.

Para muitos penalistas, a ortotanásia constitui homicídio privilegiado praticado por conduta omissiva (homicídio comissivo por omissão), pois o médico que assiste o doente teria a responsabilidade de empregar todos os meios disponíveis para evitar o resultado morte (art. 121, § 1º, c/c art. 13, § 2º, do CP). Melhor entender, contudo, que a ortotanásia não configura crime, pois o médico não possui obrigação de artificialmente prolongar o sofrimento de paciente em estado terminal, se essa não é a vontade dele próprio ou de seu representante legal.

Nesse sentido, por meio da Resolução n. 1.805/2006 e do Código de Ética Médica aprovado em 2009, o Conselho Federal de Medicina evidenciou que essa obrigação médica não existe e passou a permitir "ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável", desde que respeitada a vontade explícita do paciente ou

de seu representante legal e garantidos os cuidados necessários para aliviar o sofrimento do doente.

► **ATENÇÃO:**

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 6.715/2009 cujo objeto inclui ao CP o seguinte dispositivo que deixará clara a exclusão da tipicidade da ortotanásia: "Art. 136-A. Não constitui crime, no âmbito dos cuidados paliativos aplicados a paciente terminal, deixar de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários, em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão. § 1º A situação de morte iminente e inevitável deve ser previamente atestada por 2 (dois) médicos. § 2º A exclusão de ilicitude prevista neste artigo não se aplica em caso de omissão de uso dos meios terapêuticos ordinários e proporcionais devidos a paciente terminal."

e) **Natureza jurídica do cadáver:** Cadáver (i.e., o corpo do indivíduo sem vida) é coisa cujo domínio e disponibilidade fica transferido aos herdeiros a partir do falecimento da pessoa (GÓIS, 2007, p. 420-430). Porém, como o cadáver reflete a imagem do indivíduo, trata-se de coisa fora do comércio (*res extra commercium*), cuja destinação deve ainda atender a normas de saúde pública. Ademais, o art. 8º da Lei 9.434/97 determina seja o cadáver – cujas partes, órgãos ou tecidos tenham sido aproveitados em transplantes – "condignamente recomposto para ser entregue, em seguida, aos parentes do mortos ou seus responsáveis legais para sepultamento". Essa a razão pela qual GÓIS infere a proibição geral de exposição do cadáver sob condições vexatórias.

f) **Comercialização de órgãos, tecidos ou substâncias humanas:** Está proibida pelo § 4º do art. 199 da Constituição, cuja redação diz que a "lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização." Conferir a Lei 10.205/2001, que regulamentou tal dispositivo constitucional.

► **ATENÇÃO:**

Parte da comunidade científica defende que essa proibição constitucional só abrangeria a comercialização das substâncias humanas "naturais", sem alcançar as substâncias humanas sintetizadas em laboratório, ainda

que a partir de células-tronco embrionárias (v. entrevista da geneticista LYGIA DA VEIGA PEREIRA publicada na *Folha de S. Paulo* do dia 27-12-2014). As justificativas desse posicionamento passam por três vertentes principais: (a) as células-tronco, i.e., as substâncias humanas iniciais ("antecedente"), após doadas para pesquisas, passam por grandes transformações artificiais, o que termina por separá-las do produto final ("consequente"); (b) o produto final pode ser comercializado sem pôr em risco o objetivo constitucional de proteger pessoas em situação de vulnerabilidade, até porque o Constituinte de 1988 nem poderia prever esse tipo de avanço científico havido posteriormente; e (c) a proibição de comercializar substâncias humanas sintetizadas faria com que a iniciativa privada perdesse o interesse no desenvolvimento de novas terapias celulares.

g) **Prolongamento da personalidade após a morte (eficácia *post mortem* da personalidade):** A morte significa o fim da vida do indivíduo, mas não extingue todos os aspectos da personalidade do falecido. De modo que, hoje, não há mais grandes dúvidas em torno da chamada "eficácia *post mortem* da personalidade".

► **ATENÇÃO:**

Embora os bens patrimoniais se transmitam aos herdeiros do falecido, certos atributos da personalidade dele, além de intransmissíveis, continuam a ser juridicamente tutelados, como se, por ficção jurídica, a pessoa estivesse ainda viva. Nesse sentido, por exemplo, o nome, o pseudônimo, a identidade e a honra objetiva do morto recebem proteção jurídica *post mortem*. São partes legítimas à tutela da personalidade da pessoa morta: por substituição processual (CPC, art. 6º), o cônjuge sobrevivente ou os parentes do falecido (vide CC/2002, art. 12, parágrafo único, e art. 20, parágrafo único). Da mesma forma, o art. 623 do CPP reconhece (ao cônjuge, ao ascendente, ao descendente ou ao irmão do condenado já falecido) legitimidade ativa para propor revisão criminal da sentença penal condenatória de que fora alvo a pessoa morta.

h) **pena de morte:** O inciso XLVII do art. 5º só a admite em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX. (Sobre o estado de sítio decretado com fundamento no estado de guerra, v. item 2.2 do Capítulo 10.) Ainda assim, somente poderá ser aplicada, após condenação definitiva e a comunicação ao Presidente da República (CPM, art. 57), pela prática dos mais graves crimes militares previstos no Código Penal Militar, incluindo os delitos de traição, favor ao inimigo e tentativa contra a soberania do Brasil. Já a execução da pena de morte se faz por fuzilamento (art. 56 do CPM).