



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA**  
**FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR “JACY DE ASSIS”**

**EZEQUIEL ABRAHÃO DE OLIVEIRA**

**A UTILIZAÇÃO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE  
PRECEITO FUNDAMENTAL PARA A TUTELA DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS**

**UBERLÂNDIA MG**

**2017**



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA**  
**FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR “JACY DE ASSIS”**

**EZEQUIEL ABRAHÃO DE OLIVEIRA**

**A UTILIZAÇÃO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE  
PRECEITO FUNDAMENTAL PARA A TUTELA DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Banca Examinadora da Universidade Federal de Uberlândia para a obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges.

**Professor Orientador: Dr. Alexandre Walmott Borges**

**UBERLÂNDIA – MG**

**2017**

**EZEQUIEL ABRAHÃO DE OLIVEIRA**

**A UTILIZAÇÃO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE  
PRECEITO FUNDAMENTAL PARA A TUTELA DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
ao Curso de Graduação em Direito como  
requisito necessário para a obtenção do título  
de Graduado em Direito.

Aprovado em: \_\_\_\_\_ Uberlândia – MG, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

**PROFESSOR AVALIADOR:**

**DR. THIAGO GONÇALVES PALUMA ROCHA**

---

**PROFESSOR AVALIADOR:**

**MESTRANDO GUSTAVO NASCIMENTO TAVARES**

---

**PROFESSOR ORIENTADOR:**

**DR. ALEXANDRE WALMOTT BORGES**

**UBERLÂNDIA – MG**

**2017**

*Primeiramente a DEUS, o AUTOR da VIDA.  
A meus pais Luiz e Isabel. A meu Avó  
Amadeus. A quem dedico de coração, à  
conclusão desta etapa.*

## **AGRADECIMENTOS**

Ao concluir este trabalho, bem como esta Graduação, percebo em como fui agraciado com tamanho benção, e que em todos estes anos não estive sozinho. Sempre tive amigos e familiares incentivando-me a persistir, a concluir esta etapa, sendo ela conquista de um sonho.

Quero primeiramente agradecer a DEUS, porque em tudo ELE tem sido presente em minha vida, me ajudou, me sustentou nestes anos todos. É para a Honra e Glória de DEUS que dedico a conclusão desta importante etapa da minha vida.

Quero agradecer ao meu Pai (Luiz Alberto) pelos conselhos que me ajudaram na construção do meu caráter, por me incentivar a fazer uma faculdade, agradeço por todo apoio e incentivo durante estes anos. Quero agradecer a minha Mãe (Isabel Monteiro) por todo apoio e suporte nestes anos.

Quero agradecer ao meu Orientador Dr. Alexandre Walmott Borges pela paciência e apoio na construção deste trabalho. Agradeço pelas aulas de constitucional que foi ensinada nos primeiros semestres da faculdade, refletindo no meu desejo de fazer o meu TCC em Constitucional. Agradeço também ao Me. Gustavo Nascimento Tavares pelas dicas finais, bem como pela ajuda na formatação.

Não há palavras para descrever a minha gratidão a todos aqueles que me ajudaram, com suas orações, suas palavras de incentivo, pelas críticas construtivas, pelo apoio financeiro, entre outros. A todos vocês o meu mais sincero Agradecimento, e que Deus possa estar retribuindo em dobro aquilo que vocês me deram.

*“O que me preocupa não é nem o grito dos corruptos, dos violentos, dos desonestos, dos sem caráter, dos sem ética. O que me preocupa é o silêncio dos bons”. **Martin Luther King Jr.***

## RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, tem como objetivo a observação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental na tutela dos Direitos Fundamentais Individuais. Primeiramente caracterizei o que seria os Direitos Fundamentais Individuais, usando a conceituação de vários doutrinadores com domínio sobre o tema, sendo ainda, inseridos no presente trabalho jurisprudência quanto o seu entendimento pelos tribunais. Houve também a delimitação do que seria a ADPF, suas características, e também, quando pode haver o seu cabimento. Como exemplo para o Caso Concreto algumas ADPF's com cunho de relevância social - aquelas que tiveram repercussão na sociedade -, bem como por tratar-se de Direitos Fundamentais Individuais. No caso concreto, analisando as ADPF's, pode-se ver que o STF (órgão julgador das ADPF), tem preservado de forma consciente, buscando a proteção da sociedade, através da preservação de Direitos Fundamentais Individuais anteriormente positivados em ordenamentos anteriores, que com o advento de novo ordenamento constitucional perderam a sua efetividade. Neste sentido, o STF tem buscado a positivação de Direitos Fundamentais anteriormente concedidos bem como a sua ampliação, através de sentenças que declaram a constitucionalidade de ações afirmativas que buscam trazer a igualdade social, a todos os cidadãos. Pela relevância das decisões das ADPF's e pela sua proteção aos Direitos Fundamentais Individuais, entende-se que esta ação tem desenvolvido importante papel na proteção dos Direitos Fundamentais.

**Palavras-chaves:** Direitos Fundamentais Individuais. ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental). Garantias constitucionais.

## ABSTRACT

This of course work completion, aims to observe the accusation of breach of fundamental precept in the protection of Fundamental Individual Rights. First I have characterized what would be the individual fundamental rights, using the concept of various scholars in the field on the subject, still inserted in this study jurisprudence as its understanding by the courts. There was also the definition of what would be the ADPF, its characteristics, is also when you can be your suitability. After this introduction, we come to the crux of the work in this part have been inserted as an example for Case Concrete some ADPF's with social relevance nature - those that had repercussions in society - and because it is of Fundamental Individual Rights. In this case, analyzing the ADPF's, one can see that the STF (judging body of ADPF), has preserved consciously, seeking the protection of society through the preservation of individual fundamental rights previously positivized in previous orders, which with advent of new constitutional system lost its effectiveness. In this sense, the Supreme Court has sought positivization fundamental rights previously granted and its extension, through judgments declaring the constitutionality of affirmative actions that seek to bring social equality to all citizens independent of its inequalities. The relevance of the decisions of ADPF's and its protection of Fundamental Rights single, it is understood that this action has developed important role in the protection of fundamental rights in society. It is that your judges have acted positively in the protection of these rights.

**Keywords:** Fundamental Individual Rights. ADPF (accusation of breach of fundamental precept). Constitutional guarantees.



## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

**ADC** – Ação Declaratória de Constitucionalidade

**ADIn** – Ação Direta de Inconstitucionalidade

**ADInO** – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

**ADPF** – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

**CF88** – Constituição Federal de 1988

**EC** – Emenda Constitucional

**NCPC** – Novo Código de Processo Civil

**MI** – Mandado de Injunção

**REx** – Recurso Extraordinário

**Rcl.** - Reclamação Constitucional

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**SV** – Súmulas Vinculantes

## SUMÁRIO

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1.1</b>	<b>Conceito e Terminologia .....</b>	<b>11</b>
<b>1.2</b>	<b>Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais .....</b>	<b>14</b>
<b>2.</b>	<b>CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>15</b>
<b>2.1</b>	<b>Os Direitos Individuais .....</b>	<b>15</b>
<b>2.2</b>	<b>Os Direitos Sociais .....</b>	<b>17</b>
<b>2.3</b>	<b>Dos Direitos Coletivos .....</b>	<b>20</b>
<b>2.4</b>	<b>Direitos Políticos .....</b>	<b>23</b>
<b>2.5</b>	<b>Das Garantias Fundamentais .....</b>	<b>25</b>
<b>3.0</b>	<b>ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL .....</b>	<b>27</b>
<b>3.1</b>	<b>Conceito .....</b>	<b>27</b>
<b>3.2</b>	<b>Natureza Jurídica .....</b>	<b>28</b>
<b>3.3</b>	<b>Objetivo .....</b>	<b>29</b>
<b>3.4</b>	<b>Competência .....</b>	<b>33</b>
<b>4.</b>	<b>CASOS CONCRETOS .....</b>	<b>34</b>
<b>4.1</b>	<b>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 54 .....</b>	<b>35</b>
<b>4.2</b>	<b>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 101 .....</b>	<b>37</b>
<b>4.3</b>	<b>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 132 .....</b>	<b>40</b>
<b>4.4</b>	<b>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 404 .....</b>	<b>44</b>
<b>4.5</b>	<b>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 186 .....</b>	<b>46</b>
<b>5.</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>48</b>
<b>6.</b>	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>49</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como problemática a observação aos Direitos Fundamentais Individuais sobre a tutela da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, neste estudo, primeiramente iremos classificar brevemente, com base no conceito de alguns autores constitucionais, o que são os Direitos Fundamentais. Estudaremos e conceituaremos o que é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, quem tem a capacidade para impetrá-la? Qual o órgão julgador? Sua característica subsidiária? Dentre outros aspectos.

Os Direitos e as Garantias Constitucionais representam os primeiros Direitos dos cidadãos, os mais básicos, aqueles que são intrínsecos, ou seja, estes Direitos nascem com os cidadãos, os quais o Estado tem o dever de proteger e de garantir.

Esses Direitos e Garantias são essenciais, são Direitos exercidos perante a sociedade, ao estado, a justiça, nas relações de consumo, etc. Tais Direitos surgem sobre a nomenclatura de Direitos Fundamentais.

Os Direitos Fundamentais são um tema bastante discutido e conceituado na doutrina, pela sua relevância no estudo do direito, bem como pela sua importância na aplicação nas relações dos indivíduos em sociedade.

Os Direitos Fundamentais podem ser aplicados em todas as relações entre Estado e Indivíduos, bem como nas relações de consumo, e também nas relações entre indivíduos. Desta forma, os Direitos Fundamentais possuem vários meios processuais destinados à sua proteção, a sua não violação, limitação, ao seu não retrocesso, e outros.

Neste sentido, temos a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) como um meio processual, que pode ser usado na proteção dos Direitos Fundamentais. O que busco no presente trabalho é mostrar o breve estudo das ADPF nas lides envolvendo o Direito Fundamental Individual.

### 1.1 Conceito e Terminologia:

Conforme doutrina, a expressão Direitos Fundamental, é muitas vezes usada de forma geral, perdendo então segundo ela, sua real interpretação. Muitas vezes é confundida com a

expressão Direitos Humanos, Direitos Individuais, Direitos Públicos Subjetivos, Liberdades Públicas, Direitos Fundamentais do Homem ou Direitos Humanos Fundamentais.

Desta forma, veremos alguns conceitos e suas diferenças, quanto a sua conceituação. Começaremos com o conceito de direito fundamental de Ricardo Castilho, que diz:

[...] direitos fundamentais, por sua vez, restaria utilizada para designar aqueles direitos que já foram reconhecidos e positivados, institucionalmente, pelo direito constitucional interno de cada Estado. O termo fundamental aqui se aplica justamente por serem direitos – em que pese delimitados espacial e temporalmente – eleitos, por cada Estado de Direito, como os elementos básicos e fundamentadores de seu sistema jurídico. (CASTILHO, 2013, p.14).

Ainda na conceituação de Ricardo Castilho, quanto ao que seria direito do homem:

O termo direitos do homem passou a ser empregado sempre que se pretende designar aquele conjunto de direitos que se reconhecem pertencentes ao ser humano por sua natureza. Em outras palavras [...], os direitos do homem integram o chamado direito natural, uma espécie de moral jurídica universal, em um estágio prepositivo, que funcionaria como uma espécie de fundamento para as futuras positificações em tratados, leis e constituições. [...] já a expressão direitos humanos passou a ser a terminologia normalmente empregada para designar o conjunto dos direitos do homem já positivados no âmbito internacional (através dos, hoje, inúmeros tratados e declarações). Poder-se-ia alegar que esta expressão é imprecisa, uma vez que não há direito que não seja humano (pois somente homem pode ser titular de direitos). Mais forçoso reconhecimento que humanos, na expressão, não se refere à titularidade do direito, mas, sim, ao bem protegido. (CASTILHO, 2013, p.14).

Já à Constituição Federal utiliza a nomenclatura ‘Direitos Fundamentais’. Nomenclatura considerada adequada pela maioria dos doutrinadores. Dessa forma, podemos compreender que os Direitos Humanos são aqueles atribuídos em geral, por normas e tratados internacionais (Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, 1948). Já os Direitos Fundamentais são aqueles positivados nos ordenamentos jurídicos.

Da mesma forma, ensina Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

A expressão ‘direitos humanos’ é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em base jusnaturalistas, possuem índole filosófica e não têm como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular. Essa expressão, é empregada, também, para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional. Já a expressão ‘direitos fundamentais’ é utilizada para designar os direitos relacionados às pessoas, inscritos em textos normativos de cada Estado, são direitos que vigoram numa determinada ordem jurídica, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os estabelece (MENDES; BRANCO., 2007, p.234)

Conceitua Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, no livro *Direito Constitucional Descomplicado*:

A expressão direitos humanos é utilizada para designar direitos pertencentes ao homem, universalmente considerado, sem referência a determinado ordenamento jurídico ou limitação geográfica. Já os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos como tais em determinado ordenamento jurídico, de certo Estado. Enfim, os direitos fundamentais são bens jurídicos em si mesmos considerados, conferidos às pessoas pelo texto constitucional. (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p,100).

Vale ressaltar, que os Direitos Fundamentais em primazia são aqueles positivados nas constituições, mas, vale ressaltar que como o passar do tempo, mais e mais Direitos se tornam pela sua relevância na sociedade, Direitos Fundamentais.

Para Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

O catálogo de direitos fundamentais vem-se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico. A classe dos direitos que são considerados fundamentais não tende à homogeneidade, o que dificulta uma conceituação material ampla e vantajosa que alcance todos eles. Tampouco a própria estrutura normativa dos diversos direitos fundamentais não é coincidente em todos os casos. Descobrir características básicas dos direitos fundamentais, contudo, não constitui tarefa meramente acadêmica e pode revelar-se importante para resolver problemas concretos. O esforço é necessário para identificar direitos fundamentais implícitos ou fora do catálogo expresso na constituição (MENDES; BRANCO, 2013, p.139).

Para eles (MENDES e BRANCO, 2013, p.139): “[...] os Direitos e Garantias Fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”.

Este mesmos autores trazem a definição de Direitos Fundamentais de Prieto Sanchis, que:

[...] sugere que se procure tornar mais objetiva a pesquisa, privilegiando-se a compreensão histórica dos direitos. Historicamente – advoga –, os direitos humanos têm a ver com a vida, a dignidade, a liberdade, a igualdade e a participação política e, por conseguinte, somente estaremos em presença de um direito fundamental quando se possa razoavelmente sustente que o direito ou instituição serve a algum desses valores. (Prieto Sanchis apud MENDES; GUSTAVO, 2013, p.140).

Por fim, quanto a conceituação do o que são os Direitos Fundamentais, temos o conceito de José Afonso da Silva, que diz que:

Os direitos fundamentais designam, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o [ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamental acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem os quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive. (SILVA, 1992, p.163 e 164).

Por fim, podemos entender os Direitos Fundamentais como os Direitos básicos individuais, sociais, políticos e jurídicos que são previstos na Constituição Federal de uma nação, sendo baseadas nos princípios dos Direitos Humanos, Garantindo a Liberdade, a Vida, a Igualdade, a Educação, a Segurança e etc.

## **1.2 Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais**

Os Direitos Fundamentais são Direitos conquistados ao longo do tempo, se apresentando de uma forma diferente ao longo dos anos, por isso, os estudiosos costumam dividi-los em gerações ou dimensões, conforme sua ingerência nas constituições. Pode-se afirmar que existem os Direitos de primeira, segunda e terceira geração, sendo que, alguns doutrinadores que defendem a existência dos Direitos de quarta e quinta geração. Vale ressaltar que a divisão dos Direitos em gerações ou dimensões é meramente acadêmica, uma vez que os seres humanos não podem ter seus Direitos divididos em gerações ou dimensões estanques, sendo que referida divisão diz respeito somente ao reconhecimento dos mesmos em momentos históricos específicos.

Os Direitos de primeira geração ou dimensão referem-se às liberdades negativas clássicas, que enfatizam o princípio da liberdade, configurando os Direitos Civis e Políticos. Surgiram nos finais do século XVIII e representavam uma resposta do Estado liberal ao Absolutista, dominando o século XIX, e corresponderam à fase inaugural do constitucionalismo no Ocidente. Foram frutos das revoluções liberais francesas e norte-americanas, nas quais a burguesia reivindicava o respeito às liberdades individuais, com a consequente limitação dos poderes absolutos do Estado. Oponíveis, sobretudo, ao Estado, são Direitos de resistência que destacam a nítida separação entre o Estado e a sociedade. Exigem do ente estatal, precipuamente, uma abstenção e não uma prestação, possuindo assim um caráter negativo, tendo como titular o indivíduo.

Os Direitos de segunda geração ou dimensão relacionam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, assegurando o princípio da igualdade material entre o ser humano. A Revolução Industrial foi o grande marco dos Direitos de segunda geração, a partir do século XIX, implicando na luta do proletariado, na defesa dos Direitos Sociais (essenciais básicos: alimentação, saúde, educação etc.). O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de Direitos Sociais. Isso fica evidenciado, dentre outros documentos, pela Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha), e pelo Tratado de Versalhes, 1919 (OIT - Organização Internacional do Trabalho).

Os Direitos de terceira geração ou dimensão consagram os princípios da solidariedade ou fraternidade, sendo atribuídos genericamente a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa, não se destinando especificamente à proteção dos interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado, mostrando uma grande preocupação com as gerações humanas, presentes e futuras. Possui origem na revolução tecnocientífica (terceira revolução industrial), revolução dos meios de comunicação e de transportes.

Na atualidade existem doutrinadores que defendem a existência dos Direitos de quarta geração ou dimensão, apesar de ainda não haver consenso na doutrina sobre qual o conteúdo dessa espécie de Direito. Para Norberto Bobbio, “tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética”, numa corrente não muito diferente, Paulo Bonavides, também, defende a existência dos Direitos de quarta geração, com aspecto introduzido pela globalização política, relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo (Norberto Bobbio apud AFONSO, 2012).

## **2. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

### **2.1 Os Direitos Individuais.**

A Constituição de 1988 ao arrolar os Direitos Fundamentais nos arts. 5º a 17, classificou-os em grupos distintos, sendo assim, conceituaremos o que são Direitos Individuais. Para Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

os direitos individuais correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo o direito à vida, à dignidade, à liberdade. Estão previstos no art. 5º da Constituição, que alberga, especialmente, os direitos fundamentais de primeira geração, as chamadas *liberdades negativas*. Neste mesmo art. 5º, incisos XVI (direito de reunião); XVII, XVIII, XIX e XXI (direito à associação); LXX (mandado de segurança coletivo), (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p.111).

Para Peña de Moraes (MORAES, 2012. p.543): “são direitos fundamentais próprios do homem-indivíduo, porque titularizados e exercidos por pessoas individualmente consideradas em si, com a delimitação de uma esfera de ação pessoal”.

José Afonso da Silva (José Afonso da Silva apud ORIANA, 2008), conceitua os ‘direitos fundamentais do homem-indivíduo’: “como aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado”, fazendo também uma distinção em três grupos deste:

1º) direitos individuais expressos: aqueles explicitamente enunciados nos incisos no art. 5º; 2º) direitos individuais implícitos: aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (art.5º, II); 3º) direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil: aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização a priori.

Vale a ressalva de Vicente Paulo e Marcio Alexandrino, quanto aos Direitos Fundamentais Individuais:

O caput desse artigo (art. 5º da CF) enumera cinco direitos fundamentais básicos, dos quais os demais direitos enunciados nos seus incisos constituem desdobramentos: (1) direito à vida; (2) direito à liberdade; (3) direito à igualdade; (4) direito à segurança; e (5) direito a propriedade. O texto do caput do art.5º somente assegura esses direitos, de forma expressa aos ‘brasileiros e aos estrangeiros residentes no País’. Há consenso, entretanto, pela própria natureza de tais direitos, que eles valem igualmente para os estrangeiros que se encontrem em território nacional, submetidos as leis brasileiras, sejam, eles residentes ou não no Brasil (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p.120).

Como exemplo, tem se um mandado de segurança do Mato Grosso do Sul-MS, que diz:



Ementa CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL. 1. A omissão da autoridade coatora em fornecer o tratamento médico vindicado pelo impetrante afigura-se como um abuso do Poder Executivo, suficiente a autorizar a atuação do Poder Judiciário, uma vez que o direito à saúde, consagrado no art. 196, da Constituição Federal, é direito fundamental que integra o mínimo existencial, não podendo, sua concretização, ficar discricionária ao administrador. 2. A cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público, com o propósito de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição, pois encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial. 3. O princípio da proibição do retrocesso impede o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à saúde) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. 4. Segurança Concedida. (TJ-PI - MS: 00020780420148180000 PI 201400010020782, Relator: Des. José Ribamar Oliveira, Data de Julgamento: 03/09/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 15/09/2015).

Os Direitos Individuais são os primeiros Direitos intrínsecos do homem diante da sociedade, Direitos que estão ligados ao direito a vida, a dignidade de pessoa humana, etc. Tais Direitos merecem uma tutela e preservação especial do Estado, para que todo cidadão possa ser preservados nas relações em sociedade.

## **2.2 Os Direitos Sociais.**

Para Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino:

os direitos sociais constituem as liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por objetivo a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade material ou substancial. Estão arroladas no art. 6.º e seguintes da Carta Política, e são disciplinados em diversos outros dispositivos constitucionais (por exemplo, direito a saúde – art. 196; direito a previdência – art.201; direito à educação – art. 206), (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p.111).

Para Peña de Moraes:

os direitos sociais são direitos fundamentais próprios do homem-social, porque dizem respeito a um complexo de relações sociais, econômicas ou culturais que o indivíduo desenvolve para realização da vida em toda as potencialidades, sem as quais o seu titular não poderia alcançar e fruir dos bens de que necessita. [...] considerando que os direitos sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado (MORAES, 2012, p.575).

### Nas palavras de André Ramos Tavares:

os direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, [...], são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante na implementação da igualdade social dos hipossuficientes”, neste sentido André Ramos Tavares utilizando a expressão de Jose Afonso da Silva caracterizando os direitos sociais como “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições matérias mais propicias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível como exercício efetivo da liberdade (TAVARES, 2010, p.827).

Neste sentido, vale a ressalva de Gilmar Mendes, na sua conceituação dos Direitos Sociais:

[...] neste sentido, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da reserva do possível, especialmente a evidenciar a escassez dos recursos e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas. Concluem que, a partir da perspectiva das finanças públicas, levar a sério os direitos significam levar a sério a escassez. Embora os direitos sociais, assim como os direitos negativos, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos) quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandam o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesta perspectiva, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada

cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos. Assim, em razão da inexistência de suporte financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem escolhas trágicas pautadas por critérios de justiça social (macro justiça). É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, 7ha efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc. Nessa linha de análise argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (micro justiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para todo (MENDES; BRANCO, 2013, p.606 e 607).

Como exemplo, temos uma Apelação do Tribunal Regional Federal da 4ª Região - TRF-4, que diz:

CONSTITUCIONAL. DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO. AÇÕES AFIRMATIVAS. ENSINO SUPERIOR. ACESSO À UNIVERSIDADE. CONCURSO VESTIBULAR. SISTEMA DE COTAS. RESERVA DE VAGAS PELO CRITÉRIO RACIAL E PARA EGRESSOS DO ENSINO PÚBLICO. CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. MANDAMENTO DE ANTIDIFERENCIAÇÃO E DE ANTI-SUBORDINAÇÃO. DISCRIMINAÇÃO DIRETA (INTENCIONAL) E INDIRETA (NÃO-INTENCIONAL). CONCEITO JURÍDICO DE DISCRIMINAÇÃO. PROMOÇÃO DA IGUALDADE FÁTICA. JUSTIÇA SOCIAL. SOLIDARIEDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. PLURALISMO E DIVERSIDADE. IMPROCEDÊNCIA DAS OBJEÇÕES DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA. EXISTÊNCIA DE BASE LEGAL. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. 1. A adequada compreensão do princípio constitucional da igualdade reclama o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial de respostas jurídicas em face da discriminação direta (intencional) e indireta (não-intencional), bem como a formulação de medidas positivas de superação dos efeitos deletérios do fenômeno discriminatório como um todo, tarefa realizada pelo Direito da Antidiscriminação, campo de saber e prática jurídica onde são forjados conceitos, princípios, categorias e objetos de proteção acerca da função do princípio da igualdade como proibição de discriminação. (TRF-4 - APELREEX: 2546 RS 2008.71.00.002546-2, Relator: ROGER RAUPP RIOS, Data de Julgamento: 21/07/2009, TERCEIRA TURMA,).

Os Direitos Sociais buscam a melhoria das condições sociais daqueles hipossuficientes perante a sociedade, estes dizem respeito aos Direitos do homem-social nas relações sociais, considerados como Direitos através do Estado, o que exige deste uma atuação positiva na aplicação de políticas que visem à diminuição ou extinção das Desigualdades Sociais.

### 2.3 Dos Direitos Coletivos.

Os Direitos Coletivos são aqueles que como próprio nome diz, são Direitos exercidos na coletividade, como o Direito a reunião, a associação, a comunicação, ao meio ambiente, etc. Nas palavras de Peña de Moraes (MORAES, 2012, p.571): “os direitos coletivos são direitos fundamentais próprios do homem-membro de uma categoria, classe ou grupo, porque titularizados e exercidos por pessoas coletivamente consideradas entre si, com determinabilidade de seus membros, ou não”.

Para André Ramos Tavares os Direitos Coletivos são:

Os direitos de terceira dimensão denominam-se direitos ou interesses meta-individuais. Fala-se em interesses meta-individuais ou transindividuais para significar aquela parcela de interesses que pertencem a um grupo razoavelmente extenso de pessoas, que os titularizam e que possuem uma característica em comum, que as une, ainda que se trate de um laço de união extremamente débil. Essa categoria de interesse situa-se numa faixa intermediária entre os clássicos direitos individuais, de um lado, e o direitos público, de outro, poder-se-ia denominá-los, igualmente, interesses coletivos *lato sensu* (TAVARES, 2010, p.880).

Suzana Gastaldi (2014) em seu artigo ‘Direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos: conceito e diferenciação’, conceitua os Direitos Coletivos como:

Os direitos coletivos em sentido lato se classificam em direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos. A diferenciação entre esses direitos se dá, dentre outros aspectos, pela transindividualidade, que pode ser real ou artificial, ampla ou restrita; pelos sujeitos titulares, determinados ou indeterminados; pela indivisibilidade ou divisibilidade do seu objeto; pela disponibilidade ou indisponibilidade do bem jurídico tutelado; e pelo vínculo a ensejar a demanda coletiva, jurídico ou de fato.

Ainda na sua conceituação, usarei de suas palavras para a diferenciação entre Direitos Difusos, Direitos Coletivos em sentido estrito e Direitos Individuais Homogêneos.

Os direitos difusos são aqueles que possuem a mais ampla transindividualidade real. Além disso, têm como características a indeterminação dos sujeitos titulares – unidos por um vínculo meramente de fato –, a indivisibilidade ampla, a indisponibilidade, a intensa conflitualidade, a ressarcibilidade indireta – o quantum debeatur vai para um fundo. Os direitos coletivos em sentido estrito, por sua vez, têm como características a transindividualidade real restrita; a determinabilidade dos sujeitos titulares – grupo, categoria ou classe de pessoas –, unidos por uma relação jurídica-base; a divisibilidade externa e a divisibilidade interna; a disponibilidade coletiva e a indisponibilidade individual; a irrelevância de unanimidade social e a reparabilidade indireta. Os direitos individuais homogêneos, também chamados “direitos acidentalmente coletivos” por José Carlos Barbosa Moreira, são aqueles que decorrem de uma origem comum, possuem transindividualidade instrumental ou artificial, os seus titulares são pessoas determinadas e o seu objeto é divisível e admite reparabilidade direta, ou seja, fruição e recomposição individual.

Por fim, é de bastante relevância a diferenciação de Hugo Nigro Mazzilli:

Se o que une interessados determináveis é a mesma situação de fato (p. ex., os consumidores que adquiriram produtos fabricados em série com defeito), temos interesses individuais homogêneos; b) se o que une interessados determináveis é a circunstância de compartilharem a mesma relação jurídica (como os consorciados que sofrem o mesmo aumento ilegal das prestações), temos interesses coletivos em sentido estrito; c) se o que une interessados indetermináveis é a mesma situação de fato (p. ex., os que assistem pela televisão à mesma propaganda enganosa), temos interesses difusos (MAZZILLI, 2000, p.41).

Como exemplos dos Direitos Coletivos, temos um recurso de revista do TST:

HORAS IN ITINERE. ACORDO COLETIVO. PAGAMENTO DE FORMA SIMPLES E SEM REFLEXOS. INVALIDADE. NEGOCIAÇÃO QUE EQUIVALE A RENÚNCIA DE DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. As normas coletivas de trabalho não têm o poder de afastar direitos fundamentais assegurados constitucionalmente aos trabalhadores, ainda mais se tratando de tempo extraordinário, que tem repercussões na saúde e na segurança do trabalhador. É claro que a negociação coletiva e o exercício da autonomia privada coletiva devem ser valorizados, nos termos do inciso XXVI do artigo 7º da Constituição Federal. No entanto, esse preceito constitucional deve ser interpretado e aplicado de forma conjunta e sistemática com os outros dispositivos de igual estatura constitucional que, no mesmo artigo 7º da Norma Fundamental de 1988, estabelecem direitos fundamentais trabalhistas mínimos dos empregados brasileiros que não podem pura e simplesmente ser afastados pela autonomia privada, ainda que coletiva. Nesse sentido, o que este Tribunal Superior e sua SBDI-1 admitem é tão somente a prefixação, em norma coletiva, do número de horas in itinere a serem pagas pelo empregador a cada empregado na situação prevista no artigo 58, § 2º, da CLT, de forma a evitar que em cada caso individual concreto seja necessário ao julgador instruir e fixar, em sua sentença, o número médio de horas de percurso em situações muito variadas no tempo, prevenindo, pela via da negociação coletiva, a multiplicação de litígios. Isso não significa, todavia, que a norma coletiva de trabalho possa permitir o pagamento dessa verba de natureza salarial (artigos 4º e 58, § 2º, da CLT) sobre base de cálculo diversa do valor real da remuneração do trabalhador (como, por exemplo, o seu salário básico), atribuir a este natureza indenizatória, com isso vedando os reflexos de seu valor sobre os demais direitos

trabalhistas, ou, se o tempo in itinere extrapolar a jornada legal, sem o respectivo adicional de horas extras (constitucional ou normativo). Tais cláusulas, mesmo que ajustadas em negociação coletiva, equivalem a pura e simples renúncia a direitos fundamentais indisponíveis, assegurados pela Constituição Federal e pacificamente reconhecidos pela jurisprudência deste Tribunal Superior (Súmulas nº s 45, 90, I e V, 115, 172, 264 e 347 e OJ nº 47 da SBDI-1). Se as horas in itinere, antes fruto de uma interpretação extensiva do artigo 4º da Consolidação das Leis do Trabalho, consagrada na Súmula nº 90 do TST, passaram, a partir da promulgação da Lei nº 10.243, de 19/6/2001, a ser direito trabalhista assegurado por lei (artigo 58, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho), integram também o patrimônio mínimo indisponível que o ordenamento jurídico trabalhista, em seu conjunto, não admite como objeto de renúncia ou de transação, seja pelo próprio trabalhador, individualmente considerado, seja pela entidade sindical representativa da categoria profissional correspondente. Assim, se esse tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno por qualquer meio de transporte é computado na jornada de trabalho, quando o local é de difícil acesso ou não servido por transporte público, ele é, para todos os efeitos legais, tempo trabalhado. E, se assim é, essas horas trabalhadas que ultrapassam o limite semanal e diário da jornada normal são labor extraordinário, nos termos da Súmula 90, item V, desta Corte, in verbis: "HORAS" IN ITINERE". TEMPO DE SERVIÇO. V - Considerando que as horas" in itinere "são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. (ex-OJ nº 236 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)". Dessarte, se as horas in itinere prestadas pela reclamante, neste caso, ultrapassavam sua jornada de trabalho, como se extrai claramente do quadro fático delineado no acórdão regional, sua natureza de horas extras é inegável, consoante o teor do item V da Súmula nº 90 desta Corte, devendo essas ser remuneradas com o adicional de serviço extraordinário de no mínimo 50% que o inciso XVI do artigo 7º da Constituição assegura a todos os trabalhadores urbanos e rurais de nosso país. Além disso, o disposto no acordo coletivo ora em análise afronta também o patamar mínimo constitucional e legalmente assegurado a todos os trabalhadores brasileiros, ao desconsiderar a flagrante e indubitosa natureza salarial do pagamento correspondente às horas in itinere, que são, obrigatoriamente, tempo à disposição do empregador e de efetivo serviço, conforme os termos dos artigos 4º e 58, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho e do próprio item V da Súmula nº 90 desta Corte. Recurso de revista não conhecido. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. TRABALHO EM LAVOURA DE CANA-DE-AÇÚCAR. EXPOSIÇÃO AO CALOR. LIMITE DE TOLERÂNCIA ULTRAPASSADO. PREVISÃO NO ANEXO Nº 3 DA NR Nº 15 DA PORTARIA Nº 3.214/78 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Conforme se depreende do acórdão regional, a reclamante prestava serviços no corte de cana-de-açúcar, e o limite de tolerância para o calor previsto pela NR 15 (Anexo 3: Limites de Tolerância para Exposição ao Calor), calculado em IBUTG (Índice de Bulbo Úmido Termômetro de Globo) foi ultrapassado. Infere-se também que, conforme a prova dos autos, a caracterização da atividade da reclamante como insalubre não decorreu da simples exposição aos efeitos dos raios solares, mas do excesso de calor em ambiente de elevadas temperaturas. Não se trata, portanto, de simples exposição do trabalhador a raios solares ou a variações climáticas, havendo previsão na Norma Regulamentadora nº 15, anexo nº 3, da Portaria nº 3.214/78, quanto à insalubridade pelo trabalho exposto ao calor, quando ultrapassado o limite de tolerância, como ocorreu na hipótese dos autos. Assim, existindo previsão legal para o deferimento do adicional de insalubridade, não há falar em contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 173 da SBDI-1 do TST, a qual, aliás, refere-se ao Anexo nº 7 da mencionada norma regulamentadora, hipótese distinta da dos autos. Nesse sentido, ainda, o precedente desta Turma RR - 91600-16.2008.5.09.0562. Recurso de revista não conhecido. TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR - TROCA DE EITO. Decisão regional em consonância com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual, e com base na prova efetivamente produzida nestes autos (Súmula nº 126 do TST),

considera-se, nos termos do artigo 4º da CLT, tempo à disposição do empregador a espera do empregado pela troca de oito. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 17930920135090562, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 14/10/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015).

Os Direitos Coletivos dizem respeito aos Direitos do homem-membro, são aqueles exercidos pela coletividade (Associação, Reunião). Uma preocupação é que quando não há uma devida proteção aos Direitos Coletivos são muitas as pessoas prejudicadas, cabendo ao Ministério Público a proteção destes Direitos, até mesmo, face ao Poder Público.

## 2.4 Direitos Políticos

Para Peña de Moraes (MORAES, 2012, p.609) “os direitos políticos são direitos fundamentais próprios do homem-cidadão, porque titularizados e exercidos por pessoas que participam da vida política e da organização governamental e administrativa do Estado democrático.”

Nas palavras de André Ramos Tavares:

Os direitos políticos perfazem o conjunto de regras destinadas a regulamentar o exercício da soberania popular. Com isso quer-se significar que a expressão direitos políticos é utilizada em sentido amplo, para designar: A) o direito de todos participarem e tomarem conhecimento das decisões e atividades desenvolvidas pelo governo; B) o Direito Eleitoral; e C) a regulamentação dos partidos políticos. Em síntese, pode-se afirmar que é o conjunto de normas que disciplinam a intervenção, direta ou indireta, no poder. Considera-se cidadão justamente o indivíduo com relação ao qual se reconhecem os direitos políticos, ou seja, o indivíduo apto a votar e a ser votado (TAVARES, 2010, p.808).

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, citando a conceituação de José Afonso da Silva, temos que:

os direitos políticos positivos consistem no conjunto de normas que asseguram o direito subjetivo de participação no processo político e nos órgãos governamentais. Eles garantem a participação do povo no poder de dominação política por meio das diversas modalidades de direito de sufrágio: direito de voto nas eleições, direito de elegibilidade (direito de ser votado), direito de voto nos plebiscitos e referendos, assim como por direitos de participação popular, como o direito de iniciativa popular, o direito de propor ação popular e o direito de organizar e participar de partidos políticos (José Afonso da Silva apud PAULO; ALEXANDRINO, p.268).

Por fim a conceituação de Gilmar Mendes:

Os Direitos políticos formam a base do regime democrático. A expressão ampla refere-se ao direito de participação no processo político como um todo, ao direito ao sufrágio universal e ao voto periódico, livre, direto, secreto e igual, à autonomia de organização do sistema partidário, a igualdade de oportunidade dos partidos. Nos termos da Constituição, a soberania popular se exerce pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular (MENDES; BRANCO, 2013, p.681).

Como exemplo, temos habeas corpus 13798 RN:

HABEAS CORPUS - SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS - RESTRIÇÃO QUE SE LIMITA À IMPOSSIBILIDADE DE VOTAR E SER VOTADO - ART. 337 DO CÓDIGO ELEITORAL - PROIBIÇÃO DE PARTICIPAR DE ATOS DE PROPAGANDA ELEITORAL - DISPOSITIVO NÃO RECEPCIONADO PELA CF/88 - DIREITO DE REUNIÃO E LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO - RECOMENDAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL PARA PRENDER EM FLAGRANTE E INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTOS CRIMINAIS - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO - CONCESSÃO DA ORDEM. 1. Os direitos políticos passíveis de suspensão cingem-se àqueles strictu sensu, consubstanciados no poder de atuar na estrutura governamental do Estado, através do direito de votar e ser votado. No art. 14 da Carta Política estão relacionados os direitos políticos suscetíveis de interdição temporária por ato de império estatal. Fora daí, admitir qualquer restrição seria ceder terreno para odiosa intervenção na seara de direito fundamental do cidadão. Tanto que é justamente o artigo seguinte da mesma Carta que, ao estabelecer como regra a vedação à cassação dos direitos políticos, lista nos seus três incisos as hipóteses excepcionais de perda ou suspensão dos mesmos. 2. Estar com os direitos políticos suspensos não implica ser excluído do livro da vida, numa injustificável morte civil que interditaria a participação do cidadão em eventos democráticos por excelência, como é o caso das reuniões que se verificam mais intensas durante o período que precede o pleito eleitoral. Aí é que se realiza o pluralismo político, postulado em que se funda, dentre outros de igual grandeza, a República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, a partir de outubro de 1988 (CF, art. 1º, inciso V). 3. Não foi recepcionado pelo ordenamento constitucional vigente o art. 337 do Código Eleitoral. Referido dispositivo legal, introduzido no mundo jurídico durante período nebuloso da História recente do Brasil, conhecido como "anos de chumbo", revela ostensiva incompatibilidade vertical com o Texto Constitucional, por que, supressor do direito de livre manifestação do pensamento e do direito de viver em sociedade, revela-se absolutamente hostil à cidadania (CF, art. 1º, II) e ao pluralismo político (CF, art. 1º, V). (TRE-RN - HC: 13798 RN, Relator: RICARDO PROCÓPIO BANDEIRA DE MELO, Data de Julgamento: 20/09/2012, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 24/09/2012, Página 08/09).

Por fim, entendemos estes como direito do homem-cidadão exercido pelos cidadãos que participam da vida política, estando ligado ao exercício regular da Soberania Popular.



Este traz consigo um dever, o dever de participação nos processos políticos (cidade, estado e país), devendo ser assegurados pelo Estado o direito de participação de todos.

## 2.5 Das Garantias Fundamentais

As garantias fundamentais são estabelecidas pelo texto constitucional como instrumentos de proteção dos Direitos Fundamentais. As garantias possibilitam que os indivíduos façam valer, frente ao Estado, os seus Direitos Fundamentais (PAULO e ALEXANDRINO, 2012).

Alexandre de Moraes (Canotilho apud ALEXANDRE, 2012, p.31 e 32) citando Canotilho e Jorge Miranda, diferencia o que são Direitos e Garantias:

Para Canotilho, rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade[...]. A mesma diferenciação faz Jorge Miranda afirmando que ‘clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, ‘por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam por si certos bens, as garantias acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realizam das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.

Paulo Gustavo em seu livro, nos traz uma distinção entre as garantias fundamentais e garantias institucionais:

As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam. [...]. As garantias institucionais desempenham função de proteção de bens jurídicos indispensáveis à preservação de certos valores tidos como essenciais. [...]. As garantias institucionais resultam da percepção de que determinadas instituições (direito público) ou institutos (direito privado) desempenham papel de tão elevada importância na ordem jurídica que devem ter o seu núcleo essencial (as suas características elementares) preservado da ação erosiva do legislador. O seu objeto é constituído de um complexo de normas jurídicas de ordem pública e privada (MENDES; BRANCO, 2012, p.169 e 170).

Desta forma podemos entender as garantias em sentido estrito são definidas como formalidades que asseguram o exercício dos Direitos Fundamentais, pelo mecanismo da coerção, das condutas contra eles direcionadas, a permanecerem nos limites da ordem jurídica, com a finalidade de proteger os seus titulares contra as violações de qualquer natureza (MORAES, 2012).

Como exemplo, tem-se um mandado de segurança do Tribunal de Justiça do Ceará - TJ-CE:

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO CEARÁ. INACOLHIMENTO. LEGITIMIDADE DECORRENTE DA NEGATÓRIA NO FORNECIMENTO DOS FÁRMACOS, EMANADA DE SECRETÁRIO ESTADUAL DE SAÚDE. INAPLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL, NÃO APENAS PORQUE A CONSTITUIÇÃO DETERMINA QUE A SAÚDE É DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO (ART. 196, CF/88), MAS PORQUE AQUELE E ESSAS SÃO GARANTIAS FUNDAMENTAIS DE APLICAÇÃO IMEDIATA (ART. 5º, § 1º DA LEX MATTER). LIMINAR RATIFICADA. MANDADO DE SEGURANÇA QUE SE CONHECE E SE CONCEDE. 1- A presente ação autônoma de impugnação tem o desiderato de fazer cessar ilegalidade perpetrada pelo Secretário de Saúde do Estado do Ceará, consistente na negativa no fornecimento de fármacos aos substituídos do impetrante. 2- Não me parece razoável a tese de ilegitimidade passiva ad causam suscitada pela Procuradoria Geral do Estado em relação ao Secretário Estadual de Saúde, a pretexto de que seria de responsabilidade do município o atendimento direto ao cidadão. Ao reverso, considero o Estado legitimado para figurar no polo passivo da impetração, não apenas pela garantia constitucional de ser a saúde direito de todos e dever do Estado (art. 196 da CF/88), a se tornar insubsistente antedita preliminar. 3- Ao contrário dos argumentos da autoridade impetrada, entendo bastante a constituir prova pré-constituída, isso também implicando na adequação da via eleita, a juntada de laudos médicos periciais, em sua maioria, de profissionais vinculados ao SUS, órgão público oficial, portanto, validando suas prescrições medicamentosas. 4. Teoria da reserva do possível desmerece acolhida não só porque o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196, CF/88), mas também porque aqueles e as garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º). Ouso inovar, para afirmar que o planejamento é um dos alicerces basilares na gestão orçamentária do administrador (§ 1º do art. 1º da LRF). A própria Lei de Responsabilidade Fiscal, no § 3º do art. 4º prevê que: "A lei de diretrizes orçamentárias conterá Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem." Destarte, prevê, no anexo de riscos fiscais, notadamente, por meio de passivos contingentes, a previsibilidade de gastos do poder público com a sucumbência de ações em seu desfavor, mormente relacionadas à saúde. Daí a minguagem de amparo legal, rechaço a tese do ente estatal. 5. Rejeição das preliminares suscitadas. 6. Mandado de Segurança conhecido e concedido. ACÓRDÃO ACORDAM os Desembargadores integrantes do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, reunidos em sessão no Órgão Especial, por maioria, em conhecer do Writ of Mandamus, rechaçando as preliminares suscitadas, para, no mérito, CONCEDER A ORDEM, ratificando a decisão monocrática objurgada, nos termos do voto do Relator. Fortaleza, 18 de fevereiro de 2016 PRESIDENTE TJCE Presidente do Órgão Julgador DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA Relator. (TJ-CE - MS: 00312834820138060000 CE 0031283-

48.2013.8.06.0000, Relator: FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA, Órgão Especial, Data de Publicação: 18/02/2016).

As Garantias são necessárias para assegurar a todos o direito a uma existência digna, com liberdade e igualdade. Cabe ao Estado o seu reconhecimento, bem como a sua proteção. Este deve sempre buscar melhorar a sua eficiência na aplicação em sociedade, bem como, melhor interpretação em Tratados, Casos e Normas Internacionais.

### **3. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**

#### **3.1 Conceito**

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, introduzida no ordenamento jurídico pela EC n. 03/93, prevista no § 1º, do art. 102, da Constituição Federal, representa uma das formas de exercício do controle concentrado de constitucionalidade. Regulada pela Lei n. 9.882/99, tem como principal objetivo, assim como todas as ações de controle de constitucionalidade, a prevalência da rigidez constitucional e a segurança jurídica. Esta tem função evitar ou reparar lesões a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, bem como solucionar controvérsia constitucional a respeito de Lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição da República.

Considera-se que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é informada pelo princípio da subsidiariedade, o seu objeto é ampliação da jurisdição constitucional orgânica, na medida em que o regular exercício da arguição de descumprimento é condicionado à inexistência de outro meio adequado para a impugnação de determinada lei ou ato normativo, no controle de constitucionalidade pela via de ação direta, ou à inexistência de outro meio efetivo de tutela dos preceitos fundamentais, no controle de constitucionalidade pela via de exceção.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental não admissível, quando houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado

de lesividade emergente do ato impugnado. A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, por si só, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revela-se essencial que os instrumentos disponíveis se mostrem capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento da ação constitucional (GUILHERME, 2012).

A ADPF destina-se a proteger os preceitos fundamentais. Surge, então, a questão em torno da definição de preceito fundamental. A questão deve ser solucionada a partir de uma compreensão de valores, pois, a priori, toda norma constitucional é fundamental. Porém, os preceitos fundamentais são aqueles que estão ligados diretamente aos valores supremos do Estado e da Sociedade.

Preceito fundamental não significa o mesmo que a expressão princípio fundamental. Trata-se de conceito mais amplo, abrangendo todas as prescrições que dão sentido básico à ordem constitucional. Assim, pode-se conceituar preceito fundamental como toda norma constitucional – norma princípio ou norma regra – que serve de fundamento básico para a conformação e preservação da ordem política e jurídica do Estado. Apesar de o conceito de “descumprimento” para efeito da ADPF ser consideravelmente mais amplo que o conceito de “inconstitucionalidade”, a Lei 9.882/99, entretanto, reduziu a abrangência da ADPF tão somente aos atos do poder público, mantendo a ideia de englobar atos de qualquer natureza, sejam normativos ou não, inclusive as omissões (GUIMARÃES, 2006).

### **3.2 Natureza jurídica**

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é instituto bivalente ou dúplice, dado que comporta a arguição direta ou autônoma, com fulcro no art. 1º caput, e a arguição indireta ou incidental, com fundamento no art. 1º, parágrafo único, inciso I, ambos da Lei nº 9.882/99.

A arguição autônoma é suscitada diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Destarte, a natureza jurídica da arguição direta é a de ação constitucional, porquanto veicula pretensão

dirigida à tutela de preceito fundamental decorrente da Constituição, ameaçado ou lesado por ato do Poder Público. Esta consiste em forma própria de ação, razão pela qual deflagra a jurisdição constitucional orgânica, condicionada ao descumprimento de preceito fundamental. A arguição direta ou autônoma pode ser revestida de caráter preventivo ou repressivo, conforme o seu objeto seja evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

A arguição accidental é suscitada durante a tramitação de processos em qualquer juízo ou tribunal, inclusive o STF, desde que seja relevante o fundamento da controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. A natureza jurídica da arguição indireta é a de incidente de constitucionalidade, porque viabiliza a suspensão do processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal, para que seja proferida decisão exclusivamente sobre a questão constitucional suscitada, com o fim de antecipar a solução da controvérsia constitucional, que percorreria a via de exceção até o pronunciamento do STF em recurso extraordinário.

A arguição indireta ou incidental produz a cisão funcional de competência em plano vertical, entre a questão constitucional e o mérito, que são dirimidos por órgãos judiciais de instâncias diferentes. O acolhimento da arguição indireta ou incidental implica na cisão funcional de competência em plano vertical, na medida em que a controvérsia sobre a constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado deve ser resolvido pelo STF (art. 1º, parágrafo único, inciso I, in fine, da Lei nº 9882/99). O acolhimento da arguição de inconstitucionalidade importa na cisão funcional de competência em plano horizontal, uma vez que a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado pode ser declarada pelo plenário ou órgão especial do mesmo tribunal (art. 481 do CPC).

### **3.3 Objeto**

A arguição, tem potencialmente como objeto:

a) qualquer ato (ou omissão) do Poder Público, incluídos os não normativos, que acarrete lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição, visando a evitar ou reparar tal lesão;

b) leis e atos normativos federais, estaduais e municipais (e também os distritais, inclusive os editados com fulcro nas competências municipais do DF), abrangidos os anteriores à Constituição, desde que exista acerca de sua aplicação relevante controvérsia constitucional e que a aplicação ou a não aplicação desses atos implique lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição.

Observa-se que a primeira hipótese cuida de ação em face de ato 'in genere' praticado pelo Poder Público (ou que esteja na iminência de ser praticado, hipótese em que teremos a ADPF preventiva), abrangendo, ainda, as omissões do Poder Público que acarretem violação de preceito constitucional fundamental. Impende anotar que o legislador estabeleceu a possibilidade de ADPF preventiva, ao dispor que será cabível a ação para "evitar" lesão a preceito fundamental.

Na segunda hipótese permite-se aferir, *in abstracto*, a validade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, anteriores ou posteriores à Constituição, sobre os quais exista controvérsia judicial que tenha fundamento relevante, e desde que, em razão dessa controvérsia, ou da aplicação ou não aplicação do ato, esteja sendo violado preceito fundamental. Conforme acima ressaltado, até a regulamentação da ADPF, o controle da constitucionalidade das normas municipais em face da Constituição Federal somente era efetivado na via incidental, quando, por meio do recurso extraordinário, a controvérsia chegava ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal. Não havia hipótese de se levar, diretamente, à apreciação da Corte Suprema controvérsia sobre direito municipal. A Lei 9.882/ 1 999 mudou essa situação, ao permitir que se leve, diretamente, ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, por meio da propositura de ADPF, relevante controvérsia sobre lei ou ato normativo municipal, desde que esteja ocorrendo lesão a preceito constitucional fundamental.

Houve também alteração no que se refere à aferição da legitimidade das normas anteriores à vigente Constituição, do chamado direito pré-constitucional, agora passível de controle abstrato perante o Pretório Excelso, na via da ADPF, desde que, também, esse direito pré-constitucional esteja sendo objeto de relevante controvérsia judicial de que resulte lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição.

Com relação à possibilidade de apreciação de atos normativos municipais em sede de ADPF, Gilmar Ferreira Mendes observa:

Ao contrário do imaginado por alguns, não será necessário que o STF aprecie as questões constitucionais relativas ao direito de todos os Municípios. Nos casos relevantes, bastará que decida uma questão-padrão com força vinculante. Se entendermos, como parece recomendável, que o efeito vinculante abrange também os fundamentos determinantes da decisão, poderemos dizer, com tranquilidade, que não apenas a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade no Município "A" mas toda e qualquer lei municipal de idêntico teor não mais poderão ser aplicadas (MENDES; BRANCO, 2012 p 526).

Cabe ressaltar que, em função do princípio da subsidiariedade, a que está sujeita a ADPF, os atos normativos federais e estaduais (bem como os distritais editados no uso das competências estaduais do DF) pós-constitucionais não poderão ser objeto da arguição, porque é possível sua impugnação mediante ação direta de inconstitucionalidade. Também não pode a ADPF ser utilizada para pedir a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal pós-constitucional, já que tais atos podem ser objeto de Ação Direta de Constitucionalidade.

A nosso ver, podem ser objeto de ADPF os atos infra legais regulamentares de qualquer esfera da Federação, pois eles não têm como ser impugnados por meio de ADI (o STF só admite ADI contra ato infra legal normativo, federal ou estadual, autônomo, ou seja, que não tenha sido editado em função de nenhuma lei, ofendendo diretamente a Constituição).

Ainda, deve-se atentar que a ADPF, na hipótese prevista no caput do art. 1º da Lei 9.882/1999 ("evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público"), não se restringe à impugnação de atos normativos, mas abrange, também, quaisquer atos não normativos (atos concretos, atos de execução, atos materiais) do Poder Público, desde que, deles, resulte lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição. É firme, nesse sentido, a posição do Supremo Tribunal Federal.

Entendemos que a expressão "ato do Poder Público" abrange não só os atos (bem como as omissões) dos órgãos estatais e das entidades integrantes da Administração Pública, mas também os atos de particulares que estejam exercendo, por delegação, qualquer parcela de Poder Público, analogamente ao que ocorre no caso da impugnação de "ato de autoridade" mediante mandado de segurança. Dessa forma, atos praticados, por exemplo, por concessionárias de serviço público, desde que impliquem lesão a preceito fundamental e não exista outro meio eficaz de sanar a lesividade (esta última condição decorre do princípio da subsidiariedade) são, em tese, passíveis de apreciação em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O Supremo Tribunal Federal deixou assente que a expressão "ato do Poder Público" não inclui os atos políticos. Estes não são passíveis de impugnação judicial, desde que praticados dentro das esferas de competência e nas hipóteses constitucionalmente delineadas, em conformidade com as formalidades prescritas na própria Constituição, sob pena de afronta ao princípio da separação dos Poderes. Com base nesse entendimento, o Tribunal não conheceu uma ADPF em que se alegava violação a preceito fundamenta por veto do chefe do Executivo a projeto de lei.

Ainda sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que os enunciados das súmulas não podem ser concebidos como atos do Poder Público lesivos a preceito fundamental. O Tribunal deixou assente que os enunciados das súmulas são apenas expressões sintetizadas de orientações reiteradamente assentadas pela Corte, cuja revisão deve ocorrer de forma paulatina, e que, por isso, não se enquadram como atos do Poder Público lesivos a preceito fundamental, atacáveis na via da ADPF.

Em atenção ao art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal - "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" -, corolário sobre princípio da segurança jurídica, firmou-se a jurisprudência do STF pela impossibilidade de processamento de ADPF que tenha por objeto, exclusivamente, decisão judicial transitada em julgado. Como aludido, o novo instituto poderá ser utilizado, também, para controle da omissão inconstitucional, porquanto a lesão a preceito fundamental poderá advir da inércia do legislador em regulamentar direito previsto na Constituição Federal.

Embora a ADPF seja regida pelo princípio da subsidiariedade - que impede o seu conhecimento sempre que exista outro meio juridicamente apto a sanar, com efetividade real, a lesão ou ameaça de lesão decorrente do ato impugnado -, o STF já firmou posição acerca do seu cabimento em face de omissão do Poder Público. Entendeu a Corte Suprema que o outro meio processual existente em nosso ordenamento - a ação direta de inconstitucionalidade por omissão - não se enquadra como medida verdadeiramente eficaz contra a lesão, em razão dos efeitos da decisão nela proferida. Quanto ao pedido, parece-nos que, nas duas hipóteses de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, poderá ele ser pelo reconhecimento da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do ato ou norma, desde que comprovada a lesão a preceito fundamental, na primeira hipótese, cumulada com a existência de relevante controvérsia constitucional, na segunda hipótese.



Com efeito, entendemos que, na primeira hipótese de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental - ato do Poder Público que acarrete lesão a preceito fundamental -, essa lesão poderá advir tanto da aplicação de uma lei inconstitucional, quanto da não aplicação de uma lei constitucional. No primeiro caso, o pedido seria pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da lei, a fim de afastar-se, com eficácia geral, a sua aplicação, salvaguardando o preceito fundamental ofendido; no segundo caso, o pedido seria pela declaração da constitucionalidade da lei, para o fim de tomar obrigatória, com eficácia erga omnes, a sua aplicação, em proteção ao preceito fundamental violado.

O mesmo raciocínio poderia ser adotado, também, na segunda hipótese de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental – relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal -, requerendo o autor o reconhecimento da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma objeto da controvérsia.

Caso essa orientação prevaleça no âmbito do STF, representaria ela mais uma inovação introduzida pela arguição de descumprimento de preceito fundamental no nosso controle de constitucionalidade, que passaria a permitir a solicitação, perante o STF, da declaração de constitucionalidade do direito estadual e municipal, medida até então inexistente no nosso sistema objetivo de fiscalização da constitucionalidade das leis, haja vista que a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) só admite como objeto direito federal (PAULO; ALEXANDRINO, 2015).

### **3.4 Competência e Legitimidade:**

A competência para o processo e julgamento da ADPF é originária e exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme expressamente estabelecido no art. 102, § 1.º, da Constituição da República.

O legislador ordinário, nos incisos I e II do art. 2.º da Lei 9.882/ 1999, havia previsto como legitimados ativos: os mesmos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (inciso I); e "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público" (inciso II). O Presidente da República vetou o supratranscrito inciso II do art. 2.º da Lei 9.882/ 1 999. Com isso, restaram como legitimados a propor a ADPF somente as mesmas

pessoas, órgãos e entidades que podem propor a ADI, previstos no art. 103, incisos I a IX, da Constituição.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental disciplinado pelos arts. 3º a 11 da Lei nº 9.882/99, assim como pelos arts. 169 a 175 do RISTF (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), porquanto este é aplicável por analogia àquela.

#### **4. CASOS CONCRETOS:**

Tendo conceituado o que é Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, e antes tendo conceituados e exemplificados os Direitos Fundamentais Individuais estudaremos algumas ADPF.

As ADPF's usadas no texto são algumas que tiveram grande repercussão na sociedade. Apesar de haver várias outras, que poderiam muito bem servir para o presente caso concreto, optei por estas, como foi dito anteriormente, por possuírem elas relevância social bem como tratam diretamente de Direitos Fundamentais e Políticas Afirmativas.

Pois bem, passemos então ao estudo delas:

## 4.1 Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental Nº 54

A ADPF 54 tem origem no distrito federal, seu relator foi o Ministro Marco Aurélio. A parte requerente é a Confederação Nacional Dos Trabalhadores Na Saúde – CNTS.

Segundo o ministro relator esta se revela uma das questões mais importantes analisadas pelo Tribunal (STF), trazendo dois pontos importantes, sendo o primeiro que até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, segundo, o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos.

Eis o dispositivo violado:

Art. 124, 126 e 128, 00I e 0II, do Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940.

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 126 Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Art. 128 Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário

00I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

0II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Eis a Ementa da ADPF:

ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada sequência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da

gravidez no caso de anencefalia. PROCESSO OBJETIVO - CURATELA. No processo objetivo, não há espaço para decidir sobre a curatela. GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - INTERRUPÇÃO - GLOSA PENAL. Em processo revelador de arguição de descumprimento de preceito fundamental, não cabe, considerada gravidez, admitir a curatela do nascituro.

Em seu voto o relator o Ministro Marco Aurélio trouxe algumas informações relevantes como:

Com o intuito de corroborar a relevância do tema, faço menção a dois dados substanciais. Primeiro, até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o que demonstra a necessidade de pronunciamento por parte deste Tribunal. Segundo, o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalo. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública. Chega-se a falar que, a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia. Esses dados foram os obtidos e datam do período de 1993 a 1998, não existindo notícia de realização de nova sondagem. Para não haver dúvida, faz-se imprescindível que se delimite o objeto sob exame.

Vale ressaltar outro ponto, em que ele diz que o anencéfalo não possuem as características para serem indivíduos-pessoas, sendo estes:

(...) este Supremo Tribunal proclamou que a Constituição “quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’”. É certo, Senhor Presidente, que, no caso do anencéfalo, não há, nem nunca haverá, indivíduo-pessoa. (...) este Tribunal assentou que “a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica”. Ora, inexistindo potencialidade para tornar-se pessoa humana, não surge justificativa para a tutela jurídico-penal, com maior razão quando eventual tutela esbarra em direitos fundamentais da mulher.

Segundo ele não cabe impor às mulheres o sentimento de meras ‘incubadoras’, ou dizendo ele, pior de ‘caixões ambulantes’, expressão de Débora Diniz. Por fim, diz que temos que ter compaixão, no sentido de nós compadecermos com aos sentimentos e a realidades vividas por essas mulheres:

Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto.

O STF decidiu que é inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Conforme a Ementa, o tribunal por maioria dos votos julgou o pedido procedente. Por fim, observamos trata-se de uma ADPF que buscava preservar um direito fundamental, que está ligado à dignidade e a saúde da mulher. Entendendo o STF pela procedência da ação que declarou inconstitucional a tipificação de tais atos encontrados nos artigos previstos do Código Penal.

## **4.2 Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental Nº 101**

A ADPF 101 é de origem do Distrito Federal, sendo o seu relator a Ministra Cármen Lúcia. O requerente foi o presidente da república (na época Luiz Inácio Lula da Silva). Os requeridos são STF, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO JUÍZES FEDERAIS DAS 2º, 3º, 5º, 7º, 8º, 11º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 20º, 22º, 24º E 29º VARA FEDERAIS DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO JUIZ FEDERAL DA 4ª VARAS FEDERA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO.

O dispositivo legal questionado diz respeito à suspensão dos efeitos das decisões judiciais que autorizaram a importação de pneus usados e sustar a tramitação dos feitos judiciais em que se discute a matéria, inclusive de decisões judiciais transitadas em julgado.

Sua Ementa:

1. Trata-se de Agravo Regimental interposto contra decisão que determinou a extinção do feito sem julgamento de mérito, nos termos do inciso I do artigo 267 do Código de Processo Civil e do §1º do artigo 4º da lei nº 9.882, de 06 de dezembro de 1999.2. incognoscível o recurso. Publicada em 23 de abril de 2008, quarta-feira, o prazo recursal começou a correr na quinta-feira e expirou no dia 28 de abril de

2008, segunda-feira (certidão à fl. 275). Mas o agravo somente foi protocolado no dia 29 de abril de 2008, sem causa legal de suspensão ou interrupção do prazo. 3. Do exposto, nego seguimento ao recurso, porque intempestivo, nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 17 de junho de 2008. Ministro Relator CEZAR PELUSO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação. 2. Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de Países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio - OMC, a partir de 20.6.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. 3. Crescente aumento da frota de veículos no mundo a acarretar também aumento de pneus novos e, conseqüentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. 5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram. 6. Recurso Extraordinário n. 202.313, Relator o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 19.12.1996, e Recurso Extraordinário n. 203.954, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Plenário, DJ 7.2.1997: Portarias emitidas pelo Departamento de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - Decex harmonizadas com o princípio da legalidade; fundamento direto no art. 237 da Constituição da República. 7. Autorização para importação de remoldados

provenientes de Estados integrantes do Mercosul limitados ao produto final, pneu, e não às carcaças: determinação do Tribunal ad hoc, à qual teve de se submeter o Brasil em decorrência dos acordos firmados pelo bloco econômico: ausência de tratamento discriminatório nas relações comerciais firmadas pelo Brasil. 8. Demonstração de que: a) os elementos que compõem o pneus, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; e) o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto se tornam focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; f) o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria-prima a impedir a atividade econômica. Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil). 9. Decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição. 10. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada parcialmente procedente.

Em seu voto a Ministra relatora Cármen Lucia diz que o Estado não pode mostra-se omissos no tema saúde fazendo citação a Ingo Sarlet:

a questão debatida na presente Arguição foca a proteção ao preceito fundamental da saúde, consistente na possibilidade de se permitir, ou não, a importação de resíduo sólido – pneu -, sendo vedado ao Estado mostrar-se omissos ou imprevidente no resguardo da saúde, porque, “para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível”. É dever constitucional da Administração Pública, portanto, a adoção das providências necessárias para minimizar “a crise de efetividade que atinge os direitos sociais, diretamente vinculada à exclusão social e à falta de capacidade por parte dos Estados em atender as demandas nesta esfera, [o que] acaba contribuindo como elemento impulsionador e como agravante da crise dos demais direitos (...) [e, nesse contexto,] à crise de efetividade dos direitos fundamentais corresponde também uma crise de segurança dos direitos, no sentido do flagrante déficit de proteção dos direitos fundamentais assegurados pelo Poder Público, no âmbito dos seus deveres de proteção”

Para ela é vedado, portanto, ao Poder Público ser insuficiente ou imprevidente em suas ações e decisões que tenham o precípuo objetivo de dotar de proteção os Direitos Fundamentais, sob pena de essa inoperância ou ausência de ações afrontar o núcleo central desses Direitos.

Para ela, compete ao Decex (órgão subordinado à SECEX – Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio, que tem como principal função a de gerenciar o licenciamento das importações) “o aperfeiçoamento dos mecanismos de comércio exterior brasileiro e implementar ações direcionadas à sua simplificação e adequação a ambiente de negócios cada vez mais competitivo” o que fundamenta a sua atribuição de apurar e impedir qualquer prejuízo aos interesses do País. Desta forma, por afrontar os preceitos fundamentais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado ao garantir a importação de pneus usados ou remoldados está a afrontar os Direitos Fundamentais, Princípio Constitucional da Precaução Ambiental, que garante supremacia ao interesse público sobre o particular, na proteção da vida como bem maior à qual foi dado especial atenção pela Constituição.

Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou parcialmente procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, sendo declarado inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que, afastando a aplicação daquelas normas, permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, aí incluídos os remoldados, ressalva feita quanto a estes aos provenientes dos Estados integrantes do MERCOSUL, na forma das normas acima listadas.

Esta ADPF busca a proteção dos Direitos Fundamentais o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a busca de desenvolvimento econômico sustentável, a livre iniciativa e a liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável.

### **4.3 Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental N° 132**

A ADPF 132 tem origem no Rio de Janeiro, sendo o seu relator Ministro Ayres Britto. O requerente foi o Governador do estado do Rio de Janeiro, que a argui por entender que têm sido ininterruptamente violados os preceitos fundamentais da igualdade, da segurança jurídica da liberdade e da dignidade da pessoa humana.



O requerido foi GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS, ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. O disposto legal questionado é:

Art. 019, 0II e 00V e o art. 033, 00I a 00X e parágrafo único, todos do Decreto-Lei nº 220, de 18 de julho de 1975.

Decreto-Lei nº 220, de 18 de julho de 1975.

Art. 019 – Conceder-se-á licença: (...)

0II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;(…)

00V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular;

Art. 033 – O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo:

00I - salário-família;

0II - auxílio-doença;

III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;

0IV - financiamento imobiliário;

00V - auxílio-moradia;

0VI - auxílio para a educação dos dependentes;

VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;

VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;

0IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional;

00X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.

Parágrafo único – A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.

Sua ementa:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir

frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétreia. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principais lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub iudice. Inexistência do direito dos

indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “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”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Primeiramente em seu voto o Ministro relator Ayres Brito diz que merecem ser acolhidos os pedidos formulados pelos requerentes da ADPF, porque este representa um pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado, sendo que na Constituição que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.

Esta ADPF carrega a característica da proteção dos Preceitos Fundamentais, o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se mostra como fator de desigualdade jurídica.

Em outro trecho do seu voto ele fala sobre a Liberdade sexual de cada pessoa, como uma Liberdade Constitucional intimamente ligado a personalidade:

Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial.

Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do “Torna-te quem és”, tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche. Uma busca da irrepitível identidade individual que, transposta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel a sentenciar que a evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo (cito de memória). Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um plus ou superávit de vida. Não enquanto um minus ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano.

Segundo ele a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade e “cláusula pétrea”, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF, cláusulas que abrange os direitos e garantias individuais.

Prosseguindo no julgamento, o Tribunal conhece da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 os ministros, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão.

#### **4.4 Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental Nº 404**

A ADPF nº 404 tem origem no Estado da Bahia, sendo o seu relator o Ministro Marco Aurélio. O requerente foi CSPB - CONFEDERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO BRASIL, e o requerido foi o Estado da Bahia.

O autor da ADPF fundamenta o pedido, pelas situações contrárias à dignidade humana vividas pelos presos do estado decorrentes da carência de servidores nas unidades prisionais em violação aos princípios da moralidade, impessoalidade, legalidade, economicidade, isonomia e dignidade da pessoa humana.

O dispositivo legal questionado:

Portaria nº 405-2015, de 12 de junho de 2015, do Estado da Bahia. Portaria nº 405-2015, de 12 de junho de 2015. O Secretário de Administração Penitenciária e

Ressocialização - SEAP, no uso das atribuições, RESOLVE: Prorrogar, por mais 01 (um) ano, o prazo de validade do Processo Seletivo Simplificado realizado por esta Secretaria, homologado pela Portaria nº 353 de 03 de julho de 2014, publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia em sua edição do dia 04 de julho de 2014, destinada a contratação, por tempo determinado, em Regime Especial de Direito Administrativo - REDA, regido pelo Edital SEAP 001-2014. Esta Portaria terá vigência a partir da data de sua publicação. Com fundamentação jurídica nos seguintes artigos constitucionais: - Art. 001º, III; Art. 005º, "caput" e III; Art. 037, "caput" e 0II; Art. 070.

Houve decisão monocrática que negou seguimento para o relator da ação, ministro Marco Aurélio, é inadequado o manuseio de ADPF no caso dos autos, diante da ausência do requisito da subsidiariedade. O uso do instrumento da ADPF, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 4º da Lei 9.882/1999, é admitido quando inexistir outro meio eficaz de sanar a lesividade a preceito fundamental. A amplitude do objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental não significa admitir que todo e qualquer ato que não possua caráter normativo seja passível de submissão direta ao Supremo. A óptica implicaria o desvirtuamento da sistemática de distribuição orgânica da jurisdição assegurada na Constituição Federal. Para o ministro, é não se deve utilizar a ADPF para substituir medidas processuais ordinárias voltadas a impugnar atos ilegais ou abusivos. “Irregularidades na contratação de agentes penitenciários, mesmo quando repetidas no âmbito do ente federado, não abrem campo ao acesso direto ao Supremo. O uso dos meios processuais ordinários mostra-se adequado para reparar ou evitar eventual lesão”, afirmou.

O ministro Marco Aurélio lembrou ainda que tramitava, de acordo com informações dos autos, ação civil pública e ação popular suficientes para resolverem a controvérsia. O inconformismo com decisões das instâncias ordinárias enseja a interposição do recurso. A arguição não constitui sucedâneo recursal.

Esta ADPF apesar de trata de proteção aos Direitos Fundamentais da moralidade, impessoalidade, legalidade, economicidade, isonomia e dignidade da pessoa humana, não foi reconhecida pelo caráter subsidiário da ADPF, que diz que havendo outro meio eficaz para solucionar o problema está não pode ser usada.

## 4.5 Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental Nº 186

A ADPF 186 tem origem no Distrito Federal, seu relator foi o ministro Ricardo Lewandowski. O requerente foi o Partido Político DEMOCRATAS, este defende que sucessivos atos estatais oriundos da Universidade de Brasília atingiram preceitos fundamentais diversos, na medida em que estipularam a criação da reserva de vagas de 20% para negros no acesso às vagas universais e instituíram verdadeiro ‘Tribunal Racial’, composto por pessoas não-identificadas e por meio do qual os Direitos dos indivíduos ficariam, sorrateiramente, à mercê da discricionariedade dos componentes, este afirma que a ação impugna, especificamente, a adoção de políticas afirmativas “racialistas”, nos moldes da adotada pela UnB, que entende inadequada para as especificidades brasileiras.

O requerido foi CONSELHO DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - CEPE REITOR DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA CENTRO DE SELEÇÃO E DE PROMOÇÃO DE EVENTOS DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - CESPE/UNB.

O dispositivo legal questionado:

Ata da Reunião Extraordinária do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE, realizada no dia 06 de junho de 2003); Resolução nº 038, de 18 de junho de 200,, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE); Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da Universidade de Brasília - UnB, especificamente os pontos I ("Objetivo"), II ("Ações para alcançar o objetivo"), II ("Permanência"), "1", "2" e "3, a, b, c"; e III ("Caminhos para a implementação"), itens 1, 2 e 3. As impugnações aqui referidas tomam por base o texto literal do Plano de Metas, apesar da evidente confusão na distribuição entre itens, alíneas e subitens; Item 2, subitens 2.2, 2.2.1, 2.3, item 3, subitem 3.9.8 e item 7 e subitens, do Edital nº 2, de 20 de abril de 2009, do 2º Vestibular de 2009, do CESPE - Centro de Seleção e de Promoção de Eventos - órgão que integra a Fundação Universidade de Brasília e organiza a realização do concurso vestibular para acesso à Unb.

Eis a sua ementa:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV,

37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço princípio lógico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.

Nesta ADPF o STF reconhece a constitucionalidade das Cotas. Reconhece a importância de tal política afirmativa, que busca trazer à uma minoria dignidade é igualdade de oportunidades. Diz o ministro relator Gilmar Mendes em seu voto que esta questão deveria ‘(ré) pensadas’ segundo o valor fundamental da fraternidade, pra ele pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos seus aspectos, buscando-se o respeito as diferenças. Segundo ele: “(...) no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias”. Ainda em suas palavras:

A questão da constitucionalidade de ações afirmativas voltadas ao objetivo de remediar desigualdades históricas entre grupos étnicos e sociais, com o intuito de promover a justiça social, representa um ponto de inflexão do próprio valor da igualdade. Diante desse tema, somos chamados a refletir sobre até que ponto, em sociedades pluralistas, a manutenção do status quo não significa a perpetuação de tais desigualdades.

Em outro ponto, ele diz que a Constituição autoriza a intervenção legislativa no âmbito de proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais. Desta forma, o conteúdo da autorização para intervenção legislativa e a sua formulação podem assumir significado transcendental para a maior ou menor efetividade das garantias fundamentais. Por fim, ele conclui dizendo que “Todas as ações que visem a estabelecer e a aprimorar a igualdade entre nós são dignas de apreço”. Prosseguindo o julgamento os ministros por unanimidade e nos termos do voto do relator julgaram totalmente improcedente a arguição.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, teve como objetivo observar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) na Tutela dos Direitos Fundamentais Individuais.

Primeiramente conceituamos o que são Direitos Fundamentais, e as suas categorias, como o que são os Direitos Fundamentais sociais, políticos, etc. Na segunda parte do trabalho, o que vimos foi o que é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, suas características, como o seu caráter subsidiário em que esta ação não pode ser impetrada quando houver outro meio eficaz de solução. Seu órgão julgador, bem como, quem pode entrar com esta ação.

No caso concreto, dentre muitas ADPF – todas com grande relevância na sociedade – escolhi cinco, que para mim possuem um pouco mais de relevância, além de demonstrarem o aspecto processual da ADPF.

Na análise das ADPF, podemos ver que elas possuem matéria constitucional, matéria constitucional, que na sua maioria versam sobre Direitos Fundamentais. Muitas vezes tratam de reconhecimento de Direitos que apenas não foram declarados. Como é o caso da ADPF 132, que versa sobre reconhecimento da União Homoafetiva como instituto jurídico,



declarando Direitos que visam a Liberdade para dispor da própria sexualidade, este sendo, direito fundamental da Autonomia da Vontade, bem como Direito a Intimidade e a Vida, acima de tudo busca trazer Dignidade à pessoa humana, este sendo Clausula Pétrea.

Podemos ver também, como a ADPF possui uma característica processual, como exemplo, a ADPF 101 – Importação de Pneus Usados –, entendendo o STF, que não poderia haver a procedência da ação por haver outro meio eficaz para a sua solução.

Com o estudo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental na Tutela dos Direitos Fundamentais Individuais concluímos que a presente ação é um meio eficaz na proteção e declaração de Direitos Constitucionais, sendo este um meio bastante processual. Ficamos com o entendimento de que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é instrumento nobre de controle de constitucionalidade objetivo, destinado à preservação de dispositivo central da Constituição Federal.

## **REFERÊNCIAS:**

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 3. Ed. – São Paulo: Saraiva 2013. – (Coleção sinopses Jurídicas; v. 30).

GILMAR, Ferreira Mendes, COELHO, Inocêncio Mártires e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo. Saraiva, 2007.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Rio de Janeiro. Forense, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Malheiros, 1992.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira: **Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?** Disponível em <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750)>. Acesso 28/04/2016.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. – 8. Ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZILLI, Hugro Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

GUIMARÃES, Nilson Jorge Costa. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2508/A-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental>>. Acesso em: 28/04/2016.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhaes. **Direitos individuais coletivos e sociais**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/direitos-individuais-coletivos-e-sociais-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto>>. Acesso em: 28/04/2016

GASTALDI, Suzana. **Direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos: conceito e diferenciação**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14164](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14164)>. Acesso em: 28/04/2016.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54%20&processo=54>>. Acesso em 04/10/2016

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=w2tlfT4Z4gs&list=PLkZoaKCJIEFLUX9ZB9OyNofaRccu4gKz4&index=6>>. Acesso 04/10/2016

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=132&processo=132>> . Acesso em 04/10/2016

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 404. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=404&processo=404>> . Acesso em 04/10/2016

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=186&processo=186>> . Acesso em 04/10/2016