



DIREITO CONSTITUCIONAL

VERBO.APOSTILA

SUMÁRIO

1. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS	04
2. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	12
3. ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA	94
4. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	105
5. ORGANIZAÇÃO DOS PODERES	136
6. PODER EXECUTIVO	137
7. PODER LEGISLATIVO	141
8. PODER JUDICIÁRIO	149
9. FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA	175
10. DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS	182
11. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA	187

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

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Os princípios constitucionais, longe de ter feição meramente programática, detêm intensa força normativa e apresentam-se como bases de aplicação/conformação de todo o ordenamento jurídico e, de acordo com Humberto Ávila, “os princípios não apenas explicitam valores, mas, indiretamente, estabelecem espécies de premissas de comportamentos”.¹

Segundo Paulo Bonavides, “o princípio imprime força, respeito e consistência ética e jurídica às regras da Lei Maior, por ser, em sede de legitimidade, a norma das normas, a proposição das proposições, alicerçando o sistema, cimentando o regime e compondo o laço de unidade na hermenêutica das Constituições”.² Por isso que “a lesão a um princípio é, juridicamente, no constitucionalismo contemporâneo, a ofensa das ofensas”.³



● PRINCÍPIO REPUBLICANO

A República Federativa do Brasil é formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal e constitui-se em Estado Democrático de Direito (CF, artigo 1º, caput). Dentre os fundamentos da República brasileira encontra-se a soberania (CF, artigo 1º, inciso I).

Nossa forma de governo é a republicana. A República é a forma de governo que tem como principal característica eleição periódica do Chefe de Estado. A forma republicana de governo é um dos princípios constitucionais sensíveis (CF, artigo 34, inciso VII, “a”).

● PRINCÍPIO FEDERATIVO

O Estado Brasileiro é organizado mediante uma aliança de estados chamada Federação. Numa federação os estados ditos federados compõem um todo soberano. Entretanto, os mesmos estados federados não detêm soberania: a eles resta atribuída tão somente parte da autonomia política, como capacidade de auto-organização. Soberano é somente o todo resultante da junção de todos os estados federados: a República Federativa do Brasil.

Neste ponto é imprescindível reforçar a constatação de que é a República Federativa do Brasil o ente detentor de soberania. Não a União, pessoa jurídica de direito público interno. No plano do Direito Internacional é a República Federativa do Brasil quem celebra acordos e assina tratados, não a União Federal.

¹ ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 17.

² BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 92.

³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 130.

No Estado Unitário o Poder Legislativo é desempenhado por apenas um órgão. As leis são nacionais e destinam-se, em regra, a todo o território ocupado pelo Estado. Admite-se descentralização administrativa, mas sempre com subordinação hierárquica a uma autoridade central. Costuma-se dizer que o Estado Unitário é a forma mais comum de Estado.⁴

O Estado Federal é composto por Estados-membros que integram a federação desde que despidos do atributo da soberania. Difere do Estado Unitário essencialmente porque os Estados-membros, na federação, exercem o poder de editar leis e detêm autonomia para se auto organizar.⁵

Aos Estados-membros de uma federação, justamente por deterem a capacidade de auto-organização, cabe a prerrogativa de confeccionar as próprias Constituições. Exercem, em tais situações, Poder Constituinte. Entretanto esse poder é decorrente da Constituição da federação e, portanto, juridicamente limitado.

Há, contudo, a chamada regra da participação, que permite aos Estados-membros que tomem parte no processo de elaboração da vontade política da federação, intervindo com voz ativa nas deliberações de conjunto. Este é um marcante traço distintivo entre Estado-membro federado e um simples órgão administrativo descentralizado no Estado Unitário.

Por intermédio da regra da autonomia manifesta-se com toda a clareza o caráter estatal das unidades federadas. Podem elas estatuir uma ordem constitucional própria, estabelecer a competência dos três poderes que habitualmente integram o Estado e desempenhar uma imensa gama de poderes, prerrogativas e atribuições que estejam de acordo com a Constituição Federal.

Paulo Bonavides leciona que *“A posição dos Estados-membros no sistema federativo não se cifra apenas no desempenho de sua autonomia constitucional em matéria legislativa, executiva ou judiciária, senão que cumpre ver ao lado dessa autonomia aqueles pontos da organização federal em que os Estados federados aparecem por sua vez tomando parte ativa e indispensável na elaboração e no mecanismo da Constituição Federal”*.⁶

Essa “postura ativa e indispensável” decorre do exercício do poder legislativo em âmbito federal, por parte de um Estado-membro, a partir da participação nas deliberações parlamentares do sistema bicameral.

Vários Estados federados (Brasil, Estados Unidos e Argentina, por exemplos) adotam o bicameralismo, também chamado de legislativo dual: uma câmara composta por representantes do povo, normalmente eleitos pelo sistema proporcional, e uma câmara composta por representantes dos Estados, normalmente eleitos pelo princípio majoritário.

⁴ “Do ponto de vista da distribuição geográfica do poder, até final do século XVIII, não se conheceu senão o Estado Unitário. É dizer, aquele em que há um único centro irradiador de decisões políticas expressas em lei” (BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 96).

⁵ “Exsurge a Federação como a associação de Estados (Foedus, foederis) para formação de novo Estado (o federal) com repartição rígida de atributos da soberania entre eles. Informa-se seu relacionamento pela ‘autonomia recíproca da União e dos Estados, sob a égide da Constituição Federal’ (Sampaio Dória), caracterizadora dessa igualdade jurídica (Ruy Barbosa), dado que ambas extraem suas competências da mesma norma (Kelsen). Daí cada qual ser supremo em sua esfera, tal como disposto no pacto federal (Victor Nunes)” (ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 10).

⁶ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 185.

● PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

A concepção teórica de *Estado de direito* cumpre a missão de limitar o poder político para estabelecer o império do direito, o “governo das leis e não dos homens”, o que pode aparentar mero atrelar-se à “liberdade dos modernos” assente no distanciamento e na restrição do poder, na defesa contra o mesmo.

Por sua vez, a concepção teórica de *Estado democrático* busca um poder, uma ordem de domínio legitimada pelo povo na sua titularidade e no seu exercício, organizada e exercida em uma dinâmica que não se desvincula do povo (na formulação de Lincoln: governo do povo, pelo povo, para o povo), o que pode aparentar mero atrelar-se à “liberdade dos antigos”, amiga da convivência com o poder.

Ocorre, no entanto, que o *princípio constitucional democrático* renova estas concepções, ao estabelecer para a democracia uma dimensão substancial (legitimidade) e duas procedimentais (legitimação). A legitimidade está atrelada à prossecução concreta e participativa de determinados fins e valores positivados (Estado de direito democrático – renovação sensivelmente diversa da fórmula “para o povo”). A legitimação está vinculada a escolha dos governantes (teoria da democracia representativa) e a formas procedimentais de exercício do poder que permitem atuar em sua concretização e renovar o controle popular (teoria da democracia participativa).

A dimensão positivada pela Constituição da legitimidade demonstra que o atual Estado de direito limita o exercício não democrático do poder, assim como a democracia, em sua dimensão substancial, deslegitima o poder exercido contra os valores positivados pelo direito, contra o direito.

Estas facetas da democracia demonstram que esta constitui *princípio jurídico* informador, “impulso dirigente” do Estado e da sociedade, fundamento radical e funcional de qualquer organização do poder. Desdobra-se em diversas normas principiológicas: soberania popular, renovação dos titulares de cargos públicos, sufrágio universal, liberdade de propaganda, igualdade de oportunidades nas campanhas eleitorais, separação e interdependências dos órgãos de soberania, entre outros.

● PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A teorização sobre a necessidade da tríade de poderes foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “A Política”, detalhada, posteriormente, por John Locke, no “Segundo tratado do governo civil”, que também reconheceu três funções distintas.⁷

Todavia, segundo Paulo Bonavides, nem Aristóteles e nem Locke sugeriram independência ou separação dos poderes, o que somente ocorreu com Montesquieu, em O Espírito das Leis, “a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789”.⁸

⁷ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2000, p. 355.

⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2000, p. 355.

O princípio da separação dos poderes foi esquematizado, tal qual conhecemos, na Europa Continental do Século XVIII como técnica refratária ao poder absoluto. Com a separação dos poderes retirava-se a possibilidade de os monarcas editarem leis e constituía-se um ramo autônomo de poder, dotado de parcela de soberania porque fundamentado no discurso da participação popular, com a específica prerrogativa de elaborar leis. Esse ramo de poder era o Parlamento, órgão representativo pelo qual governados poderiam exercer alguma colaboração nos atos de governo.⁹

Aponta-se que na Europa, após a Revolução Francesa e a inauguração do conceito de Estado Moderno, o discurso da participação popular na direção dos destinos das nações atribuía mais legitimidade ao Parlamento do que ao próprio Executivo. Difundiu-se a figura do Parlamento como a mais pura conformação do governo do povo, pelo povo e para o povo.¹⁰

José Afonso da Silva afirma que, atualmente, o princípio da separação dos poderes não se configura mais com a rigidez que norteou a sua elaboração. Para ele, a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impõe nova visão, admitindo-se outras formas de relacionamento entre o Legislativo e o Executivo e destes com o Judiciário; fala-se agora não mais em “separação de poderes”, mas em “colaboração de poderes” no parlamentarismo e em “técnicas de interdependência orgânica” e “harmonia de poderes” no sistema presidencialista.¹¹

Com efeito, no constitucionalismo moderno surgiram técnicas de controle com o nítido objetivo de correção do rigorismo de uma rígida separação de poderes, implantada pela doutrina liberalista a partir de Montesquieu. As mais conhecidas e eficazes técnicas emergem da teoria de pesos e contrapesos.

O emprego dessas técnicas resulta presença do Executivo no Legislativo por meio do veto e da mensagem e, segundo alguns, da delegação.

No caso brasileiro, ao lado da independência, propugnou-se a harmonia entre os três poderes. Evidentemente que não bastaria a mera afirmação feita no artigo 2º da CF para que os poderes, independentes, fossem exercidos de forma harmônica. Por esta razão foram previstos, de maneira fluida em grande parte do texto constitucional, diversos dispositivos capazes de balizar todo o mecanismo de pesos e contrapesos idealizado pela Assembleia Nacional Constituinte.

O Presidente da República é julgado pelo Senado Federal nos crimes de responsabilidade (CF, artigo 52, inciso I), depois de aprovado o processo pela Câmara dos Deputados (CF, artigo 51, inciso I), funcionando como Presidente do procedimento o do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52, parágrafo único).

O Presidente do Supremo Tribunal Federal, por sua vez e assim como todos os demais Ministros daquela corte é julgado, nos crimes de responsabilidade, pelo Senado Federal (CF, art. 52, inciso II).

⁹ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 265-266.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 266.

¹¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 113-114.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do Banco Central somente são nomeados pelo Presidente da República após prévia aprovação pelo Senado Federal (CF, art. 84, inciso XIV).

O controle externo das finanças do Poder Executivo e do Poder Judiciário é realizado pelo Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União (CF, artigos 70 e 71).

O Presidente detém o poder de veto a projeto de lei ordinária se o considerar inconstitucional ou contrário ao interesse público (CF, artigo 66, § 1º). Todavia ao Legislativo restou atribuída a possibilidade de, por voto secreto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão conjunta, providenciar à derrubada do veto (CF, artigo 66, § 4º).

Medidas provisórias são passíveis de edição pelo Presidente da República, que deverá submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (CF, artigo 62, caput).

● PRINCÍPIOS NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

O artigo 4º da CF trata dos princípios a serem adotados pela República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais: independência nacional; prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos; não intervenção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos; repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; concessão de asilo político.

Como se percebe, existe importante conexão entre os tradicionais critérios de justiça entre os povos e os princípios que regem o Brasil nas relações internacionais. Essa mesma conexão pode ser verificada na comparação do texto constitucional com o preâmbulo da Carta das Nações Unidas (ONU):

*“Nós, os povos das Nações Unidas, decididos: a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço de uma vida humana, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade; a reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas; a estabelecer as condições necessárias à manutenção da justiça e do respeito das obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional; a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de um conceito mais amplo de liberdade; e para tais fins: a praticar a tolerância e a viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos; a unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais; a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada, a não ser no interesse comum; a empregar mecanismos internacionais para promover o progresso econômico e social de todos os povos; Resolvemos conjugar os nossos esforços para a consecução desses objetivos”.*¹²

¹² O artigo 11 da Carta das Nações Unidas contém regras específicas a respeito da proibição de luta armada: “1. A Assembleia Geral poderá considerar os princípios gerais de cooperação na manutenção da paz e da segurança internacionais, inclusive os princípios que disponham sobre o desarmamento e a regulamentação dos armamentos, e poderá fazer recomendações relativas a tais princípios aos membros ou ao Conselho de Segurança, ou a este e àqueles conjuntamente. 2. A Assembleia Geral poderá discutir quaisquer questões relativas à manutenção da paz e da segurança internacionais, que lhe forem submetidas por qualquer membro das Nações Unidas, ou pelo Conselho de Segurança, ou por um Estado que não seja membro das Nações Unidas, de acordo com o artigo 35, nº 2, e, com exceção do que fica estipulado no artigo 12, poderá fazer recomendações relativas a quaisquer destas questões ao Estado ou Estados interes-

Flávia Piovesan lembra que *“Na realidade, trata-se da primeira Constituição brasileira a consagrar um universo de princípios a guiar o Brasil no cenário internacional, fixando valores a orientar a agenda internacional do Brasil – iniciativa sem paralelo nas experiências constitucionais anteriores”*.¹³

A simetria com a tradição internacional e a Carta da ONU justifica, sem a necessidade de maiores ilações, os princípios da independência nacional, da igualdade entre os Estados e da não intervenção. A autodeterminação dos povos é, na verdade, o pressuposto, o pano de fundo, para a aceitabilidade de todos os princípios, dele logicamente decorrentes.

• PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

Para Flávia Piovesan,

*“a prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira.”*¹⁴

A partir da clara opção pela prevalência dos direitos humanos no cenário internacional (artigo 4º, inciso II), a CF torna o sistema jurídico brasileiro permeável aos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, permitindo afirmar que *“a partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal”*.¹⁵

• SOLUÇÃO PACÍFICA DOS CONFLITOS E DEFESA DA PAZ

Significam não lançar mão de luta armada. Este princípio está em total harmonia com o Preâmbulo da Carta das Nações Unidas (ONU), conforme mencionado acima.

Vale ressaltar que O artigo 11 da Carta das Nações Unidas contém regras específicas a respeito da proibição de luta armada, determinando que a Assembleia Geral possa considerar os princípios gerais de cooperação na manutenção da paz e da segurança internacionais, inclusive os princípios que disponham sobre o desarmamento e a regulamentação dos armamentos, e poderá fazer recomendações relativas a tais princípios aos membros ou ao Conselho de Segurança, ou a este e àqueles conjuntamente.

A Assembleia Geral poderá, também discutir quaisquer questões relativas à manutenção da paz e da segurança internacionais, que lhe forem submetidas por qualquer membro das Nações Unidas, ou pelo Conselho de Segurança, ou por um Estado que não seja membro das Nações Unidas, poderá fazer recomendações relativas a quaisquer destas questões ao Estado ou Estados interessados ou ao Conselho de Segurança ou a este e àqueles. Qualquer destas questões, para cuja

sados ou ao Conselho de Segurança ou a este e àqueles. Qualquer destas questões, para cuja solução seja necessária uma ação, será submetida ao Conselho de Segurança pela Assembleia Geral, antes ou depois da discussão. 3. A Assembleia Geral poderá chamar a atenção do Conselho de Segurança para situações que possam constituir ameaça à paz e à segurança internacionais”.

¹³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7 ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 37.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7 ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 40.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7 ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 40.

solução seja necessária uma ação, será submetida ao Conselho de Segurança pela Assembleia Geral, antes ou depois da discussão.

Ainda, a Assembleia Geral poderá chamar a atenção do Conselho de Segurança para situações que possam constituir ameaça à paz e à segurança internacionais.

• REPÚDIO AO TERRORISMO E AO RACISMO

O repúdio ao terrorismo e ao racismo, enquanto princípio que rege o Brasil nas relações internacionais, irradia-se pela própria Constituição e para todo o nosso sistema jurídico interno, pois o terrorismo¹⁶ deve, por imperativo constitucional, ser considerado crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, enquanto que a prática do racismo¹⁷ constitui-se em crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII e XLIII, CF).¹⁸

• COOPERAÇÃO ENTRE OS POVOS PARA O PROGRESSO DA HUMANIDADE

A cooperação entre os povos para o progresso da humanidade segue a tradição internacional do dever de assistência a outros povos que estejam vivendo condições desfavoráveis que não os permitam ter regimes políticos e sociais justos.

Os ideais humanitários têm fácil trânsito na comunidade internacional, mas é cada vez mais importante a efetiva ação por parte dos países não miseráveis, afinal:

“A maior tragédia de nosso tempo é que um sexto da humanidade nem está na escada do desenvolvimento. Um grande número de miseráveis da Terra está preso na armadilha da pobreza, incapaz de escapar por si mesmo da privação material extrema. Estão encurralados por doença, isolamento físico, estresse climático, degradação ambiental e pela própria miséria. Embora existam soluções para au-

¹⁶ “O repúdio ao terrorismo: um compromisso ético-jurídico assumido pelo Brasil, quer em face de sua própria Constituição, quer perante a comunidade internacional. Os atos delituosos de natureza terrorista, considerados os parâmetros consagrados pela vigente CF, não se subsumem à noção de criminalidade política, pois a Lei Fundamental proclamou o repúdio ao terrorismo como um dos princípios essenciais que devem reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII), além de haver qualificado o terrorismo, para efeito de repressão interna, como crime equiparável aos delitos hediondos, o que o expõe, sob tal perspectiva, a tratamento jurídico impregnado de máximo rigor, tornando-o inafiançável e insuscetível da clemência soberana do Estado e reduzindo-o, ainda, à dimensão ordinária dos crimes meramente comuns (CF, art. 5º, XLIII). A CF, presentes tais vetores interpretativos (CF, art. 4º, VIII, e art. 5º, XLIII), não autoriza que se outorgue, às práticas delituosas de caráter terrorista, o mesmo tratamento benigno dispensado ao autor de crimes políticos ou de opinião, impedindo, desse modo, que se venha a estabelecer, em torno do terrorista, um inadmissível círculo de proteção que o faça imune ao poder extradicional do Estado brasileiro, notadamente se se tiver em consideração a relevantíssima circunstância de que a Assembléia Nacional Constituinte formulou um claro e inequívoco juízo de desvalor em relação a quaisquer atos delituosos revestidos de índole terrorista, a estes não reconhecendo a dignidade de que muitas vezes se acha impregnada a prática da criminalidade política.” (Ext 855, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-8-2004, Plenário, DJ de 1º-7-2005.)

¹⁷ “Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (...) Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, ‘negrofobia’, ‘islamafobia’ e o antissemitismo.” (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.)

¹⁸ “Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o Estado Democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País”. (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004)

mentar suas chances de sobrevivência - seja na forma de novas técnicas agrícolas, medicamentos essenciais ou mosquiteiros que podem limitar transmissão da malária -, essas famílias e seus governos simplesmente não contam com os meios financeiros para fazer esses investimentos cruciais.”¹⁹

A Organização das Nações Unidas tem uma série de políticas voltadas à ajuda humanitária, à busca de melhores condições de vida nas localidades menos favorecidas, à proteção de minorias, ao combate à fome e à miséria.

• CONCESSÃO DE ASILO POLÍTICO

A concessão de asilo político refere-se apenas a crimes políticos, perante os quais não prosperam os Tratados de Extradicação (CF, artigo 5º, inciso LII). A concessão de asilo político é ato de soberania do Estado, está a cargo do Chefe do Executivo Nacional e dentro de seu âmbito de discricionariedade, cabendo ao STF analisar a legalidade da medida.

Um dos casos de maior repercussão nos últimos anos envolveu pedido, feito pela República Italiana, de extradicação de Cesare Battisti, condenado pela prática de quatro homicídios enquanto membro de organização revolucionária clandestina. A questão levada ao conhecimento do Plenário de nossa Suprema Corte era saber se os atos praticados por Battisti configuravam crime político ou de opinião. Acaso positiva a resposta, não seria possível a extradicação ante a proibição do art. 5º, inciso LII da CF, que determina que não será concedida a extradicação de estrangeiro por crime político ou de opinião.

Concluiu-se que os atos praticados por Battisti estariam configurados como crimes comuns, pois *“não configura crime político, para fim de obstar o acolhimento de pedido de extradicação, homicídio praticado por membro de organização revolucionária clandestina, em plena normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem nenhum propósito político imediato ou conotação de reação legítima a regime opressivo”* e, sendo assim, o caso *“não caracteriza a hipótese legal de concessão de refúgio, consistente em fundado receio de perseguição política, o pedido de extradicação para regular execução de sentenças definitivas de condenação por crimes comuns”*.²⁰

¹⁹ SACHS, Jeffrey D. **O fim da pobreza**: como acabar com a miséria mundial nos próximos vinte anos. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 46.

²⁰ Ext 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 16-12-2009, Plenário, DJE de 16-4-2010



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** (art. 5º § 1º, CF).

• 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.

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.²¹

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

21 “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)

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.

→ 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 concre-

to 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 heteroaferiva.” (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 criminosa;

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).²²

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.

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

²² 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.