



NOÇÕES DE DIREITO CONSTITUCIONAL

VERBO.APOSTILA

SUMÁRIO

1. CONSTITUIÇÃO	04
2. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	07
3. ORGANIZAÇÃO DO ESTADO	118
4. PODER LEGISLATIVO	130
5. PODER EXECUTIVO	135
6. PODER JUDICIÁRIO	140
7. FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA	149

LEIA E ASSISTA ÀS VIDEOAULAS
NO SEU CELULAR



1º PASSO

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



2º PASSO

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



3º PASSO

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

4º PASSO

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



5º PASSO

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



1 CONSTITUIÇÃO

● CONCEPÇÕES DE CONSTITUIÇÃO

Tradicionalmente os manuais de Direito Constitucional apontam três concepções acerca do que se deve ser entendido como Constituição: a sociológica, a política e a jurídica.

A **concepção sociológica** é apresentada por Ferdinand Lassalle, para quem a Constituição de um país expressa os vetores reais de poder nele dominantes e, em caso de eventual incongruência entre tais vetores e a Constituição escrita, fatalmente o texto escrito cederia às pressões do poder e não passaria de uma folha de papel.¹

A **concepção política** é defendida por Carl Schmitt. Para ele a Constituição, como norma fundamental de um Estado, somente poderia dispor a respeito de normas fundamentais, como a estrutura do próprio Estado e o reconhecimento de direitos fundamentais. Assim, todas as demais normas que fugissem a esse estrito rol não seriam normas constitucionais, mas simples leis constitucionais.²

A **concepção jurídica** amolda-se ao discurso da supremacia das regras constitucionais. A Constituição ocupa o vértice da pirâmide hierárquica normativa e tem superioridade jurídica no tocante às demais leis e atos normativos.³



● CLASSIFICAÇÃO DAS ESPÉCIES DE CONSTITUIÇÃO

● QUANTO AO CONTEÚDO

Na verdade, esta classificação tem em foco as regras contidas na Constituição.

Regras **materialmente constitucionais** seriam somente aquelas concernentes à ideia preconizada por Carl Schmitt: a de que a Constituição deveria dispor apenas sobre os aspectos fundamentais de um Estado e os direitos e garantias individuais. Costuma-se citar como exemplo desta espécie a Constituição Norte Americana, embora as várias emendas subsequentes possam ter desvirtuado tal característica.

Ao contrário, regras **formalmente constitucionais** seriam aquelas que poderiam perfeitamente ter sido dispostas por intermédio do legislador ordinário. Exemplo interessante é o do art. 242, § 2º, CF, relacionado à manutenção do Colégio Dom Pedro II na órbita federal.

¹ Lassalle, Ferdinand. **¿Qué es una Constitución?** 11. ed. Trad. W. Roces. México, Ediciones Coyoacán, 2004.

² Veja-se, adiante, a distinção entre regras materialmente constitucionais e normas formalmente constitucionais.

³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

● QUANTO À FORMA

Quanto à forma as Constituições podem ser **escritas** ou **não escritas**. No tocante às não escritas, não há um texto unificado: as regras resultam tanto de produção normativa esparsa quanto de entendimentos jurisprudenciais solidificados.

● QUANTO AO MODO DE ELABORAÇÃO

As Constituições **dogmáticas** são aquelas elaboradas por um Poder Constituinte, seja ele legítimo (Constituições promulgadas) ou ilegítimo (Constituições outorgadas).

Dogma significa o ponto fundamental e indiscutível de qualquer doutrina ou sistema.

“A expressão ‘dogmática’ vem de dogma, que se traduz em uma rede inquebrantável de conceitos. O positivismo jurídico marca o início da dogmática...”⁴

Já as Constituições **históricas** são as decorrentes de costumes, de práticas reiteradas por determinado povo. É de se notar que as Constituições não escritas, como a Inglesa, serão sempre históricas, ao passo que as escritas jamais deixarão de ser dogmáticas.

● QUANTO À ORIGEM

As Constituições **promulgadas**, também chamadas de populares, democráticas e votadas, são as Constituições elaboradas de forma legítima por representantes do povo eleitos com a possibilidade de exercer o Poder Constituinte Originário. No Brasil tivemos as seguintes: 1891, 1934, 1946 e 1988.

As Constituições **outorgadas** são as impostas ao povo pelos detentores das reais fontes de poder na época (lembrar da concepção de Ferdinand Lassale), independentemente e até mesmo de forma contrária à vontade popular. Tivemos as seguintes: 1824, 1937, 1967 e 1969.

Alexandre de Moraes cita, ainda, as Constituições **cesaristas**, que seriam aquelas que, a despeito de outorgadas, dependeriam da ratificação popular mediante referendo.⁵

● QUANTO À EXTENSÃO

Há Constituições **sintéticas**, cujo clássico exemplo é a Constituição norte-americana pelo fato de dispor basicamente a respeito de normas fundamentais à organização do Estado e aos direitos e garantias individuais.

Por outro lado, existem Constituições **analíticas**. É o caso da Constituição de 1988 que, ao “constitucionalizar” regras que poderiam ter sido objeto de simples leis ordinárias (normas formalmente constitucionais), acabou por se tornar uma carta política prolixa e sujeita a fortes ten-

⁴ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 06.

⁵ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 37.

dências reformadoras. Importante ressaltar que não há hierarquia entre normas materialmente e norma formalmente constitucionais.

• QUANTO À DOGMÁTICA

As Constituições influenciadas somente pela maior fonte de poder à época de sua elaboração são chamadas de **ortodoxas**. A antiga Constituição Soviética é um bom exemplo. Desaconselhável por não respeitar outras fontes ideológicas e, em razão disso, fadada a perder toda a força normativa⁶ em caso de ruptura do poder anterior.

As Constituições que buscam harmonizar todas as influências ideológicas existentes em uma nação em determinado momento histórico, como a Constituição de 1988, são denominadas **ecléticas**.

• QUANTO À ESTABILIDADE

• CONSTITUIÇÕES FLEXÍVEIS

Nelas não há previsão alguma a respeito de eventual procedimento diferenciado para fins de alteração do texto constitucional. Para alterar o texto de tais Constituições bastaria um simples procedimento relativo às leis ordinárias, por exemplo.

• CONSTITUIÇÕES SEMIFLEXÍVEIS OU SEMIRRÍGIDAS

As pertencentes a esta espécie contentar-se-iam com um procedimento diferenciado para fins de alteração de seus textos. Um exemplo capaz de distanciá-las das constituições flexíveis seria o seguinte: enquanto os textos das Constituições flexíveis poderiam ser alterados mediante procedimento legislativo ordinário (votação da maioria simples em cada casa do Congresso Nacional), os referentes às Constituições semiflexíveis somente admitiriam alteração mediante o respeito a um procedimento um pouco mais dificultoso, como aquele previsto às leis complementares (maioria absoluta dos membros das casas legislativas).

• CONSTITUIÇÕES RÍGIDAS

Aqui o procedimento a ser observado em qualquer proposta de alteração ao texto constitucional é mais dificultoso ainda, pois, como no caso da CF/88, o art. 60 dispõe acerca do intrincado processo legislativo relativo às emendas à Constituição: votação em dois turnos em cada casa legislativa, aprovação por dois terços do total dos membros de cada casa. Ademais, não se pode olvidar que são poucos aqueles que detêm o poder de apresentar proposta de emenda à Constituição, como se pode ver no artigo 60 da Constituição Federal.⁷

• CONSTITUIÇÕES SUPER-RÍGIDAS

⁶ Hesse, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁷ Mais informações a respeito do procedimento na elaboração de Emendas à Constituição encontram-se no capítulo destinado à análise do Processo Legislativo.

Alexandre de Moraes atribui à CF/88 a classificação de super-rígida porque, além de o procedimento a ser observado quando da pretensa alteração, há uma parte, segundo ele, imutável: o art. 60, § 4º.

Entretanto, sem deixar de concordar com esta subespécie, devemos lembrar que as “cláusulas pétreas” do art. 60, § 4º, não são imutáveis. O que essas normas, pertencentes ao que os alemães chamam de “núcleo duro” da Constituição, não podem é ser abolidas. Por isso, parte da doutrina, ao se referir ao art. 60, § 4º, prefere a expressão “cláusulas de barreira”.

- **CONSTITUIÇÕES IMUTÁVEIS**

Não podem ser reformadas sob qualquer pretexto. Diante de tal peculiaridade logo perdem sua imprescindível força normativa, pois, segundo Konrad Hesse, “*as constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuaram previamente, é como se se pretendesse coser pétalas com linhas. O primeiro sol do meio-dia haveria de chamuscá-las*”.⁸ Fácil perceber que a ruptura, em tais casos, mostra-se inevitável, pois uma Constituição deve retratar o presente com vistas a regular o futuro.



DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

- **DIREITOS FUNDAMENTAIS**

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

ESCANEE O CÓDIGO E VEJA



- **DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS**

- **DIREITO À IGUALDADE**

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (CF, artigo 5º, *caput* e inciso I).

O direito à igualdade, presente em duas ocasiões no pórtico da declaração dos direitos e garantias fundamentais, pode ser teoricamente analisado sob duas distintas perspectivas.

⁸ Hesse, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

A primeira, herança das formulações nos contextos de Estados Liberais, que tinham por especial característica a intervenção mínima nas relações travadas entre os cidadãos, baseava-se na igualdade total perante a lei. Trata-se da **igualdade formal**, procedimental e insensível às grandes desigualdades existentes entre os indivíduos. A concepção da igualdade formal perante leis gerais e abstratas, dirigidas a todos indistintamente, tinha por escopo o estabelecimento de idêntico tratamento jurídico para todos. O pressuposto de que todos os homens são iguais e assim devem ser tratados era compreendido como um valor absoluto, alheio à possibilidade de consideração das reais desigualdades e condições de cada indivíduo.⁹

A segunda é fruto da crise do Estado Liberal e uma das principais características do modelo de Estado Social. Como se sabe, com a transição para o modelo de Estado Social, o aparato estatal passa de mero espectador a protagonista em várias situações antes distantes da atuação liberal. No quanto comporta os direitos fundamentais, o que se espera de um Estado Social não é o puro e simples *laissez faire*, mas a ação em prol do acesso, por uma quantidade cada vez maior de indivíduos, aos direitos que formalmente estão garantidos na Constituição. Esse acesso também diz respeito à **igualdade substancial**, material, que transcende a formalidade da lei abstrata e genérica aplicada a todos indistintamente, ascendendo ao patamar da igualdade de oportunidades, muitas vezes com auxílio estatal na identificação de determinadas circunstâncias e/ou grupos que, sem auxílio, sem políticas públicas de apoio e incentivo, permaneceriam ao largo de muitos dos direitos fundamentais.

Vale dizer: não basta a mera proclamação da igualdade formal (todos são iguais perante a lei); o que importa é reduzir as desigualdades com o objetivo de atribuir, tanto quanto possível, igualdade material. Este é o **aspecto positivo**, ativo, do direito à igualdade.

→ AÇÕES AFIRMATIVAS

Sob a perspectiva da igualdade material legitimam-se as políticas de apoio e, especialmente, de promoção de grupos socialmente fragilizados. Tais políticas denominam-se **ações afirmativas**. Note-se que toda e qualquer ação afirmativa demanda o reconhecimento de alguma desigualdade e, a partir desse reconhecimento, atitudes estatais fundamentadas nas chamadas **discriminações positivas**. Existem fortes fundamentos constitucionais que legitimam a discriminação positiva voltada à diminuição de desigualdades. O artigo 3º arrola os **objetivos fundamentais** da República Federativa do Brasil, ou seja, os caminhos a percorrer e os horizontes a alcançar. Dentre os objetivos fundamentais estão a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV). As ações afirmativas são políticas capazes de potencializar as chances de atingirmos tais objetivos.

9 “Sabemos, tal como já decidiu o STF (RTJ 136/444, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello), que o princípio da isonomia – cuja observância vincula todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei e b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador, que, no processo de formação do ato legislativo, nele não poderá incluir fatores de discriminação responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. (...) A igualdade perante a lei, de outro lado, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador, em qualquer das dimensões referidas, imporá, ao ato estatal por ele elaborado e produzido, a eiva de inconstitucionalidade.” (AI 360.461-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-12-2005, Segunda Turma, DJE de 28-3-2008)

→ PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DO SEXO

O direito à igualdade, na perspectiva substancial, embora demande a comunhão de esforços dirigidos à mitigação de desigualdades, não se coaduna com a utilização de discriminações exageradas, absurdas e desnecessárias:

“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 CF, 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 pétrea. (...) Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do CC, 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.” (ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, DJE de 14-10-2011). No mesmo sentido: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJE de 26-8-2011.

• PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O inciso II traz o princípio da **legalidade**, que diz respeito à segurança do indivíduo em matéria jurídica. Tal princípio visa o **combate ao poder arbitrário do Estado**, constituindo, assim, necessária manifestação do Estado de Direito. Dessa forma, somente por meio das espécies normativas elencadas no art. 59 da CRFB/88, elaboradas conforme o devido processo legislativo são hábeis a criar obrigações ao indivíduo. O indivíduo é, portanto, livre para fazer ou deixar de fazer qualquer coisa que não esteja prevista em lei.

• DIREITO À VIDA E À INTEGRIDADE FÍSICA

O inciso III tutela o direito fundamental à **vida** e à **integridade física**, repelindo as práticas incompatíveis com a vida e com a dignidade humana. A **tortura constitui crime**, e sua tipificação legal encontra-se na Lei nº 9.455/97. O artigo 1º da referida lei define o crime de tortura, nos seguintes termos

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminoso;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

• LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CENSURA

O pensamento, em si, é absolutamente livre. A **liberdade de expressão**, por sua vez, constitui fundamento essencial de uma **sociedade democrática**.

A manifestação do pensamento, embora livre, não pode ser feita de forma abusiva ou descontrolada. Os **excessos** porventura ocorridos no exercício indevido do direito à liberdade de expressão são **passíveis de apreciação pelo Judiciário**. A Constituição Federal assegura, de um lado, a livre manifestação do pensamento, e, por outro, determina a responsabilização por aquilo que é manifestado. Assim, veda-se o anonimato, ou seja, as pessoas são obrigadas a assumir a responsabilidade do que exteriorizam, não podendo esconder-se sob o anonimato.

O STF julgou a ADPF 187, que tinha por temática central a legitimidade da criminalização da chamada "Marcha da Maconha". À Unanimidade, e, sessão plenária, a Suprema Corte, "Julgou procedente pedido formulado em ação de descumprimento de preceito fundamental para dar, ao art. 287 do CP, com efeito vinculante, interpretação conforme a Constituição, de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos" (Informativo STF 631).¹⁰

A ADPF 187 foi proposta pelo Procurador Geral da República com o objetivo de se obter, no STF, resposta que vinculasse todos os tribunais e juízes do país, bem como a administração pública de todas as esferas no tocante à questão da "Marcha da Maconha", porquanto havia diversas interpretações a respeito do alcance do artigo 287 do CP no confronto com a pacífica transmissão, à sociedade, de convicções cidadãs contrárias à criminalização do uso da maconha. Em jogo estavam a previsão legal de "fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime" e a grande preocupação em se prestigiar a liberdade de expressão, essencial à democracia e à própria legitimidade de nossa República.

A questão demanda compreensão sistemática do artigo 287 do Código Penal. Isto porque o Sistema Jurídico Brasileiro, em sua totalidade, deve estar em harmonia com o texto da Constituição Federal e com os valores subjacentes ao modelo de Estado adotado a partir de 05 de outubro de 1988, data de promulgação da CF.

¹⁰ Utilizamos o caso da ADPF 187 para representar, com base na análise de disposição infraconstitucional pré-existente à CF/88, a revolução paradigmática pela qual passou o Estado brasileiro e como os vetores interpretativos que emanam da CF/88 podem nortear a postura do intérprete no contexto da liberdade de expressão e da censura. A polêmica em torno da temática da legalização das drogas serve de pano de fundo à compreensão do alcance da liberdade de expressão em uma sociedade democrática e pluralista.

Qualquer regra ou princípio, no âmbito infraconstitucional - como é o caso do Código Penal -, que não esteja de acordo com a Carta Magna é considerado inconstitucional e, portanto, inválido, impassível de aplicação prática.

Isso também vale no tocante às interpretações que possam ser atribuídas a esta àquela regra, a este ou àquele princípio. Qualquer interpretação que destoe da inspiração constituinte originária (ou derivada, em alguns casos), deve ser afastada porquanto inconstitucional, ilegítima, arbitrária.

O contexto no qual, hoje, está inserido o artigo 287 é indiscutivelmente outro daquele em que publicado o Código Penal. O Código Penal adentrou a sistema brasileiro no dia 07 de dezembro de 1940, por intermédio da publicação do Decreto-lei nº 2.848/40 e sob a égide da Constituição de 1937. Esta, outorgada via decreto presidencial no Governo Vargas, havia instituído o Estado Novo, com ímpares características: previsão de pena de morte em tempos de paz (artigo 122, 13), suspensão das imunidades parlamentares (artigo 169, especialmente o § 1º), supressão da liberdade partidária, censura prévia da imprensa, dos teatros e da radiodifusão (artigo 122, 15, "a"), etc.

O contexto democrático de hoje pouco se assemelha ao momento de edição do Código Penal. A clara e indiscutível inspiração democrática, presente no Preâmbulo da CF/88, a eloquente exposição das bases axiológicas nas quais se fundamenta esta República (CF, artigo 1º) e um de seus principais vetores direcionados à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, artigo 3º, I) permitem firmar a necessidade de adequação interpretativa ao artigo 287 do Código Penal.

Essa adequação interpretativa, na verdade, consubstancia-se numa legítima reconstrução de significado ao que está ou não proibido pela norma que emana da figura típica descrita no artigo 287 do Código Penal. A estrutura paradigmática é outra. O parâmetro de conformação do Sistema Jurídico é a CF/88 e seu amplíssimo conteúdo cidadão, democrático e pluralista.

A República Federativa do Brasil fundamenta-se no pluralismo político (CF, artigo 1º, V). O pluralismo político viabiliza o trâmite da pluralidade de ideias, aspirações, opiniões, interesses e forças da sociedade, que estão em permanente debate, em especial num país de proporções continentais, cuja população resulta de riquíssima e diversificada colonização. A essência do pluralismo político é a liberdade de exposição da mais variada gama de opiniões.

Além disso, a liberdade de expressão é direito fundamental (CF, artigo 5º, IV) protegido por cláusula de barreira (CF, artigo 60, § 4º, IV) condicionado, apenas, pela vedação ao anonimato e, obviamente, pelo conflito com direito fundamental de igual hierarquia que, eventualmente, com ele esteja em conflito.

Nesta sociedade pluralista, juridicamente capitaneada pela CF/88, que elenca a liberdade de expressão enquanto direito fundamental, o artigo 287 do Código Penal não tem a amplitude de outrora. A incidência do artigo 287 do CP está condicionada ao giro hermenêutico propiciado pela CF/88 e, conseqüentemente, ao pleno exercício da liberdade de expressão consubstanciada no artigo 5º, IV. Sedimentado nesta (pré) compreensão, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADPF 187.

A decisão foi tomada em controle concentrado de constitucionalidade. Portanto, dotada de efeito vinculante. A partir de então restou afastada, em todo o território nacional, qualquer inter-

pretação do artigo 287 do Código Penal que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos.

→ VEDAÇÃO AO ANONIMATO

De acordo com o art. 5º, IV da CF “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. O anonimato é vedado em nosso ordenamento jurídico justamente para possibilitar que qualquer pessoa seja responsabilizada pelos seus próprios atos, sempre que tais atos atinjam, minimizem ou menosprezem direitos fundamentais tais quais: **a)** o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (CF, art. 5º, V); e **b)** a inviolabilidade da honra e da imagem da pessoa, bem como o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (CF, art. 5º, X).

Não se está aqui a dizer que qualquer cidadão não seria parte legítima para denunciar, por exemplo, toda e qualquer irregularidade eventualmente praticada por agente público. O que deve ficar bem claro é que, diante da total vedação ao anonimato, explicitada como cláusula pétrea em nossa Constituição Federal (CF, art. 5º, IV, c/c art. 60, § 4º, IV), todo e qualquer cidadão pode – e deve – fiscalizar o fiel desempenho das atribuições por parte de agentes públicos (e com muito mais intensidade quando se trata de agentes políticos); só que, ao exercer a cidadania, na perspectiva da democracia de fiscalização, ativa e participativa, esse mesmo cidadão deve, por imperativo constitucional, identificar-se.

Denúncia anônima e investigação criminal: a 2ª Turma do STF, no julgamento do HC 99490/SP (rel. Min. Joaquim Barbosa, 23.11.2010) “indeferiu habeas corpus em que se pretendia o trancamento de ações penais movidas contra a paciente, sob a alegação de que estas supostamente decorreriam de investigação deflagrada por meio de denúncia anônima, em ofensa ao art. 5º, IV, da CF. Ademais, sustentava-se ilegalidade na interceptação telefônica realizada no mesmo procedimento investigatório. Reputou-se não haver vício na ação penal iniciada por meio de denúncia anônima, desde que seguida de diligências realizadas para averiguação dos fatos nela noticiados, o que ocorrido na espécie. Considerou-se, ainda, que a interceptação telefônica, deferida pelo juízo de 1º grau, ante a existência de indícios razoáveis de autoria e demonstração de imprescindibilidade, não teria violado qualquer dispositivo legal. Concluiu-se que tanto as ações penais quanto a interceptação decorreriam de investigações levadas a efeito pela autoridade policial, e não meramente da denúncia anônima, razão pela qual não haveria qualquer nulidade” (Informativo STF 610)

→ LIBERDADE DE IMPRENSA E CENSURA

O STF, por maioria, julgou procedente pedido formulado pelo PDT na ADPF 130 e declarou que a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) não foi recepcionada pela CF/88. De acordo com o Relator, Ministro Ayres Britto:

O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma CF: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direi-

to ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos 'sobre-direitos' de personalidade em que se traduz a 'livre' e 'plena' manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa" (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009).

→ LIBERDADE DE IMPRENSA X PROTEÇÃO À INTIMIDADE

O Mandado de Segurança 24832 foi impetrado contra ato do Presidente da CPI da Pirataria, que havia autorizado não só a permanência da imprensa no ambiente onde o impetrante prestaria esclarecimentos, mas também a utilização de câmeras de televisão e de quaisquer outros instrumentos de gravação ou transmissão de imagens.¹¹

Alegava-se que o ato impugnado perante o STF viabilizava franco desrespeito ao direito à honra e à imagem do impetrante, diante da iminente possibilidade de indevida e abusiva exposição na mídia (CF, artigo 5º, inciso X).

Em contraposição ao argumentado pelo impetrante, alegava-se que qualquer limitação de acesso da imprensa no recinto configuraria contrariedade à garantia constitucional que assegura o direito à informação, além de cerceamento do livre exercício de atividade de comunicação (CF, artigo 5º, incisos XIV e IX; artigo 220).

O Tribunal, por maioria, considerou prevaletentes a liberdade de informação jornalística e o direito à informação (CF, artigos 5º, IX, e 220). Entendeu que o impetrante não demonstrara circunstância que justificasse, de forma concreta, a necessidade de que sessão da CPI da Pirataria ocorresse com publicidade limitada. Salientou-se, por ocasião do julgamento, o fato de que eventual violação a direito individual seria passível de reparação por meio de ação de responsabilidade (CF, artigo 5º, inciso X).

Votaram vencidos os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, que consideravam não ser a restrição à publicidade ilegítima, pois tinha o objetivo de salvaguardar os direitos à honra, à imagem e à intimidade do impetrante e, sob suas óticas, não prejudicava o direito à

¹¹ Utilizamos este caso concreto para demonstrar a dinâmica da discussão travada na colisão entre direitos de personalidade (imagem, vida privada e honra) e a plena liberdade de informação jornalística.

informação (uma vez que não se impedia a presença da imprensa no recinto, mas somente o uso de câmeras que possibilitassem a gravação da imagem do impetrante). Ressaltaram, ainda, que o caso concreto evidenciava a necessidade de proteção do direito à honra, à imagem e à intimidade do impetrante de eventual abuso de exposição na mídia, cuja eficácia não seria possível, senão de forma preventiva.

A decisão do STF pode ser objeto de crítica, na medida em que, partindo do pressuposto da colisão entre direitos fundamentais de igual hierarquia, sopesou as circunstâncias fáticas do caso concreto e optou pela prevalência total de um em detrimento do outro, causando desprezo ao núcleo essencial daquele direito ao qual se atribuiu menor relevância.

A alternativa mais adequada, em harmonia com o postulado da proporcionalidade,¹² seria a proposta pelos três Ministros que votaram vencidos, ao sugerirem que o conflito entre direitos fundamentais demandava uma solução intermediária, qual seja: o ingresso da imprensa no recinto (em homenagem à livre informação jornalística e ao direito à informação), desde que desprovida de instrumentos que pudessem captar a imagem do impetrante (em respeito a seus direitos fundamentais de honra e imagem).

→ EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÍTICA

Segundo o STF, “Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de ‘imprensa’, sinônimo perfeito de ‘informação jornalística’ (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V. A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, locus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária do STF na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia de que a locução ‘humor jornalístico’ enlaça pensamento crítico, informação e criação artística.” (ADI 4.451-MC-REF, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 2-9-2010, Plenário, DJE de 1º-7-2011).

Destaque-se também trecho do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do RE 228177, ao analisar a questão da liberdade de imprensa e informação jornalística em relação a pessoas figuras públicas ou notórias:

É importante acentuar, bem por isso, que não caracterizará hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgar observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicular opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. Com efeito, a exposição de fatos e a veicula-

¹² A técnica da proporcionalidade permite que um direito em conflito se sobreponha a outro, ainda que de idêntica hierarquia, mantendo-se o núcleo essencial do direito cuja aplicabilidade é afastada. O âmbito de proteção de um direito cede passo à maior amplitude de outro.

ção de conceitos, utilizadas como elementos materializadores da prática concreta do direito de crítica, descaracterizam o “animus injuriandi vel diffamandi”, legitimando, assim, em plenitude, o exercício dessa particular expressão da liberdade de imprensa.

→ REGULAMENTAÇÃO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA

Decidiu o STF que:

O jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada. Isso implica, logicamente, que a interpretação do art. 5º, XIII, da Constituição, na hipótese da profissão de jornalista, se faça, impreterivelmente, em conjunto com os preceitos do art. 5º, IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral. (...) No campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5º, IV, IX, XIV, e o art. 220 não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, IX, da Constituição. A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação.¹³

• LIBERDADE DE CONCIÊNCIA E DE CRENÇA

A **liberdade de consciência** é de **foro íntimo**, interessando apenas ao indivíduo, e não está sujeita a qualquer forma de controle pelo Estado. Essa forma de liberdade **compreende a liberdade de crença**, que nada mais é que a liberdade de foro íntimo em questões de natureza religiosa. Assegura-se, assim, a liberdade de professar ou não alguma religião, de acreditar ou não em alguma divindade.

A Constituição assegura, na forma da lei, a exteriorização da liberdade de crença, qual seja, a **liberdade de culto**.

O inciso VII encerra um **direito subjetivo** daquele que se encontra internado em estabelecimento coletivo, cabendo ao Estado a materialização das condições para a prestação dessa assistência religiosa.

Tendo em vista a total liberdade religiosa assegurada pela Constituição, ninguém que se encontre nessa situação poderá ser obrigado a utilizar-se da assistência religiosa.

¹³ Jurisprudência do STF: Rp 930, Rel. p/ o ac. Min. Rodrigues Alckmin, DJ de 2-9-1977 (RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-6-2009, Plenário, DJE de 13-11-2009)