

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

DANIELA GEREMIAS NUNES

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE LEI Nº 122/2006, À LUZ DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E
LIBERDADE RELIGIOSA**

CRICIÚMA

2012

DANIELA GEREMIAS NUNES

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE LEI Nº 122/2006, À LUZ DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E
LIBERDADE RELIGIOSA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Msc. Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto.

CRICIÚMA

2012

DANIELA GEREMIAS NUNES

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE LEI Nº 122/2006, À LUZ DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E
LIBERDADE RELIGIOSA**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
pela Banca Examinadora para obtenção do
Grau de Bacharel, no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense -
UNESC.

Criciúma, 14 de junho de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto - Mestre – (UNESC) - Orientador

Prof^a. Rosângela Del Moro - Especialista - (UNESC)

Prof. Danilo dos Santos Almeida - Mestre - (UNESC)

Dedico este trabalho aos meus pais, Jacira e Juarez, por todo apoio em minha trajetória estudantil e por lutarem junto comigo para a conclusão desta difícil etapa de minha vida.

À minha irmã Aline, pelos conselhos e pela amizade. Ao meu namorado Rafael, pelo carinho e paciência.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo agradeço a Deus por me proporcionar toda força espiritual para seguir em frente em minha jornada, por me dar esperança e determinação a cada dia de minha vida.

Agradeço aos meus pais por todo apoio, pelo suporte emocional e pela confiança depositada. Sou grata pela força em todos os momentos de angústia, pelas palavras amigas de conforto e, principalmente, por me mostrarem os caminhos retos a seguir na vida.

À minha irmã Aline pela amizade e por todos os conselhos nas horas difíceis.

Ao meu namorado Rafael que, a cada dia, esteve ao meu lado com toda sua paciência e carinho, dando-me forças para concluir esta difícil etapa.

Agradeço aos meus amigos e colegas pelos anos de amizade e companheirismo, pelas horas de lazer e pelo auxílio nos momentos de sufoco.

A todos os educadores que passaram por minha trajetória estudantil, desde o ensino fundamental ao superior, por colaborarem com minha formação ética e educacional.

Ao professor Maurício que me auxiliou com muito esmero e dedicação na elaboração deste importante trabalho. Agradeço pelas conversas, reflexões, conselhos e principalmente pela amizade que construímos além das barreiras existentes entre aluno e professor.

Aos ilustres professores Danilo e Rosângela por aceitarem, sem hesitar, meu convite para participar da avaliação deste importante trabalho acadêmico, que conclui minha primeira passagem pelo curso de Direito.

Ao Colégio São Bento por iniciar minha formação estudantil, preocupando-se sempre em formar cidadãos íntegros e de caráter.

À instituição de ensino UNESC, por proporcionar um ambiente sadio de aprendizagem, onde encontrei pessoas que marcarão minha vida para sempre.

Aos Juízes de Direito Giancarlo Bremer Nones e Gabriela Gorini Martignago Coral por contribuírem com uma parcela essencial de minha formação e me abrirem as primeiras portas para a realização do meu sonho de ingressar na Magistratura.

Sou grata a todos aqueles que torcem por meu sucesso e minha realização profissional.

Obrigada!

“Liberdade, essa palavra que o sonho humano alimenta, que não há ninguém que explique e ninguém que não entenda”.

Cecília Meireles

RESUMO

O presente estudo teve como objetivo principal analisar se o Projeto de Lei nº 122/2006, que visa criminalizar a prática da homofobia, possui algum vício de constitucionalidade, tendo em vista a possível afronta aos princípios constitucionais de liberdade de expressão e liberdade religiosa. A pesquisa resultou em três capítulos elaborados pelo método de abordagem dedutivo e método de procedimento teórico e bibliográfico, através de consultas em doutrinas consagradas, legislação vigente e jurisprudência dominante. O primeiro capítulo consistiu em um estudo sobre os princípios jurídicos e a teoria geral dos direitos fundamentais. Em seguida, o segundo capítulo fez uma abordagem de dois direitos fundamentais em espécie: liberdade de expressão e liberdade religiosa. Por fim, o terceiro capítulo trouxe uma análise específica do projeto de lei em questão, bem como um estudo do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em casos análogos, e ainda o possível impacto social com a aprovação do referido projeto. O estudo trouxe a conclusão de que não há inconstitucionalidade quando o exercício da liberdade de expressão é limitado para que se possa proteger outros bens jurídicos tutelados, a saber, a igualdade, a dignidade humana e a liberdade de crença e convicções, o que leva a crer que o Projeto de Lei nº 122/2006 não traz qualquer afronta à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Palavras-chave: Projeto de Lei Complementar nº 122/2006. Homofobia. Inconstitucionalidade. Liberdade de expressão. Liberdade religiosa.

ABSTRACT

The present study aimed to analyze if the Law Project No. 122/2006, which seeks to criminalize the practice of homophobia, has some vice of constitutionality, with a view to possible affront to the constitutional principles of freedom of expression and religious freedom. The research resulted in three chapters prepared by the method of deductive approach and method of procedure and theoretical literature, through consultation enshrined in doctrines, legislation and case law ruling. The first section consisted of a study on legal principles and general theory of fundamental rights. Then the second chapter has two fundamental approach in kind: freedom of expression and religious freedom. Finally, the third chapter brought a specific analysis of the bill in question, and a study of the positioning of the Supreme Court in similar cases, and also the possible social impact with the approval of that project. The study came to a conclusion that no unconstitutional when the exercise of freedom of expression is limited so that we can protect other legally protected interests, namely, equality, human dignity and freedom of belief and convictions, which suggests that the Law Project No. 122/2006 does not bring any affront to the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988.

Keywords: Bill of Complementary Law No. 122/2006. Homophobia. Unconstitutional. Freedom of expression. Religious freedom.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§ - Parágrafo

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

Inc. – Inciso

CF – Constituição Federal

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

LGBT – Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros/Transexuais

PLC – Projeto de Lei da Câmara

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS	14
2.1 REGIME JURÍDICO DAS NORMAS	14
2.1.1 O que são normas	14
2.1.2 Diferença entre regras e princípios jurídicos	15
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	18
3 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
3.1 HISTÓRICO	27
3.2 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
3.3 CARACTERÍSTICAS	30
3.4 FUNÇÕES	37
3.5 TITULARIDADE	39
3.6 LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	42
3.7 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	48
4 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESPÉCIE – LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE RELIGIOSA	51
4.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO	51
4.1.1 Conceito	51
4.1.2 Sujeitos	54
4.1.3 Abrangência	56
4.1.4 Limitações à liberdade de expressão	56
4.2 LIBERDADE RELIGIOSA	63
5 ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 122/2006	68
5.1 SÍNTESE DO PROJETO	68
5.2 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DOS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE EXPRESSÃO	73
5.2.1 Caso Ellwanger	74
5.2.2 Marcha da Maconha	80
5.3 IMPACTO SOCIAL DA APROVAÇÃO DO PROJETO	83
6 CONCLUSÃO	88
REFERÊNCIAS	89
ANEXO A - Projeto de Lei nº 122 de 2006	93

1 INTRODUÇÃO

A violência urbana traz, a cada dia, novas vítimas.

Atualmente, tem-se visto o aumento dos crimes cometidos contra homossexuais, que vão desde os crimes contra a honra – calúnia, injúria e difamação-, às cruéis práticas de lesão corporal, tortura e homicídio.

A fim de alertar a população, o Grupo Gay da Bahia – GGB, principal representante da classe GLBT divulga em seu site – <http://www.ggb.org.br> – um relatório anual de assassinatos cometidos contra os homossexuais. Em sua última atualização o grupo divulgou números assustadores para o ano de 2010:

Foram documentados 260 assassinatos de gays, travestis e lésbicas no Brasil no ano passado, 62 a mais que em 2009 (198 mortes), um aumento 113% nos últimos cinco anos (122 em 2007). Dentre os mortos, 140 gays (54%), 110 travestis (42%) e 10 lésbicas (4%). O Brasil confirma sua posição de campeão mundial de assassinatos de homossexuais: nos Estados Unidos, com 100 milhões a mais de habitantes que nosso país, foram registrados 14 assassinatos de travestis em 2010, enquanto no Brasil foram 110 homicídios. O risco de um homossexual ser assassinado no Brasil é 785% maior que nos Estados Unidos. Neste ano o GGB outorgou o troféu Pau de Sebo ao Deputado Jair Bolsonaro na condição de maior inimigo dos homossexuais no Brasil, considerando que sua cruzada antigay estimula crimes homofóbicos. (GGB, 2011).

Além dessa forma de violência, o mercado de trabalho tem fechado portas à classe homossexual.

Por conta disso, e diante da necessidade de a legislação brasileira evoluir junto com o avanço da sociedade, a Deputada Federal Iara Bernardi elaborou o Projeto de Lei nº 122/2006 (número atual para tramitação no Senado Federal) – Criminalização da Homofobia, que, após aprovação na Câmara dos Deputados na data de 23 de novembro de 2006, onde tramitou com o nº 5.003/2001, foi encaminhado ao Senado Federal para análise, onde se encontra atualmente, pendente de votação.

Em suma, o referido projeto visa criminalizar a prática de atos que caracterizem o preconceito contra a orientação sexual, inclusive as manifestações de pensamento, sejam elas de ordem moral, ética, filosófica ou de fé.

O projeto de lei trouxe ao cenário social brasileiro discussões que levam em conta a possível infração aos direitos fundamentais de liberdade de expressão e

liberdade religiosa, postulados constitucionalmente assegurados pela Carta Magna de 1988.

Os grupos religiosos, liderados especialmente pelo Pastor Silas Malafaia, da AVEC - Associação Vitória em Cristo – <http://www.avec.gov.br> -, veem no projeto uma literal afronta à Constituição Federal, uma vez que teriam sua liberdade de expressão cerceada, ficando impedidos de manifestar seus discursos de fé que, baseados em passagens bíblicas, mostram a prática da homossexualidade como pecado – infração a preceitos religiosos de sua fé. O Pastor Silas menciona em seus depoimentos públicos que impedir uma crítica é ir de encontro com o que visa um Estado Democrático.

Baseado nessa discussão, o presente trabalho buscou analisar se há inconstitucionalidade no Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006, no que diz respeito à possível afronta aos princípios constitucionais de liberdade de expressão e liberdade religiosa.

A pesquisa resultou em três capítulos elaborados pelo método de abordagem dedutivo e método de procedimento teórico e bibliográfico, através de consultas em doutrinas consagradas, legislação vigente e jurisprudência dominante.

O primeiro capítulo consiste em um estudo aprofundado acerca dos princípios jurídicos, trazendo um apanhado geral dos conceitos dados pelos doutrinadores, as suas características e funções. Em seguida, estuda-se a teoria geral dos direitos fundamentais, trazendo informações que vão desde o histórico – surgimento, evolução etc. – às suas principais características e outros aspectos relevantes para o tema, como os casos de colisão de direitos fundamentais.

Em seguida, o segundo capítulo faz uma abordagem específica dos dois direitos fundamentais em espécie que se tem discutido, a saber, liberdade de expressão e liberdade religiosa, observando-se os principais aspectos trazidos pela doutrina majoritária.

Por fim, o terceiro capítulo traz uma análise minuciosa do projeto de lei em questão, bem como um estudo do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em casos análogos – Caso Ellwanger e Marcha da Maconha, finalizando com uma abordagem acerca dos possíveis reflexos que a aprovação do projeto poderá trazer ao cenário social brasileiro.

2 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

2.1 REGIME JURÍDICO DAS NORMAS

2.1.1 O que são normas

“O ordenamento jurídico (como todo sistema normativo) é um conjunto de normas”, o que leva a crer que não deve haver ordenamento jurídico composto de uma única norma. (BOBBIO, 1999, p. 31).

A necessidade de haver pluralidade de normas advém do fato de existirem inúmeras relações humanas passíveis de regulamentação pelo Direito e, sendo as normas jurídicas a expressão formal do Direito, é ele que disciplina as condutas ideais para o convívio em sociedade. (VASCONCELOS, 1993).

Como regulamentadoras do comportamento social, as normas estabelecem proibições, obrigações e permissões, sendo que o descumprimento, na maioria das vezes, leva à aplicação de sanções negativas. (DIMOULIS, 2010).

Vasconcelos (1993, p. 12) traz ainda a seguinte definição:

O Direito é, pois, uma ordem normativa. Um sistema hierárquico de normas, para empregar a expressão de Kelsen. Suas partes se integram na formação de um todo harmônico, com interdependência de funções. Cada norma ocupa posição intersistemática, única para a espécie. A essa ordem, assim estruturada, denomina-se ordenamento jurídico.

As normas manifestam-se como um “dever ser” de conduta humana, por meio das proibições, obrigações e permissões. Assim, com esse conjunto de expressões chamadas deônticas, o homem cria tipos de relações com os outros homens na forma de coordenação e subordinação, com a finalidade de organizar os comportamentos coletivamente, delimitando o exercício de poder. (FERRAZ JUNIOR, 2003). Nesse sentido, podemos concluir que, de certa forma, a relação entre as normas e os homens determina a relação dos homens entre os homens.

Todas as normas derivam de uma norma fundamental. Kelsen (1960 apud FERRAZ JUNIOR, 2003) afirma que o significado objetivo que a norma confere ao comportamento se localiza sempre em alguma norma, da qual a primeira depende, devendo o jurista caminhar de uma norma para outra num circuito, até que chegue à primeira das normas: a norma fundamental. “O direito é assim, para ele [Kelsen], um

imenso conjunto de normas, cujo significado sistemático cabe à ciência jurídica determinar”. (KELSEN, 1960 apud FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 99).

Ainda acerca da teoria da norma fundamental de Hans Kelsen (apud DIAS, 2010), o autor juspositivista ressalta que a norma fundamental é que dá validade às demais normas. A norma fundamental kelsiana é válida por ser um pressuposto de todo processo jurídico positivo.

Também abordando a obra de Hans Kelsen, Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 1-2), asseveram que a norma fundamental, em um de seus vários sentidos, é a norma que “numa determinada comunidade política, unifica e confere validade às suas normas jurídicas, as quais, em razão e a partir dela, se organizam e/ou se estruturam em sistema”. (KELSEN, 1962 apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1-2).

Por outro lado, existe a necessidade de interpretação das normas jurídicas, tendo em vista seu conteúdo aberto e alto grau de abstração, principalmente quando se fala em normas de direitos fundamentais. Por esse motivo, o intérprete jurídico passa a ter função essencial para a fixação dos seus conteúdos. Assim, a interpretação da norma passa a ser identificada por um processo que pode ser dividido em três ou quatro fases. Em casos fáceis, a primeira fase constitui-se na verificação do significado linguístico do texto; a segunda é a identificação do conteúdo; e a terceira é a configuração da norma como princípio ou regra. Em casos difíceis, o processo interpretativo não finda na terceira fase, demandando uma quarta fase: a atribuição de um significado a partir de uma análise valorativa [discricionária] do intérprete. (FERNANDES; BORGES, 2010).

Por fim, conforme leciona Bonavides (2011), as normas compreendem regras e princípios, à medida que as normas são o gênero e as regras e os princípios as espécies do gênero, sendo necessária a distinção entre ambas as espécies.

2.1.2 Diferença entre regras e princípios jurídicos

O estudo da teoria dos direitos fundamentais traz a distinção entre regras e princípios. Existem teses de efeitos contundentes – princípios e regras são diferenciados de forma qualitativa e exhaustiva; e teses de efeitos sutis – distinção gradual. Na opinião de Fernandes e Borges (2010), a primeira distinção é adotada

por autores como Alexy e Dworkin e a segunda por autores como Esser, Larenz e Canari.

A distinção entre regras e princípios constitui, nas palavras de Alexy (2008, p. 86)

[...] a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

O autor alemão assevera que tanto as regras quanto os princípios são normas por expressarem um “dever ser”, sendo que ambos podem ser formulados por expressões deônticas como permissão e proibição. “A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”. Para ele a diferença entre princípios e regras deve ser feita por critérios qualitativos. (ALEXY, 2008, p. 87).

Alexy (2008) começa a distinção de princípios e regras pelo mais clássico dos critérios: a generalidade. Nesse sentido, tem-se que os princípios tem alto grau de generalidade, enquanto as regras tem um grau de generalidade relativamente baixo.

Esse critério de diferenciação também é abordado por Mendes, Coelho e Branco, ao citarem o jurista Marcel Stati (STATI, 1927 apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 31):

[...] aquilo que caracteriza particularmente um princípio – e isto constitui sua diferença com a regra de direito [...] – é, de um lado, a falta de precisão e, de outro a **generalização e abstração ilógica**. (sem grifos no original).

Seguindo na teoria de Alexy (2008), o autor vê os princípios como *mandamentos de otimização*, a serem satisfeitos gradualmente dependendo das limitações e possibilidades fáticas e jurídicas, à medida que as regras são sempre satisfeitas ou não, não havendo graus variados de satisfação quando da sua aplicação.

Acerca dos efeitos produzidos, o autor traz à tona a *lei da colisão*. Quando há colisão de princípios, um deles deve ceder, prevalecendo aquele de maior peso no caso concreto, sem que o outro perca sua validade. No caso das regras, o conflito não se resolve por questões de “peso”, pois cada norma estatui

uma obrigação definitiva, não sendo uma superável à outra. Nesse sentido, o conflito de regras se resolve apenas de duas formas: (i) uma é declarada inválida; (ii) ambas permanecem válidas se uma delas possuir uma *cláusula de exceção*. Dessa forma, as regras são aplicadas segundo uma dimensão de validade. (ALEXY, 2008).

Existe ainda a diferenciação em razão do caráter *prima facie* dos princípios. Esses determinam que algo seja realizado da melhor forma possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes sem, no entanto, dar um mandamento definitivo. No caso das regras, o caráter *prima facie* não prevalece, à medida que elas exigem exatamente o que deve ser feito de forma definitiva, exceto quando em seu conteúdo houver uma cláusula de exceção. (ALEXY, 2008).

Compartilhando a tese acerca do caráter *prima facie* dos princípios, Ávila (2011) traz uma diferenciação semelhante nesse sentido, o que ele chama de “critério da natureza do comportamento prescrito”. Nesse sentido, ele assevera que os princípios são *normas imediatamente finalísticas*, as quais prescrevem um ideal a ser promovido quando da adoção de determinados comportamentos. Por outro lado, as regras são definidas como *normas mediatemente finalísticas*, prescrevendo com maior exatidão o comportamento devido.

Para entender esse último critério de diferenciação é essencial trazer em pauta a tese de Ronald Dworkin (2002), no que tange à diferenciação dos princípios das regras, em torno de sua aplicação. Ele menciona que os princípios contêm somente fundamentos a serem seguidos pelas autoridades públicas, direcionando uma decisão. Ele trata os princípios pela dimensão de peso ou importância. Já as regras são aplicadas à maneira “tudo-ou-nada”. Nesse caso, verifica-se se a regra é válida, e assim ela fornecerá uma resposta a ser aceita. Sendo inválida, em nada contribuirá para a decisão final.

Além da diferenciação dos princípios das regras pelo critério da natureza do comportamento prescrito, Ávila (2011) traz a distinção pelo critério da justificação exigida, no sentido de que as regras assumem um caráter *primariamente retrospectivo*, pois descreverem uma situação de fato já conhecida pelo legislador, e os princípios possuem um caráter *primariamente prospectivo*, porquanto idealizam um estado de coisas a ser construído.

Ávila (2011) ainda distingue as espécies normativas pelo critério de contribuição para a decisão, sendo que os princípios apenas contribuem para solução final do conflito, porquanto não têm a pretensão de dar o resultado exato, o

que o autor denomina de *normas primariamente complementares e preliminarmente parciais*. Em contraposição, as regras têm a pretensão de solucionar definitivamente o problema, razão pela qual elas abrangem os aspectos mais relevantes e específicos para a tomada de decisões, o que leva a uma solução quase exata para o caso, sendo as regras denominadas de *normas preliminarmente decisivas e abarcantes*.

Em concluindo sua tese de diferenciação das regras dos princípios, (2011, p. 78-79) formula dois conceitos:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demanda uma avaliação da correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Por fim, as principais diferenças entre os princípios e as regras podem ser satisfeitas, aos critérios Canotilho (2002, p. 1146-1147), pelo (a) *grau de abstração*, onde as normas possuem grau de abstração superior ao das regras; (b) *grau de determinabilidade*, onde, quando aplicados ao caso concreto, os princípios são vagos e indeterminados, à medida que as regras possuem aplicação imediata; (c) *caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes do direito, sendo que os princípios possuem “papel fundamental no ordenamento jurídico em razão de sua posição hierárquica no sistema das fontes” e “importância estruturante dentro do sistema jurídico”; (d) *proximidade* da ideia de direitos; onde os princípios têm conteúdo formulado sob a ideia de justiça (Dworkin) e direito (Larenz), à medida que as regras têm caráter “meramente funcional”; e (e) *natureza normogênética*, porquanto os princípios trazem a fundamentação jurídica das regras – natureza normogênética fundamentante.

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Os princípios constitucionais são fundamentos do Estado de Direito, assegurados, primeiramente, no Título I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL-A, 2012).

De forma geral, os princípios estruturam um sistema de ideias, pensamentos ou normas por meio de uma ideia central, uma *baliza normativa*, de onde derivam as demais ideias, pensamentos ou normas. (ESPÍNDOLA, 2002).

Espíndola (2002) traz o conceito de princípio para o campo da Ciência Jurídica, ressaltando que o seu uso é aplicado para formulação de conceitos dogmáticos, determinando tipos de normas jurídicas ou estabelecendo postulados teóricos.

Compartilhando este pensamento, Barroso (1999, p. 142-143) leciona que os princípios constitucionais são “a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica”, os quais indicam o ponto de partida, porquanto se constituem nas premissas básicas do ordenamento jurídico.

Conforme bem anotado Bastos (2002, p. 57):

Os princípios constituem ideias gerais e abstratas, que expressam em menor ou maior escala todas as normas que compõem a seara do direito. Poderíamos mesmo dizer que cada área do direito não é senão a concretização de certo número de princípios, que constituem o seu núcleo central. Eles possuem uma força que permeia todo o campo sob seu alcance. Daí por que todas as normas que compõem o direito constitucional devem ser estudadas, interpretadas, compreendidas à luz desses princípios. Quanto os princípios consagrados constitucionalmente, servem, a um só tempo, como objeto da interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa, como guias a nortear a opção de interpretação.

Nesse sentido, o autor observa que os princípios constituem o núcleo central do ordenamento jurídico, pois todas as áreas do Direito são o resultado da concretização dos princípios. Por esse motivo, as normas devem ser compreendidas levando em conta todos os princípios jurídicos e, principalmente, os que deram origem à norma objeto de interpretação, uma vez que os princípios são a mais importante ferramenta da hermenêutica constitucional.

Há que se trazer também um dos mais importantes conceitos de princípios, este formulado por Bandeira de Mello (2000, p. 68), onde o princípio é tratado como a base no sistema normativo, essencial para a compreensão de todo o ordenamento jurídico:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce deste, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas comparando-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Bonavides (2011), ao estudar a sua normatividade, traz importantes conceitos de princípio. A começar pela tese formulada por Luís-Diez Picazo, este menciona que os princípios são *verdades objetivas*, dando características como *normas jurídicas dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade*. Além disso, assevera que os princípios servem de inspiração para a formulação de leis e normas.

Bonavides (2011, p. 256-257) traz em sua obra ainda o conceito de princípios formulado pela Corte Constitucional Italiana, no ano de 1956, o qual menciona que eles são orientações e diretrizes de caráter geral e fundamental, “que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas”, formando o ordenamento jurídico.

Importante mencionar ainda que a normatividade dos princípios pôde ser vista no conceito trazido por Crisafulli (1952 apud BONAVIDES, 2011, p. 257):

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Não obstante os conceitos acima descritos, baseados na normatividade dos princípios, estes precisaram passar por três distintas fases até serem reconhecidos, de fato, pela doutrina e jurisprudência autóctones, como normas jurídicas. Essas fases são conhecidas como: jusnaturalista, positivista e pós-positivista.

Na fase jusnaturalista, os princípios eram tidos pelos preceitos da reta razão. Eram considerados como axiomas jurídicos, representando ideais de justiça. Autores como Joaquín Arces e Flórez-Valdés (apud BONAVIDES, 2011, p. 261) os conceituam como “um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana”.

Já na fase juspositivista, os princípios já podiam ser encontrados nos Códigos, uma vez que eram tratados como fonte subsidiária do Direito. Nessa fase, verifica-se que o caráter normativo dos princípios começa a ganhar força. (BONAVIDES, 2011)

Por fim, a fase pós-positivista veio definitivamente tratar os princípios como direito, como norma. Antes, os princípios eram utilizados apenas como fundamento, sem, no entanto, impor qualquer obrigação legal. Com o pós-positivismo, os princípios passam a ter força normativa. É assim que eles deixam de ser tão somente *ratio legis* – fundamentos do direito - passando a ser tratados como *lex*. (BONAVIDES, 2011).¹

Viu-se anteriormente que os princípios são tratados, pela maior parte da doutrina, como subespécie de norma. Ao diferenciar os princípios das regras (outra subespécie de norma), pudemos observar algumas importantes características dos princípios jurídicos, aos quais retomamos, em síntese: Os princípios expressam um “dever ser” de conduta, possuem alto grau de generalidade e são *mandamentos de otimização*. Além disso, possuem um caráter *prima facie* e, em caso de colisão, resolve-se o problema por dimensões de peso. Estudou-se que os princípios possuem um caráter *primariamente prospectivo* e consistem em normas *primariamente complementares e preliminarmente parciais*. Os princípios possuem ainda alto grau de abstração, são vagos e indeterminados, possuem papel fundamental no ordenamento jurídico e importância estruturante. Além disso, os princípios têm conteúdo formulado sob a ideia de justiça (Dworkin) e direito (Larenz), e possuem *natureza normogênica*.

Das características acima apontadas, a que mais esclarece a diferença entre princípios e regras é a que se extrai quando o aplicador se depara com o problema da colisão. O tema é de real importância, merecendo maiores divagações.

¹ Nesse sentido, é lícito mencionar Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que menciona expressamente o caráter normativo e cogente dos princípios no âmbito do pós-positivismo, adotando exatamente a doutrina constitucionalista mais hodierna que reconhece sua normatividade:

[...] 5. O Sistema Jurídico hodierno vive a denominada fase do pós-positivismo ou Estado Principiológico na lição de Norberto Bobbio, de sorte que, na aplicação do direito ao caso concreto, é mister ao magistrado inferir a *ratio essendi* do princípio maior informativo do segmento jurídico *sub judice*. 6. Conseqüentemente, a aplicação principiológica do direito implica em partir-se do princípio jurídico genérico ao específico e deste para a legislação infraconstitucional. [...]. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 734541, Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 02 fev. 2006).

Como visto, à medida que o conflito de regras é resolvido, em nível de decisão individual, por meio de critérios objetivos de cronologia, hierarquia e especialidade, o conflito de princípios é resolvido por dimensões de peso e importância. Nesse caso, há que se escolher qual dos princípios colidentes tem melhor aplicação no caso concreto sem, no entanto, mitigar a validade do outro (FARIAS, 2000).

Nessa seara, Alexy (2008, p. 93-94) faz estudo detalhado, onde trata do procedimento a se adotar para resolver a questão da colisão. Conforme se extrai de sua obra:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, é permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, **o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições**. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, **os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência**. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão de peso. (sem grifos no original).

Portanto, tendo dois princípios em evidente colisão, há que se analisar qual precede – qual deles é prioridade em face do outro - atribuindo para isso determinadas condições, bem como dimensões de peso. Há que se ressaltar que nenhum dos princípios colidentes goza de precedência – prioridade - absoluta, razão pela qual se faz necessário atribuir as condições e analisar os princípios sob um caso concreto.

Como as características são inúmeras a autora Rocha (1994) elaborou estudo trazendo 12 importantes classificações que evidenciam a natureza constitucional dos princípios jurídicos, a saber, I) generalidade; II) primariedade; III) dimensão axiológica; IV) objetividade; V) transcendência; VI) atualidade; VII) poliformia; VIII) vinculabilidade; IX) aderência; X) informatividade; XI) complementariedade; e XII) normatividade jurídica.

A **generalidade** significa que os princípios constitucionais “não pontuam com especificidade e minudência hipóteses concretas de regulações jurídicas”, ou seja, não trazem uma orientação específica para casos reais, mas diretrizes a serem

seguidas de acordo com a situação fática e jurídica que se encontra. A importância fundamental da generalidade é de manter os princípios atualizados de acordo com o período em que a sociedade se encontra, na medida de suas necessidades e aspirações. (ROCHA, 1994, p. 29).

A **primariedade** demonstra que dos princípios constitucionais são primários, donde derivam outros princípios (subprincípios). A primariedade pode ser histórica, jurídica, lógica e ideológica. (ROCHA, 1994).

A **dimensão axiológica** esclarece que os princípios constitucionais são dotados de conteúdo ético, sem que se caracterizem axiomas jurídicos ou verdades absolutas. “Os princípios constitucionais [...] têm historicidade e engajam-se em uma ideia de Direito formulada a partir e segundo um ideal de Justiça que determinado povo anima e busca fazer concreto”. (ROCHA, 1994, p. 34).

Apesar de serem gerais, têm-se a característica da **objetividade** dos princípios constitucionais. Essa característica impede a extração livre de sentidos dos princípios - ou a pluralidade de significados - de acordo com as vontades do aplicador do direito:

É que a objetividade dos princípios constitucionais exclui, por evidente, qualquer traço de subjetividade, por terem eles conteúdo próprio e identidade singular revelados na interpretação e na aplicação que a prática constitucional impõe. (ROCHA, 1994, p. 33).

A característica de **transcendência** nada mais é do que a forma que os princípios vão além da sua função “normativa constitucional formal”, funcionando ainda como diretriz política, legislativa, administrativa e jurisdicional. (ROCHA, 1994).

Já a **atualidade** é a forma de harmonizar o conteúdo jurídico dos princípios com as necessidades do povo. Por meio da hermenêutica constitucional, os princípios se modificam, se atualizam, sem necessidade de se recriar seu conteúdo formal. (ROCHA, 1994).

Tendo em vista a necessidade de atualização dos princípios, advém a característica denominada **poliformia**. Nesse caso eles sofrem um processo de mutação “para se adaptarem às novas contingências sociais apresentadas e sedimentadas”. Conforme menciona a autora, “A mutação havida no Direito é que substancia um novo entendimento a ser nele vislumbrado e observado normativa e imperativamente”. (ROCHA, 1994, p. 39).

Os princípios constitucionais possuem ainda características de **vinculabilidade** e **aderência**. Essas características são mais uma forma de harmonizar o ordenamento jurídico. A vinculabilidade é a característica que determina que “todas as regras do sistema constitucional, bem como todas as normas que compõem o ordenamento jurídico, se liguem ao quanto principiologicamente definido”. Já a característica da aderência “impossibilita que qualquer regulamentação jurídica ou qualquer comportamento institucional do Estado ou individual dos membros da sociedade política excepcionem-se das diretrizes vinculantes neles traçadas”. (ROCHA, 1994, p. 39-40).

A **informatividade** nada mais é do que a característica que demonstra que os princípios constitucionais “fazem-se fonte de todas as ordenações jurídicas”, ou seja, os princípios são a base, o princípio, de toda a estrutura normativa. (ROCHA, 1994, p. 40).

Além de harmônicos, os princípios constitucionais devem se complementar. Daí advém a característica da **complementariedade**. Isso significa que os princípios devem formar um conjunto coordenado e entrosado. (ROCHA, 1994).

O caráter da **normatividade jurídica** dos princípios constitucionais revela que estes são veiculados pelas normas jurídicas fundamentais. Com essa característica construída historicamente, como visto antes, os princípios ganham força e eficácia. Sem vigor normativo, os princípios deixam de ter importância política. (ROCHA, 1994)

Em outro vértice, Silva anota, sob a teoria de Canotilho (1991 apud SILVA, 2011), duas categorias para se dividir os princípios constitucionais: princípios político-constitucionais e princípios jurídico-constitucionais.

Acerca dos princípios político-constitucionais, eles constituem normas “conformadoras do sistema constitucional positivo”, as quais se manifestam como princípios constitucionais fundamentais, que são encontrados nos artigos 1^a a 4^o da Constituição da República Federativa do Brasil. (CANOTILHO, 1991 apud SILVA, 2011, p. 93).

Por outro lado, os princípios jurídico-constitucionais são os princípios gerais do direito, os quais derivam dos fundamentais. São informadores da ordem jurídica nacional. A exemplo, o princípio jurídico-constitucional da proteção social dos trabalhadores deriva do princípio político-constitucional (fundamental) da

declaração dos direitos sociais, da mesma forma que o princípio da constitucionalidade deriva do princípio da supremacia da constituição (CANOTILHO, 1991 apud SILVA, 2011).

Canotilho (2003, p. 1173) traz ainda outra classificação, que diz respeito ao sistema interno de regras e princípios, onde se verifica certa hierarquia e complementariedade entre essas normas. Trata-se, nas suas palavras, de uma “articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características”.

Menciona que, em primeiro lugar, encontram-se os **princípios estruturantes**, que são a base do sistema normativo constitucional. São “constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídicos do político”. Como exemplo, ele apresenta o princípio do Estado de direito, o princípio democrático e o princípio republicano. (CANOTILHO, 2003, p. 1173)

Esses princípios, na opinião do autor, são densificados (concretizados) através de outros princípios, os quais ele chama de **princípios gerais fundamentais**, que “iluminam o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno”. Como exemplo, ele aduz que o princípio democrático é densificado por princípios gerais fundamentais como o do sufrágio universal e da soberania popular. (CANOTILHO, 2003, p. 1174)

Do mesmo modo, os princípios gerais fundamentais são concretizados por outros subprincípios, os quais se dá o nome de **princípios constitucionais especiais**. Dentro do exemplo supramencionado, ele aduz que o princípio da soberania popular é densificado pelo princípio constitucional especial da renovação dos titulares de cargos públicos. (CANOTILHO, 2003)

Por sua vez, os princípios constitucionais especiais são igualmente densificados pelas **regras constitucionais**. Assim,

[...] as normas reconhecedoras de direitos económicos, sociais e culturais, densificam o princípio da socialidade que por sua vez, concretiza o princípio democrático na sua dimensão de democracia económica, social e política. (CANOTILHO, 2003, p. 1174-1175)

Por fim, Canotilho (2003) conclui que todos esses princípios e regras obtêm um grau de concretização e densificação ainda maior por meio da *concretização legislativa e jurisprudencial*.

3 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são resultado de uma longa construção histórica, que se solidificou nos primórdios do cristianismo e fortaleceu-se ao longo do tempo. O seu estudo é de relevante importância e este tópico trabalhará a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.

3.1 HISTÓRICO

Como dito acima, o cristianismo trouxe a primeira ideia sistematizada de dignidade do homem, em razão de este ter sido criado à imagem e semelhança de Deus. Assim, a dignidade humana mereceria uma proteção especial. Após isso, nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas reforçaram a condição do Estado como provedor dos direitos básicos dos cidadãos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

As discussões acerca dos direitos fundamentais tiveram ainda outras passagens relevantes, como a Declaração dos Direitos de Virgínia (1776) e Declaração francesa (1789). Nesse período, em especial com o *Bill of Rights* de Virgínia, é que os direitos do homem tiveram maior desenvolvimento, sendo finalmente positivados. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

Em importante passagem de Bobbio (1992 apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p. 232), este assevera que

A afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, características da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade [...] no início da idade moderna.

Nesse pensamento de Bobbio, verifica-se que os direitos do homem só ganham relevância quando se inverte a posição entre cidadãos e Estado: antes os cidadãos primeiro tinham deveres perante o Estado, agora se reconhece que antes desses deveres os cidadãos possuem direitos.

Há que se falar ainda que os direitos fundamentais são situados pelos autores em gerações. Estas gerações “são os períodos que demarcaram a evolução das liberdades públicas”. (BULOS, 2008, p. 405).

Em abreviado, podemos mencionar que a primeira geração diz respeito às liberdades individuais, que criam obrigações de não fazer e não intervir aos governantes. São direitos que correspondem à abstenção do Estado. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

[...] a *primeira geração*, surgida no final do século XVII, inaugura-se com o florescimento dos direitos e garantias individuais clássicas, as quais encontravam na limitação do poder estatal seu embasamento. Nessa fase, prestigiavam-se as cognominadas *prestações negativas*, as quais geravam um dever de não fazer por parte do Estado, com vistas à preservação do direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação etc. (BULOS, 2008, p. 406).

A segunda geração, ao invés de determinar uma conduta negativa do Estado (abstenção), exige uma conduta positiva, por meio de assistência social, saúde, educação etc. Nesse caso, a segunda geração diz respeito a uma liberdade *real e igual* para todos e são chamados de direitos sociais. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

[...] a *segunda geração*, advinda logo após a Primeira Grande Guerra, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais os quais visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma *prestação positiva*, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem. Aqui encontramos os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à doença e à velhice. (BULOS, 2008, p. 406).

Já a terceira geração sai da esfera individual, determinando proteção aos titulares de direitos difusos e coletivos. Nesse caso, existe uma preocupação global, onde as exigências são direcionadas aos direitos como paz, desenvolvimento, meio-ambiente, patrimônio histórico e cultural etc. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

[...] a *terceira geração*, engloba os chamados *direitos de solidariedade ou fraternidade* (Karel Vasak). Tais direitos têm sido incorporados nos ordenamentos constitucionais positivos e vigentes de todo o mundo, como nas Constituições do Chile (art. 19, § 8º), da Coreia (art. 35, 1) e do Brasil (art. 225). Os direitos difusos em geral, como o meio ambiente equilibrado, a vida saudável e pacífica, o progresso, a autodeterminação dos povos, o avanço da tecnologia, são alguns dos itens componentes do vasto catálogo dos direitos de solidariedade, prescritos nos textos constitucionais

hodiernos, e que constituem a terceira geração dos direitos humanos fundamentais. (BULOS, 2008, p. 406).

Bulos (2008, p. 407) traz ainda uma *quarta geração* de direitos fundamentais, estas derivadas do processo de globalização, “relativos à informática, *softwares*, biociências, eutanásia, alimentos transgênicos, sucessão dos filhos gerados por inseminação artificial, clonagens, dentre outros acontecimentos ligados à engenharia genética”.

Bonavides (2006, p. 571) também traz um conceito sobre a quarta geração de direitos fundamentais, mas para eles são os direitos referentes à “democracia, o direitos à informação e o direito ao pluralismo”. Leciona que “Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

Ressalta-se que a divisão de direitos fundamentais em gerações não significa dizer que uma nova geração exclui as demais.² Na verdade se tem uma evolução de direitos, à medida que as necessidades dos cidadãos evoluem gradativamente. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011)

3.2 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A extração de um conceito de direitos fundamentais, bem como de características básicas deles, é tarefa de grande dificuldade. Isso porque o catálogo de direitos fundamentais se torna cada vez mais vasto ao longo do tempo, sendo que podem ser encontrados tanto implícitos na Constituição ou fora desta.

Nas palavras de Bulos (2008, p. 404), os direitos fundamentais são “conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à *soberania popular*, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, condição econômica ou *status social*”.

² Registre-se que alguns autores, como o Juiz Federal de Ceará, o Prof. Msc. George Marmelstein Lima, utilizam o termo “dimensões” em vez de “gerações de direitos fundamentais, mencionando que gerações traz ideia de sucessão, o que traz a errônea ideia de que uma nova “geração” substituiu a anterior. (LIMA, George Marmelstein. Críticas à Teoria das Gerações (ou Mesmo Dimensões) dos Direitos Fundamentais/ **George Marmelstein Lima**. Opinião Jurídica- Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus - n. 03, ano 02, 2004.1, p. 171 - 182)

Autores como Vieira de Andrade definem os direitos fundamentais sob a óptica do princípio da dignidade da pessoa humana, mencionando que é nisso que está a fundamentalidade material dos direitos humanos. (1987 apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2011). Essa ideia é criticada por alguns autores, dentre eles Canotilho (1998 apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p. 236), que essa tese

[...] expulsa do catálogo material dos direitos todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, não pressuponham a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana. O resultado a que chega é um exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada.

Em sua passagem, Canotilho quer dizer que na Constituição existem direitos consagrados que saem da esfera individual e caminham para o âmbito coletivo, ou seja, não são apenas direitos do homem, direitos humanos.

Por outro lado, há que se entender que, mesmo que haja essa problemática inspirada por Canotilho, é o princípio da dignidade da pessoa humana “que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado de igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança” e ainda, “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”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p. 237).

3.3 CARACTERÍSTICAS

Da mesma forma que a formulação de conceito, a fixação de características aos direitos fundamentais é matéria complexa. Conforme menciona Hesse (1996 apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p. 239), caracterizá-los não significa uniformizá-los, porquanto há que se levar em conta fatores externos, que saem da esfera jurídica:

[...] a validade universal dos direitos fundamentais não supõe uniformidade. A razão é bem conhecida: o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos.

Assim, ressalta-se que algumas características são dadas com mais frequência aos direitos fundamentais, a saber, caráter universal e absoluto, historicidade, inalienabilidade/indisponibilidade, constitucionalização, vinculação dos Poderes Públicos – Legislativo, Executivo e Judiciário - e aplicabilidade imediata. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

A **universalidade** diz respeito, tanto aos titulares dos direitos fundamentais quanto ao polo passivo da relação jurídica. Aos titulares, a peculiaridade é no sentido de que, mesmo que os direitos fundamentais tenham sido criados para proteger o direito de todas as pessoas, há direitos fundamentais direcionados a sujeitos específicos, como por exemplo às crianças, aos trabalhadores, aos idosos etc. A universalidade quanto ao polo passivo é no sentido de que nem sempre só os Poderes Públicos estão obrigados a assegurar os direitos fundamentais, mas também em muitos casos exige-se dos particulares. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011)

Para Bulos (2008), a característica da universalidade significa que os direitos fundamentais beneficiam os seus titulares, sem que haja limites territoriais independentemente de raça, credo, cor, sexo, filiação etc. Como exemplo, o autor traz o princípio da isonomia, previsto no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal.

Ser **absoluto** significa que os direitos fundamentais estão no ápice da hierarquia jurídica, não tolerando qualquer tipo de restrição. Entretanto, já se tornou pacífica a ideia de que os direitos podem sim sofrer limitações, acaso venham a enfrentar outros valores constitucionais. Além disso, as limitações são necessárias para o caso de dois direitos fundamentais entrarem em confronto. Assim, verifica-se que o caráter absoluto dos direitos fundamentais não mais impera, tendo em vista a possibilidade de limitação deles. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011)

Discordando de tal posicionamento, Silva (2011, p. 182) menciona que se se reconhece o caráter de historicidade dos direitos fundamentais, não há o que se falar em caráter absoluto. Para tratar do assunto, assevera que o autor Pontes de Miranda sustenta que os direitos fundamentais podem ser absolutos e relativos, sendo tal doutrina “inaceitável”:

Assim, absolutos seriam os supra-estatais, cuja validade, segundo o autor, independe de positividade interna constitucional, enquanto relativos seriam aqueles que somente teriam validade se previstos no Direito Positivo interno. Se a questão, no entanto, fosse posta em termos de relação norma constitucional e conteúdo integral do direito previsto, ainda se poderia

admite a distinção. Assim, seriam direitos fundamentais absolutos aqueles cujo conteúdo e incidência decorressem inteiramente das normas constitucionais que os estatuem, enquanto relativos seriam aqueles cujo conteúdo e incidência somente se preencheriam conforme previsão de lei.

No que diz respeito à **historicidade**, o contexto histórico em que a sociedade se encontra é fundamental para determinar o conteúdo dos direitos fundamentais. Nesse sentido, verifica-se que esses direitos não nascem todos juntos nem prontos, sendo eles o resultado de uma evolução histórica. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

Nas palavras de Silva (2011), os direitos fundamentais são históricos como todos os outros direitos, à medida que passam por um processo de nascimento, modificação e, por fim, desaparecimento.

Já para Bulos (2008, p. 409)

[...] derivam de longa evolução, participando de um contexto histórico perfeitamente delimitado. Nascem, morrem e extinguem-se. Não são obra da natureza, mas das necessidades humanas, ampliando-se ou delimitando-se a depender das circunstâncias.

Os direitos fundamentais também são **inalienáveis/indisponíveis**. Como menciona Bulos (2008), essa característica existe tendo em vista que os direitos fundamentais não possuem conteúdo econômico, logo, não se pode falar em vendê-los, comercializá-los, aliená-los. Já Mendes, Coelho e Branco (2011) alertam que essa característica não é absoluta. Ensinam que ser inalienável significa que o titular não pode impossibilitar para si mesmo o exercício de um direito. Para esclarecer, não se pode dispor de um direito fundamental, seja juridicamente (por renúncia, compra, venda, doação) ou materialmente, como a destruição material propriamente dita. Como menciona Silva (2011), se a ordem constitucional confere esse direito a todos, não há como se desfazer deles, por serem indisponíveis.

A característica da inalienabilidade é fundamentada no valor de dignidade humana, e esta por sua vez é vinculada à *potencialidade do homem se autodeterminar e ser livre*. Sendo assim, nem todos os direitos fundamentais se caracterizam pela inalienabilidade, porquanto nem todos estão vinculados à capacidade do homem se autodeterminar. Nesse sentido, lecionam Mendes Coelho e Branco (2011, p. 243):

Apenas os [direitos fundamentais] que visam resguardar diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar devem ser considerados indisponíveis. Indisponíveis, portanto seriam os direitos que visam resguardar a vida biológica [...].

Assim, é possível que se abra mão de alguns direitos fundamentais em prol de uma finalidade que seja tolerada pela ordem constitucional, da mesma categoria ontológica e axiológica. Como exemplo, a liberdade de expressão pode ser dispensada em virtude do exercício de algumas profissões que exigem sigilo.

A **constitucionalização** dos direitos fundamentais é a característica que os diferencia dos direitos humanos/dos homens. Assim, os direitos humanos são postulados jusnaturalistas, não positivados, e com pretensões a respeito do homem na esfera internacional, não dependendo das disposições jurídicas de cada Estado. Já os direitos fundamentais devem ser consagrados por cada Estado. “São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo [...]”. No Direito brasileiro, os direitos fundamentais são definidos como direitos constitucionais. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p. 244).³

Existe ainda a característica da **vinculação dos Poderes Públicos** aos direitos fundamentais. Isso determina que os atos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem estar de acordo com os direitos fundamentais, sob pena de nulidade. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

A respeito da vinculação do Poder Legislativo, existem duas vertentes a serem consideradas. Tanto a atividade legiferante deve estar de acordo com os direitos fundamentais, como eles próprios necessitam ser positivados.

Um direito fundamental pode necessitar de normas infraconstitucionais que disciplinem o processo para a sua efetivação ou que definam a própria organização de que depende a sua efetividade (pense-se, v.g., no direito à ampla defesa). A inércia do legislador em satisfazer uma imposição de concretização do direito fundamental pode ensejar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou mandado de injunção. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p. 245).

³ Urge mencionar, no entanto, que, na ordem jurídica brasileira, em face do artigo 5º, §§ 1º, 3º e 4º, da Constituição da República (BRASIL-A, 2012), na redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, os direitos humanos objeto de tratados internacionais passam a ser “positivados” na ordem interna, podendo passar a ter, inclusive, hierarquia constitucional, se aprovadas as normas respectivas com as exigências formais e procedimentais destinadas ao poder constituinte derivado, do que se depreende que, no Brasil, a “positivação” dos direitos humanos pode chegar a transformá-los em direitos fundamentais propriamente ditos.

Há que se mencionar ainda um dos princípios acolhido por parte da doutrina, à respeito da vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais: o princípio da proibição do retrocesso. Para ilustrar, citemos uma passagem do constitucionalista Canotilho (1998 apud MENDES; COELHO; BRANCO, p. 246):

[...] o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial.

Porém, outra parte da doutrina nega que deva se acolher esse princípio, alegando que isso acabaria com a autonomia legislativa. Por outro lado, inclusive os que sustentam a adoção da *proibição do retrocesso* alegam que se pode utilizar o princípio da proporcionalidade para fazer eventuais modificações, de forma a garantir que o que foi antes positivado não seja totalmente “destruído”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).⁴

O Poder Executivo também deve atuar em conformidade com os direitos fundamentais. A atividade discricionária da Administração Pública não permite que o Administrador Público chegue a ultrapassar os limites impostos por esses direitos, devendo haver uma interpretação que assegure a aplicação dos direitos fundamentais como óbice balizador da atuação da função administrativa estatal. “[...] a administração deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais”. Caso o Administrador Público - e nesse caso nos referimos aqueles pertinentes tanto às pessoas jurídicas de direito público, quanto às de direito privado que disponham de autoridade estatal traspassada – entenda que há

⁴ É relevante mencionar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que é válido o obstáculo do não-retrocesso para evitar a involução no campo da efetivação dos direitos fundamentais, inclusive, os de caráter positivo ou prestamistas, in verbis: “Ementa: [...] A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) 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. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 639337. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 23 ago. 2011).

inconstitucionalidade em certa lei, deverá invocar sua autoridade hierarquicamente superior para que esta tome as medidas cabíveis. Em casos extremos, o Administrador Público pode, inclusive, recusar-se a cumprir a lei em virtude de uma aparente inconstitucionalidade, principalmente quando o resultado da aplicação levar ao cometimento de um crime. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p. 247).⁵

Já a vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais pode ser vista desde o disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, que determina que cabe ao Judiciário defender quaisquer direitos violados ou em ameaça de violência. Além disso, essa vinculação é de máxima importância, pois cabe aos tribunais controlar os atos dos demais Poderes. Vieira de Andrade (1976 apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p. 250) ensina que “quando aplicam direito público, direito privado, ou direito estrangeiro, o papel dos preceitos constitucionais varia, mas a vinculação dos juízes é sempre a mesma”.

Os direitos fundamentais possuem também **aplicabilidade imediata**. Essa característica teve espaço apenas em 1949, com a Lei Fundamental de Bonn, na Alemanha Ocidental pós-segunda Guerra Mundial:

Agregou-se à lição da História o prestígio do axioma de que a Constituição – incluindo os seus preceitos sobre direitos fundamentais – é obra do poder constituinte originário, expressão da soberania de um povo, achando-se acima dos poderes constituídos, não podendo, portanto, ficar sob a dependência absoluta de uma intermediação legislativa para produzir efeitos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p.251).

No Brasil, adotou-se esse modelo na Constituição de 1988, onde o artigo 5º, parágrafo 1º estabelece a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Assim, essas normas deixam de ter caráter meramente programático e passam a ter caráter preceptivo. Entretanto, deve-se atentar ao fato de que nem todos os direitos fundamentais podem ser automaticamente concretizados, por necessitarem de uma complementação legislativa, que é o que comumente ocorre com os direitos sociais. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

⁵ Nesse sentido, decisão adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, embora não recente, *in verbis*: LEI INCONSTITUCIONAL - PODER EXECUTIVO - NEGATIVA DE EFICACIA. O PODER EXECUTIVO DEVE NEGAR EXECUÇÃO A ATO NORMATIVO QUE LHE PAREÇA INCONSTITUCIONAL. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 23121. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 06 out. 1993).

Além das características acima mencionadas, Bulos (2008) traz outras quatro. Para o autor, os direitos fundamentais são ainda cumuláveis (ou concorrentes), irrenunciáveis, imprescritíveis e relativos (ou limitados).

Serem **cumuláveis** significa que pode haver o exercício de mais de um direito fundamental ao mesmo tempo, como o direito de informação e de manifestação do pensamento. **Irrenunciáveis** porque pode não haver o exercício desses direitos em dado momento, mas isso não enseja na sua renúncia. A **imprescritibilidade** é outra característica advinda do fato de os direitos fundamentais não terem natureza patrimonial. Por fim, são **relativos** tendo em vista que nem sempre podem ser exercidos de modo absoluto, livre de qualquer restrição. (BULOS, 2008).

A respeito da imprescritibilidade⁶, traz também Silva (2011, p. 181):

⁶ Sobre o tema da imprescritibilidade, assim tem se pronunciado o Superior Tribunal de Justiça, salientando as características de imprescritibilidade, essencialidade e inalienabilidade dos direitos fundamentais, máxime, quando fundados na idéia-força de proteção da dignidade da pessoa humana, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. REGIME MILITAR. DISSIDENTE POLÍTICO PRESO NA ÉPOCA DO REGIME MILITAR. TORTURA. DANO MORAL. FATO NOTÓRIO. NEXO CAUSAL. NÃO INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - ART. 1º DECRETO 20.910/1932. IMPRESCRITIBILIDADE.

1. A dignidade da pessoa humana, valor erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, experimenta os mais expressivos atentados quando engendradas a tortura e a morte, máxime por delito de opinião.

2. [...]

5. Consectariamente, não há falar em prescrição da ação que visa implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade.

6. Outrossim, a Lei 9.140/95, que criou as ações correspondentes às violações à dignidade humana, perpetradas em período de supressão das liberdades públicas, previu a ação condenatória no art. 14, sem estipular-lhe prazo prescricional, por isso que a *lex specialis* convive com a *lex generalis*, sendo incabível qualquer aplicação analógica do Código Civil no afã de superar a reparação de atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a dignidade retratada no respeito à integridade física do ser humano.

[...]

10. Adjuntem-se à lei interna, as inúmeras convenções internacionais firmadas pelo Brasil, a começar pela Declaração Universal da ONU, e demais convenções específicas sobre a tortura, tais como a Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU, a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

11. A dignidade humana desprezada, in casu, decorreu do fato de ter sido o autor torturado revelando flagrante violação a um dos mais singulares direitos humanos, os quais, segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis.

12. A exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do **princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz**, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

13. A Constituição federal funda-se na premissa de que a dignidade da pessoa humana é inarredável de **qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais** e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual.[...]

O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que só atinge, coarctando, a *exigibilidade* dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.

3.4 FUNÇÕES

Os direitos fundamentais têm diversas funções, sendo classificados pelos doutrinadores de várias formas.

Para Canotilho (1993 apud MORAES, 2009, p. 30), os direitos fundamentais cumprem

[...] a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências desta na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

A primeira forma de classificação é feita na teoria dos quatro *status* de Jellinek. Outra forma é a que divide os direitos fundamentais em direitos de defesa, direitos de prestação e de participação. Por fim, suas funções podem ser classificadas por duas dimensões: a subjetiva e a objetiva. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

Robert Alexy (2008, p. 255) leciona com bastante propriedade acerca da Teoria dos *Status* de Jellinek. Inicialmente, extrai-se de sua obra:

Jellinek descreve de formas diversas o que é um status. Importância central tem sua caracterização como “uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo”. Nesse sentido, um status é alguma forma de *relação* entre cidadão e Estado. Como uma relação *que qualifica o indivíduo*, o status de ser uma *situação*, e, como tal, diferenciar-se de um direito. Isso porque o status, na forma como Jellinek expressa, tem como conteúdo o “ser” e “ter”. Por meio da concessão do direito de votar e do direito de livremente adquirir propriedade, modifica-se o status de uma pessoa e, com isso, o seu ser,

enquanto a aquisição de um determinado terreno diz respeito apenas ao seu “ter”.

Dessa forma, conclui-se que os quatro *status* de Jellinek referem-se à forma que os indivíduos estão diante do Estado, na forma de “ser” ou “ter”.

O ***status subjectionis*** (ou *status* passivo) é aquele que caracteriza o indivíduo como detentor de deveres em face do Estado, os quais são impostos por meio de mandamentos e proibições. O ***status negativo*** é referente a certo espaço de liberdade dos homens diante do Estado. Quando o indivíduo se vê diante da possibilidade de exigir uma ação positiva do Estado, este se encontra em seu ***status civitatis*** (ou *status* positivo). Por fim, o quarto *status* refere-se aos direitos políticos dos cidadãos, sendo denominado ***status positivo***. É quando o indivíduo tem a oportunidade de intervir nas decisões do Estado. (MENDES; COELHO; BRANCO 2011).

A partir da teoria de Jellinek surgiu a classificação em direitos de defesa, prestação e participação. Os **direitos de defesa** referem-se ao direito dos cidadãos de o Estado não intervir em determinados espaços, como os referentes à autodeterminação dos indivíduos (bens como liberdade, propriedade etc.). Esses direitos exigem uma abstenção do Estado. Para Bulos (2008, p. 404), “Como direitos de defesa, permitem o ingresso em juízo para proteger bens lesados, proibindo os Poderes Públicos de invadirem a esfera privada dos indivíduos”.

Diferente dos direitos de defesa, os **direitos da prestação** exigem uma ação positiva do Estado, no sentido de dar ou fazer algo, a fim de reduzir desigualdades. Eles podem ser direitos de prestação jurídica (por meio da emissão de normas regulamentadoras de direitos fundamentais, sejam penais⁷, de

⁷ Nesse sentido, recente decisão do Supremo Tribunal Federal reconhece a existência de direitos fundamentais que se caracterizam pelo dever estatal de prestação de proteção adequada ou minimamente efetiva do cidadão, com dever de criminalização de condutas essencialmente contrárias ao núcleo dos direitos fundamentais, senão vejamos, *in verbis*:

Ementa [...] 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de

organização ou de procedimento) ou de prestação material (direitos sociais por excelência). Bulos (2008, p. 405) denomina esses direitos de *direitos instrumentais*:

No posto de *direitos instrumentais*, consagram princípios informadores de toda a ordem jurídica (legalidade, isonomia, devido processo legal etc.), fornecendo-lhes os mecanismos de tutela (mandado de segurança, *habeas corpus*, ação popular etc.).

A *finalidade instrumental* das liberdades públicas permite ao particular reivindicar do Estado:

- O cumprimento de prestações sociais (saúde, educação, lazer, moradia etc.);
- A proteção contra atos de terceiros (segurança, inviolabilidade de domicílio, dados informáticos, direito de reunião etc.); e
- A tutela contra discriminações (desrespeito à igualdade, proibição ao racismo, preconceito religioso, distinções de sexo, origem, cor etc.).

Já os **direitos de participação** referem-se aos direitos políticos, ou seja, à participação dos cidadãos nas decisões Estatais. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

Por fim, há que se ressaltar que os direitos fundamentais possuem dimensão subjetiva e objetiva. A **dimensão subjetiva** corresponde à exigência de uma ação negativa ou positiva, bem como correspondem a competências. A **dimensão objetiva** é resultado da consideração dos direitos fundamentais como princípios básicos constitucionais.

Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p. 266).

3.5 TITULARIDADE

Como visto anteriormente, os direitos fundamentais têm profunda ligação com o princípio da dignidade humana. Isso nos levar a crer, então, que todos os seres humanos são sujeitos ativos – titulares - dos direitos fundamentais. A problemática a qual se pode deparar é se esses direitos se estendem às pessoas jurídicas e aos estrangeiros.

proteção insuficiente [...]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104410. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 06 mar. 2012).

No que tange às pessoas jurídicas, há inúmeras possibilidades de estas serem titulares de direitos fundamentais, como de igualdade, de resposta, sigilo de correspondência etc. Há ainda na Constituição direitos conferidos exclusivamente às pessoas jurídicas, conforme se vê no artigo 5º, incisos XVIII e XIX (BRASIL, 2012-A), a saber, livre criação de associações sem interferência estatal e o direito de não serem dissolvidas compulsoriamente. Ressalta-se, porém, que algumas garantias não se estendem, por sua própria natureza, às pessoas jurídicas, como aqueles que dizem respeito à prisão, bem como acerca dos direitos políticos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

Bulos (2008, p. 412) ensina que a pessoa jurídica, para ser considerada pelo ordenamento jurídico como sujeito de direitos e obrigações, deve preencher três requisitos, a saber, licitude de propósitos, capacidade jurídica e organização de pessoas ou patrimônios. “Surge assim a cognominada pessoa jurídica como uma realidade firmada pelo Direito, o qual concede a agrupamentos de pessoas ou de bens a faculdade de realizar interesses humanos (Maurice Hauriou)”.

Conforme Moraes (2009, p. 34-35), ainda que o artigo 5º da Constituição Federal tenha garantido a igualdade perante a lei dos direitos ali descritos aos *brasileiros e estrangeiros residentes no País*, a expressão *estrangeiros residentes no País* deve ser interpretada de forma mais ampla:

[...] a expressão *residentes no Brasil* deve ser interpretada no sentido de a Carta Federal só pode assegurar a validade e gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro, não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito pelo território nacional, que possui igualmente acesso às ações, como mandado de segurança e demais remédios constitucionais.

Da mesma forma que as pessoas jurídicas, os estrangeiros também podem ser titulares de direitos fundamentais.⁸ A propósito, ensina Bulos (2008, p. 412):

⁸ Nesse sentido, tem entendido o Supremo Tribunal Federal pela aplicação aos estrangeiros de direitos fundamentais, inclusive, os de liberdade e pertinentes ao devido processo legal, senão vejamos, *in verbis*:

O SÚDITO ESTRANGEIRO, MESMO AQUELE SEM DOMICÍLIO NO BRASIL, TEM DIREITO A TODAS AS PRERROGATIVAS BÁSICAS QUE LHE ASSEGUREM A PRESERVAÇÃO DO "STATUS LIBERTATIS" E QUE LHE GARANTAM A OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS". - O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do "habeas corpus", em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que

Nunca é demasiado lembrar que o Brasil subscreve as declarações universal e americana dos direitos humanos. Ambas, por força do art. 5º, §2º, do Texto Maior, colocam o indivíduo numa dimensão supranacional, dando-lhe o direito de ter um mínimo de respeito e tratamento condigno. A propósito, a dignidade do homem é um dos pilares do Estado brasileiro (CF, art. 3º, III), sendo alçada como uma proclamação universal, ecumênica, que não se atém a sexo, credo, origem, cor etc.

Da mesma forma, leciona Moraes (2009, p. 35):

Igualmente, as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias individuais, pois se reconhece às associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível excluí-las de todos os seus demais direitos. Dessa forma, os direitos enunciados e garantidos pela constituição são de brasileiros, pessoas físicas e jurídicas.

Importante frisar, porém, que alguns direitos são assegurados apenas às pessoas na qualidade de cidadãos, como os direitos políticos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

Como sujeitos passivos dos direitos fundamentais, anteriormente, tinha-se apenas o Poder Público. Essa ideia, no entanto, perdeu força, quando se percebeu que os direitos fundamentais, por serem normas jurídicas hierarquicamente superiores, deveriam ter aplicação no setor privado. Isso quer dizer que esses direitos devem ser respeitados também nas relações entre os próprios indivíduos, e não apenas entre os indivíduos e o Estado.⁹

compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. - A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94016. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 16/09/2008).

⁹ Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal tem entendimento de aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais nas relações jurídicas de cunho privado, senão vejamos, *in litteris*:
 EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede

Ganhou alento a percepção de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que não somente obrigam o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-los respeitados pelos próprios indivíduos, nas suas relações entre si. Ao desvendar o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, abriu-se à inteligência predominante a noção de que esses direitos, na verdade, exprimem os valores básicos da ordem jurídica e social, que devem ser prestigiados em todos os setores da vida civil, que devem ser preservados e promovidos pelo Estado como princípios estruturantes da sociedade. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p. 275).

Deve-se atentar, por outro lado, que os direitos fundamentais não compelem os indivíduos na mesma intensidade que compelem o Poder Público. Quando se está diante de uma relação entre particulares, deve-se avaliar de que forma os direitos fundamentais irão incidir, de modo a não interferir na autonomia de vontade das partes envolvidas. Para tanto, se faz um exercício de ponderação de peso, a fim de analisar em que hipóteses a autonomia de vontade deverá ceder. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

3.6 LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Viu-se anteriormente que os direitos fundamentais têm como característica serem absolutos, mas isso não significa que não possam sofrer

constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201819. Relatora: Ministra Ellen Gracie, julgado em 11 out. 2005).

restrições, limitações, pois existe a possibilidade de conflito. Nesse caso, eles podem se tornar relativos.

Esse é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Embasado no *princípio da convivência entre liberdades*, a Corte concluiu que nenhuma prerrogativa pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e aos direitos e garantias fundamentais, as quais sofrem *limitações* de ordem ético-jurídica. Essas *limitações* visam, de um lado, tutelar a integridade do interesse social e, de outro, assegurar a convivência harmônica das liberdades, para que não haja colisões ou atritos entre elas. Evita-se, assim, que um direito ou garantia seja exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (BULOS, 2008, p. 409).

Nesse sentido, é cediço que há circunstâncias específicas em que determinados direitos fundamentais são absolutos, como a proibição à tortura.¹⁰ No entanto, é temerário estender essa característica a todos os demais direitos fundamentais, porquanto existem fortes possibilidades de conflitos. Por outro lado, como mencionado acima, não se pode permitir o exercício irrestrito de um direito fundamental em detrimento de outros de ordem pública.

Ainda da obra de Bulos (2008, p. 410), extrai-se:

Até mesmo a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948 reconheceu que “no exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades, todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática” (artigo XXIX, 2).

Assim, havendo possibilidade de conflito, para a solução deles é necessário se definir qual o âmbito/núcleo de proteção do direito fundamental, no intuito de se estabelecer limites ou restrições desses direitos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p. 294-295).

Para se verificar o âmbito de proteção de cada direito fundamental é preciso identificar não só o objeto da proteção, “mas também contra que tipo de

¹⁰Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já asseverou que “A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 70389. Relator: Ministro Sydney Sanches, julgado em 23/06/1994).

agressão ou restrição se outorga essa proteção”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p. 295).

Determinar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais demanda a utilização de um procedimento específico para cada direito, levando em conta quais os *bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção*, bem como se há *expressa restrição constitucional* ou se existem *reservas legais de índole restritiva*. Isso quer dizer que, para se chegar à identificação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, é necessário se utilizar da hermenêutica jurídica. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

No que diz respeito às restrições, o constituinte utiliza-se de expressões como “nos termos da lei”, “na forma da lei”, a fim de identificar que ficará a cargo do legislador restringir aquele direito fundamental. Por outro lado, conforme assinalam Mendes, Coelho e Branco (2011, p. 297):

[...] a norma constitucional que submete determinados direitos à reserva de lei restritiva contém, a um só tempo, (a) uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção e (b) uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado.

Há que se ressaltar, por outro lado, que o legislador ordinário não tem a função apenas de restringir as normas de direitos fundamentais, mas também tem o poder de regulação ou conformação, ou seja, nesses casos cabe ao legislador “definir, em essência, o próprio conteúdo do direito regulado”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p. 298).

Acerca da possibilidade de restrição dos direitos fundamentais, se formulou duas teorias. A **teoria externa** impõe a ideia de que *direito individual e restrição* são categorias distintas, onde não deve haver, necessariamente, uma relação entre ambas. Essa relação pode haver quando surge a necessidade de se compatibilizar os direitos individuais e os bens coletivos. Por fim, ao se colocar restrições a um direito individual, ele deixa de ser um direito não limitado para ser um direito limitado.

Acerca da teoria externa, traz Alexy (2008, p. 277):

O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição -, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for

definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar o *direito em si*, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o *direito restringido*. Essa é a concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de *teoria externa*.

Alexy (2008, p. 277) esclarece ainda que, para a teoria externa, não há relação necessária entre direito e restrição, e isso quer dizer que pode haver direito sem que haja restrição, sendo tal relação criada apenas quando é necessário se dirimir eventuais conflitos entre direitos.

Já a **teoria interna** não admite que se formulem conceitos autônomos das categorias *direitos individuais* e *restrição*. Nesse caso, há a formulação de um direito individual com determinado conteúdo, substituindo-se a ideia de restrição para a ideia de limite. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

Alexy (2008) pondera que as dúvidas que surgem a respeito dos limites desses direitos não são relacionadas à extensão da restrição, mas exatamente em relação ao próprio conteúdo do direito.

Se se considerar que os direitos individuais consagram *posições definitivas* (*Regas: Regel*), então é inevitável a aplicação da *teoria interna*. Ao contrário, se se entender que eles definem apenas *posições prima facie* (*prima facie Positionen: princípios*), então há de se considerar correta a *teoria interna*. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p. 301).

Para Mendes, Coelho e Branco (2011), os direitos fundamentais devem ser entendidos como princípios, ou seja, a teoria interna se mostra mais adequada.

O poder (exclusivo) do legislador de limitar o âmbito dos direitos fundamentais é feito por meio de restrições/reservas legais. “Consideram-se restrições legais aquelas limitações que o legislador impõe a determinados direitos individuais, respaldado em expressa autorização constitucional”. Essas restrições podem ser classificadas como *reserva legal simples* e *reserva legal qualificada*. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p. 303).

No caso das *reservas legais simples*, o constituinte utiliza expressões como “nos termos da lei”, “na forma da lei” a fim de autorizar que o legislador ordinário faça a limitação, sem exigir qual o conteúdo ou finalidade daquele direito individual. Como exemplo, extrai-se do artigo 5º, da CRFB/1988:

[...]

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

VII – é assegurada, **nos termos da lei**, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva. (sem grifos no original). (BRASIL, 2012-A).

Já no caso da reserva legal qualificada, o constituinte não só determina que haja uma restrição como também especifica condições ou meios que devam ser observados pelo legislador.¹¹ Um exemplo quando a Constituição reconhece a instituição do Júri:

Art. 5º (*omissis*)

[...]

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, **com a organização que lhe der a lei**, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
 - b) o sigilo das votações;
 - c) a soberania dos veredictos;
 - d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.
- (sem grifos no original). (BRASIL, 2012-A).

Conforme análise de Mendes, Coelho e Branco (2011, p. 311), “Têm-se aqui inequívoco caso de reserva legal qualificada, uma vez que a atuação conformadora/limitadora do legislador deverá ficar restrita aos conteúdos e fins enunciados pelo constituinte”.

Existem ainda direitos fundamentais que não possuem qualquer previsão de reserva legal o que, aparentemente, impediria a atuação do legislador ordinário no intuito de limitar esses direitos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

¹¹O Supremo Tribunal Federal adotou esta técnica da reserva legal qualificada quando julgou a impossibilidade de exigência de diploma para o exercício da função de legislativa, de forma a exigir conteúdo adequado e razoável da lei restritiva de direitos fundamentais, de tal forma que a regulamentação de direito fundamental de liberdade, mesmo quando autorizada pela própria Constituição, não deixe de observar o núcleo essencial do direito fundamental, *in verbis*:
 Ementa: [...] 4. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART. 5º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO). IDENTIFICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES LEGAIS CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS. RESERVA LEGAL QUALIFICADA. PROPORCIONALIDADE. A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das "condições de capacidade" como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial. [...]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 511961. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17 jun. 2009).

Ocorre que, quando há colisão entre direitos de terceiros ou outros valores protegidos constitucionalmente, há sim a possibilidade de restringir um desses direitos, mesmo sem previsão de reserva legal. Nesses casos, deve o legislador fundamentar sua atuação em direitos de terceiros ou demais princípios da ordem constitucional para que a intervenção seja aceitável. No entanto, deve haver muita cautela nesses casos, pois essa possibilidade pode abrir espaço para eventuais abusos no estabelecimento de restrições de direitos fundamentais. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

Mendes, Coelho e Branco (2011, p. 314) trazem um exemplo de restrição de direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal:

Situação sempre referida, entre nós, diz respeito à fiscalização de correspondência de presos pela administração previdenciária. Nos termos da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84, art. 41, XV), constitui direito do preso o “contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes”. A Constituição consagra no art. 5º, XII, primeira parte, a inviolabilidade das correspondências. Não obstante, no Supremo Tribunal Federal há precedente segundo o qual “a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”.

Assim, resta concluir que os direitos fundamentais podem sim ser restringidos ou limitados. Doutra banda, viu-se que essas restrições devem ser limitadas, surgindo daí a “Teoria dos Limites dos Limites”. Esses limites referem-se à atuação do legislador quando este vem restringir um direito individual. A propósito:

Esses *limites*, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p. 315).

A teoria dos limites dos limites, como exposto acima, baseia-se nos princípios da proteção do núcleo essencial, da proporcionalidade e da proibição de restrições casuísticas (generalidade e abstração). (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

A proteção do núcleo essencial é prevista na própria Constituição brasileira, quando em seu artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV (BRASIL-A, 2012), proíbe

qualquer proposta de emenda que possa abolir algum direito ou garantia individual. A proteção do núcleo essencial nada mais é do que impedir que restrições descabidas venham a acabar com o próprio conteúdo do direito fundamental. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

Sobre o tema, duas correntes discutem de que forma o legislador irá restringir um direito fundamental sem, no entanto, interferir no conteúdo deste, ou seja, sem prejudicar o seu núcleo essencial. A corrente adepta da *teoria absoluta* entende que em um direito fundamental há um espaço suscetível de limitação e outro espaço que deve ser protegido. Já a *teoria relativa* traz o entendimento de que o núcleo essencial de um direito fundamental deve ser caracterizado, identificado, em cada caso. Assim, “O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p. 317).¹²

O princípio da proporcionalidade institui que o ato legislativo deva limitar os direitos fundamentais com base nos subprincípios chamados adequação e necessidade. Nesse sentido, “O meio é adequado se, com sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p. 330).

Já o princípio da proibição de restrições casuísticas refere-se ao fato de que as leis que restringem direitos individuais devem ser elaboradas atendendo à generalidade e abstração. Dessa forma, evita-se uma infração ao princípio da igualdade material, ou seja, impede que “por meio de leis individuais e concretas, o legislador acabe por editar autênticos atos administrativos”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p. 339-340).

3.7 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fala-se em colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual.

¹²Como vimos, o Pretório Excelso adotou este critério no julgamento do Recurso Extraordinário nº RE 511961. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 511961. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17 jun. 2009).

A colisão de direitos pode acontecer em sentido estrito ou em sentido amplo. Quando se fala em colisão de direitos fundamentais em sentido estrito, os autores Mendes, Coelho e Branco (2011) identificam dois tipos: a) entre direitos fundamentais idênticos; ou b) entre direitos fundamentais diversos. Quando em sentido amplo, trazem quatro tipos, exemplificando-os:

- a) Colisão de direito fundamental enquanto direito liberal de defesa: v.g., a decisão de dois grupos adversos de realizar uma demonstração na mesma praça pública.
- b) Colisão de direito de defesa de caráter liberal e o direito de proteção: como exemplo, mencione-se a decisão de atirar no sequestrador para proteger a vida do refém ou vítima. [...]
- c) Colisão do caráter negativo de um direito com o caráter positivo desse mesmo direito: é o que se verifica com a liberdade religiosa, que tanto pressupõe a prática de uma religião como direito de não desenvolver ou participar de qualquer prática religiosa. Aqui cabe perguntar, por exemplo, se o Estado pode impor que se coloquem crucifixos nas salas de aula.
- d) Colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático: tem-se aqui um debate que é comum ao direito de igualdade. Se o legislador prevê a concessão de auxílio aos hipossuficientes, indaga-se sobre a dimensão fática ou jurídica do princípio da igualdade. (MENDES COELHO; BRANCO, 2011, p. 342-343).

Verificada a colisão, há que se buscar uma solução para esse conflito.

A respeito leciona Alexy (2008, p. 93) que, diferentemente das regras (a qual o conflito é resolvido por questões de validade), os princípios são resolvidos por questões de peso. Alerta que um princípio não se torna inválido em face de outro, mas que um pode ter maior peso – relevância -, em determinado caso, devendo este prevalecer. É o que ele chama de princípio com precedência.

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido-, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com mais peso têm precedência.¹³

¹³A respeito, interessante mencionar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o julgamento da IF 164/SP-SÃO PAULO: INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. **Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos.** 5. **A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade.** 6. **Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais**

A solução da colisão entre princípios fez nascerem inúmeras correntes doutrinárias, as quais vêm criando fórmulas para solucionar o problema, como por exemplo, a criação de uma ordem hierárquica de direitos fundamentais, a limitação de direitos não suscetíveis de restrição, etc.. Entretanto, a jurisprudência tem se orientado pela utilização de um processo de ponderação, levando em conta cada caso específico, na forma trazida por Alexy. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

O autor alemão traz que a ponderação deve se realizar em três planos:¹⁴

Para Alexy, a ponderação realiza-se em três planos. No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. (ALEXY, 1998 apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p. 346).

Além disso, mencionam que Alexy trata da “lei da ponderação”, que diz que quanto maior (mais intensa) a intervenção, mais importantes deverão ser os seus fundamentos justificadores. (ALEXY, 1998 apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

Sob outro vértice, no direito brasileiro constata-se que, mesmo não havendo privilégio a nenhum direito fundamental, têm-se como mais relevantes aqueles ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, quando em processo de ponderação de direitos fundamentais, esses valores devem ser levados em conta. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido (sem grifos no original). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Intervenção Federal nº 164. Relator Marco Aurélio, julgado em 13 dez. 2003).

¹⁴Nesse sentido, válido mencionar que em recente decisão do Supremo Tribunal Federal a técnica da ponderação de interesses foi considerada válida para solucionar conflitos entre princípios constitucionais, embora, no caso concreto examinado, o Pretório Excelso não tenha vislumbrado a ocorrência de colisão efetiva. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3558. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, julgado em 29/06/2011).

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESPÉCIE – LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE RELIGIOSA

4.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

4.1.1 Conceito

A liberdade de expressão é direito fundamental previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso IV, e artigo 220, da Lei Maior:

Art. 5º. *Omissis.*

[...]

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (BRASIL-A, 2012)

Cabe aqui transcrever os dizeres dos autores Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 360) acerca da importância do direito à liberdade de expressão:

O ser humano se forma no contato com seu semelhante, mostrando-se a liberdade de se comunicar como condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa. O direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da sociabilidade, essencial ao ser humano.

Nessa passagem, extrai-se a ideia de que a liberdade de expressão é essencial para o desenvolvimento humano, à medida que a comunicação é um meio inerente ao homem, utilizado essencialmente para se introduzir na sociedade e se autodeterminar.

Nesse mesmo sentido, o autor Pimenta Bueno (1958 apud SILVA, 2011, p. 241) fala acerca da necessidade do homem de expressar seu pensamento perante outros homens:

O homem porém não vive concentrado só em seu espírito, não vive isolado, por isso mesmo que por sua natureza é um ente social. Ele tem a viva tendência e necessidade de expressar e trocar suas ideias e opiniões com os outros homens, de cultivar mútuas relações, seria mesmo impossível vedar, porque fora para isso necessário dissolver e proibir a sociedade.

Meyer-Pflug (2009, p. 67-69), teceu fortes considerações acerca da liberdade de expressão como forma de autodeterminação do indivíduo:

Consiste, pois, no direito de cada indivíduo pensar e abraçar as ideias que lhe aprouver sem sofrer qualquer restrição ou retaliação por parte do Estado. O homem é livre para pensar e manifestar seus pensamentos. É o direito de cada indivíduo de escolher as ideias que quer adotar ou não, de ser livre para decidir e exteriorizar seus pensamentos. O Estado não deve criar obstáculos a essa liberdade.

[...]

Nesse sentido está relacionado com a própria “autodeterminação do indivíduo”, pois é direito de cada um expor suas ideias, opiniões e emoções e se guiar por elas dentro da sociedade. A liberdade de expressão tem por finalidade a realização pessoal, a possibilidade de se autodeterminar, na medida em que assegura a opção livre de cada um de adotar as ideias e convicções que achar conveniente. Nesses termos a garantia à liberdade de expressão é relevante, na medida em que considera os indivíduos como responsáveis por si mesmos dotados de poder de autodeterminação.

[...]

É intrínseca à natureza do homem expor suas ideias, opiniões, pensamentos, sensações e sentimentos e tentar convencer os demais sobre a importância e a veracidade deles. Para que isso se efetue ele não pode sofrer sanções ao emití-los. E a expressão dessas ideias é dotada de grande poder, pois se reflete diretamente na sociedade, no sistema político adotado e nos valores reinantes. Não se deve subestimar o poder das ideias.

A obra traz, ainda, reflexões acerca das limitações à liberdade de expressão. Trata-se de não proteger a liberdade de manifestação do pensamento de forma absoluta, pois isso implicaria violação de outros direitos igualmente assegurados pelo sistema constitucional. (MEYER-PFLUG, 2009).

Ademais, a liberdade de expressão é tratada por alguns autores como um dos direitos fundamentais mais importantes amparados pela Constituição da República, por ser valor intrínseco à dignidade da pessoa humana, bem como essencial para a proteção do regime democrático de direito.

A concepção dual da liberdade de expressão e comunicação aqui exposta, sistematiza os argumentos esgrimidos em duas perspectivas: (i) na perspectiva subjetiva, apresentam-se as teorias que consideram a liberdade de expressão valor indispensável para a proteção da dignidade da pessoa humana e livre desenvolvimento da personalidade; (ii) na perspectiva objetiva, reúnem-se as teorias que julgam a liberdade de expressão e comunicação valor essencial para a proteção do regime democrático, na medida em que propicia a participação dos cidadãos no debate público e na vida política. (FARIAS, 2004, p. 64).

A proteção à liberdade de expressão teve início quando a burguesia se viu diante da necessidade de expor suas críticas contra a ordem política, econômica

e social que vinha sendo adotada. Dessa forma, os burgueses tinham o interesse de modificar a relação entre reis e súditos, buscando a criação de lugares públicos de debate, para formação de opinião pública. Assim, deixou de existir a classe dos súditos, formando-se agora a classe de cidadãos. (MEYER-PFLUG, 2009).

Tomás de Domingo traduz as funções da liberdade de expressão de três formas: a formação de opinião pública; instrumento de defesa dos demais direitos; e controle dos poderes públicos. (DOMINGO, 2001 apud MEYER-PFLUG, 2009).

Diz-se ainda que a liberdade de expressão possui dimensão civil e política, à medida que garante aos indivíduos o direito de expressar seus pensamentos, inclusive aqueles que contrariam o regime de governo, o Poder Público em geral. (MEYER-PFLUG, 2009).

Assim, a liberdade de expressão garante aos seus titulares a livre manifestação de opiniões sobre assuntos e pessoas que envolvam qualquer tipo de interesses, seja ele público ou particular sem, no entanto, abranger a violência física:

A liberdade de expressão, contudo, não abrange violência. Toda manifestação de opinião tende a exercer algum impacto sobre a audiência – esse impacto, porém, há de ser espiritual, não abrangendo a coação física. No dizer de Ulrich Karpenm “as opiniões devem ser endereçadas apenas ao cérebro, por meio da argumentação racional ou emocional ou por meras assertivas” – outra compreensão entraria em choque com o propósito da liberdade em tela. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 361).

O principal objetivo de garantir a liberdade de expressão como direito fundamental é proibir ao Estado o exercício de qualquer forma de censura sob os meios de comunicação. Nesse sentido, deve ele abster-se de condutas que venham a adentrar no âmbito de proteção das liberdades individuais dos seus tutelados. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Ressalta-se que a censura vedada pelo texto da Lei Maior é “a ação governamental, de ordem prévia, centrada no conteúdo de uma mensagem”. Ou seja, censurar significa passar por um juízo de admissibilidade, conferido ao Estado, como detentor do Poder Público. No entanto, a proibição à censura não impede a responsabilização civil e criminal do indivíduo por aquilo que expressou de forma livre. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 361).

A censura é a forma que alguns Estados adotam (inclusive o Brasil, no período da Ditadura Militar) para repreender manifestações de ordem ideológica ou política. É um instrumento de manipulação. (MEYER-PFLUG, 2009).

Censura vem a ser todo procedimento pelo qual os Poderes Públicos visam a impedir a circulação de certas ideias. Há, portanto, uma pauta de valores que, uma vez agredidos, suscitam o desencadeamento de um processo impeditivo de sua consumação. (BASTOS; MARTINS, 2004 apud MEYER-PFLUG, 2009, p. 80)

O autor Farias (2004, p. 77) traz a proibição à censura na forma de princípio:

Hodiernamente, o princípio da incensurabilidade aponta para o sentido de que a liberdade de expressão e comunicação não seja subjugada a nenhuma forma arbitrária de restrição, sendo inadmissível a censura estatal ou privada, bem como a censura prévia ou posterior.

A respeito da responsabilização, inclusive, o artigo 5º, inciso V, da CRFB/88 (BRASIL-A, 2012) traz o direito de resposta do ofendido, “proporcional ao agravo”, por conta da necessidade de proteger a imagem e a honra do indivíduo, sem prejuízo das medidas cíveis e criminais cabíveis. Nesse sentido, José Afonso do Silva (2011) traz ainda que o direito de resposta é uma forma de se garantir, inclusive, a eficácia do direito à privacidade, igualmente protegido pela Constituição.

Por outro lado, deve-se atentar ao fato de que a liberdade de expressão abrange, de igual forma, o direito de se manter calado, de não informar. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Nesse sentido, extrai-se de Silva (2011, p. 244):

Acrescente-se que, na liberdade de manifestação do pensamento, se inclui, também, o direito de tê-lo em segredo, isto é, o direito de não manifestá-lo, recolhendo-o na esfera íntima do indivíduo. De tudo se conclui que não se pode impor a ninguém uma conduta ou obrigação que conflite com sua crença religiosa ou com sua convicção filosófica ou política. O direito de ficar calado passou a ser um direito individual inscrito na Constituição.

Dessa forma, conclui-se que o direito à liberdade de expressão garante ao titular, além do direito de se manifestar, também o direito de não fazê-lo, ou seja, de ter ação negativa, de abster-se de expressar sua opinião.

4.1.2 Sujeitos

Como a liberdade de expressão determina uma abstenção do Estado em não promover a censura, resta claro que é ele o sujeito passivo desse direito.

Tratando-se de um típico direito de abstenção do Estado, essa liberdade será exercida, de regra, contra o Poder Público. Ela não enseja, ordinariamente, uma pretensão a ser exercida em face de terceiros. A liberdade constitucional não pode ser invocada para exigir a publicação, por exemplo, de uma dada opinião, num jornal privado, em situação não abrangida pelo direito de réplica. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 362).

Verifica-se, portanto, que, via de regra, o direito constitucional de liberdade de expressão é invocado contra o Poder Público, tutor de tal garantia.

No entanto, em circunstâncias especiais, a liberdade de expressão pode ser invocada em relações entre particulares, o que não acontece de forma automática, necessitando para tanto um juízo de ponderação do julgador “mediante balanço dos interesses envolvidos”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 362-363).

Meyer-Pflug (2009, p. 88-89) trata do tema mencionando que, quando o particular ou grupos sociais são os responsáveis pela violação ou conflito dos direitos fundamentais, estamos diante de uma situação denominada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Dessa forma, a proibição à discriminação e respeito aos direitos fundamentais é dever do Estado e de toda a sociedade. “O Estado ao mesmo tempo deve garantir a liberdade de expressão, não criando obstáculos ou restringindo o seu exercício, fomentá-la e protege-la de possíveis violações vindas de atos dos particulares”. No entanto, ressalta-se que o caráter prestacional da liberdade de expressão não se aplica aos particulares, cabendo exclusivamente ao Poder Público promover e facilitar o exercício desse direito.

Além disso, verifica-se a proibição do monopólio e do oligopólio dos meios de comunicação, previsto no artigo 220, §5º, da Constituição Federal, posto que “Coibir a formação de grupos que, por suas características, revelem-se danosos à livre difusão de ideias é coerente com o reconhecimento da liberdade de expressão como um valor objetivo”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 362-363).

Os sujeitos ativos são, por sua vez, e como já explanado no capítulo anterior, todos os seres humanos, tendo em vista a profunda ligação dos direitos fundamentais com o princípio da dignidade da pessoa humana, restando eventuais

controvérsias apenas no que tange à titularidade de estrangeiros e pessoas jurídicas.

4.1.3 Abrangência

A liberdade de expressão não é exercida, tão somente, por meio de palavras ditas ou escritas. Verifica-se de forma bastante comum o uso da linguagem corporal, por exemplo, como forma de manifestação do pensamento. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Prova disso, é que o próprio texto constitucional trouxe, em seu artigo 5º, inciso IX, a “expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação” (BRASIL-A, 2012). Essas formas de manifestação são chamadas também de *expressões simbólicas*. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 365) trazem o seguinte caso para ilustrar a possibilidade de liberdade de expressão simbólica:

No direito brasileiro, a propósito, o STF registra precedente em que se afastou a punição criminal, como atentório ao pudor, de conduta de certo diretor de teatro, que reagiu a vaias, expondo as nádegas desnudas ao público. Considerou-se o tipo de espetáculo em que o acontecimento se verificou e o público que a ele ocorreu, para se ter, no episódio, o intuito de expressão simbólica como preponderante sobre valores que a lei penal visa tutelar.

Desta feita, resta claro que para o direito constitucional brasileiro, a liberdade de expressão abrange tanto as manifestações de pensamento por meio de palavras, quanto por meio de expressões corporais, símbolos, atitudes etc.

4.1.4 Limitações à liberdade de expressão

Viu-se que apesar de os direitos fundamentais terem como característica serem absolutos, existe a possibilidade de restringi-los, limitá-los, tornando-os dessa forma relativos.

Como menciona Meyer-Pflug (2009), não há como o direito à liberdade de expressão ser absoluto, uma vez que os homens possuem opiniões diferentes, sendo que não impor limites ao exercício desse direito acabaria por prejudicar os seus próprios detentores.

No que diz respeito à liberdade de expressão, a limitação desse direito é trazida pela Constituição que, no §1º, do artigo 220, assim dispõe:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, **observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.** (sem grifos no original). (BRASIL-A, 2012).

Os incisos mencionados trazem as seguintes disposições:

Art. 5º *Omissis*

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo **vedado o anonimato**;

V - é assegurado o **direito de resposta**, proporcional ao agravo, além da **indenização por dano material, moral ou à imagem**;

[...]

X - são **invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas**, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, **atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer**;

XIV - é assegurado a todos o **acesso à informação** e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. (sem grifos no original). (BRASIL-A, 2012).

Nesse sentido, apenas extraindo-se o conteúdo trazido pelo §1º do artigo 220, verifica-se limitações impostas pelo constituinte, no sentido de que a liberdade de expressão será respeitada, desde que não haja infração à outros direitos constitucionalmente tutelados, como a vedação ao anonimato, o direito de resposta e indenização por dano material, moral ou à, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, o respeito à qualificação profissional que a lei exigir (nesse caso aos que se dedicam aos meios de comunicação), bem como o direito de acesso à informação.

A vedação ao anonimato, da mesma forma que a proibição à censura, é trazida por Farias (2004, p. 183) na forma de princípio. O autor menciona que a finalidade de proibir o anonimato é possibilitar a responsabilização daquele que exerce seu direito de liberdade de expressão e comunicação de forma abusiva.

Tendo em vista que comumente o anonimato significa a ocultação maliciosa do próprio nome para fugir à responsabilidade pela divulgação de matérias

que podem causar prejuízos a terceiros, é fácil deduzir que a finalidade precípua do princípio em tela [princípio da vedação ao anonimato] é evitar que os autores de mensagens apócrifas fiquem imunes pelos danos provocados à honra, intimidade, à vida privada e à imagem das pessoas ou aos valores de segurança e bem-estar da sociedade, constituindo, assim, a identificação do agente comunicador um ônus da liberdade de expressão e comunicação.

Oportuno registrar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido por ocasião da análise do Mandado de Segurança – MS 24.639/DF (relator Min. Celso de Mello, DJ 16.10.2002), a respeito do princípio de vedação ao anonimato: “Quem manifesta o seu pensamento através da imprensa escrita ou falada, deve começar pela sua identificação. Se não o faz, a responsável por ele é a direção da empresa que o publicou ou transmitiu”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 85).

Cabe aqui transcrever uma breve passagem de Moraes (2009, p. 45) acerca da liberdade de pensamento, direito de resposta e reponsabilidade por dano material, moral ou à imagem:

A manifestação do pensamento é livre e garantida em nível constitucional, não aludindo a censura prévia em diversões e espetáculos públicos. Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a conseqüente responsabilidade civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga.

Assim, garante-se ao indivíduo que se sentir ofendido ou prejudicado com qualquer manifestação de pensamento, requerer seu direito de resposta, de *contra-argumentar a opinião manifestada*. “É um direito de defesa que se constitui numa obrigação de fazer para o Estado ou para os responsáveis pela divulgação das ideias ofensivas”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 86).

Por outro lado, para entender o que diz respeito à inviolabilidade à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada, devemos compreender cada um desses direitos.

Podemos dizer, em síntese, que a imagem é o conjunto de atributos externos de qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica; a honra diz respeito à dignidade e reputação do indivíduo; a intimidade trata de “relações de caráter íntimo, familiar e pessoal, aquela que se dá entre amigos e familiares”; e a vida privada diz

respeito aos relacionamentos da vida profissional e comercial do indivíduo. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 87-88).

Ademais, o artigo 220 preconiza nos §§3º e 4º outras limitações à liberdade de expressão, *in verbis*:

Art. 220 *Omissis*

[...]

§ 3º - Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. (BRASIL-A, 2012).

No caso do §3º, o constituinte determina que, nas hipóteses ali referidas, a limitação seja feita pelo o legislador ordinário, conferindo a ele o ônus de verificar a forma mais adequada de se garantir a liberdade de expressão, sem infração àqueles dispositivos apontados anteriormente.

A respeito da proteção à infância e adolescência, trazem os autores Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 367-368):

Com relação à criança e ao adolescente, ademais, a Constituição determina que se conceda “absoluta prioridade” ao dever do Estado, da sociedade e da família, de assegurar a esses jovens o direito à vida, à educação, à dignidade e à liberdade, fixando-se o propósito de coloca-los a salvo “de toda forma de discriminação, violência, exploração, crueldade e opressão”.

[...]

A liberdade de expressão, portanto, poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano.

Nesse sentido, verifica-se que a liberdade de expressão deve ceder ao valor de proteção à infância e à adolescência, por ter a absoluta prioridade imposta constitucionalmente.

Além disso, algumas leis que não têm como objetivo inicial limitar as manifestações de pensamento podem fazê-lo, diante do seu conteúdo próprio posto em prática.

A lei que proíbe o uso de buzina em frente aos hospitais não tem por meta restringir a liberdade de opinião política, mas terá repercussão sobre decisão de se promover, nas imediações de estabelecimentos médicos, um *buzinação* de protesto. [...] Procede-se, nesses casos, a uma concordância prática colateral entre valores em conflito, para assegurar a legitimidade da lei que tem por efeito colateral a interferência sobre o exercício da liberdade de expressão. O teste de validade da lei não exige critérios particularmente estritos, bastando que a deliberação legislativa se revele razoável. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 368).

Outra forma de manifestação não abrigada pela proteção da liberdade de expressão é a profissão de palavras com intuito de “quebrar” a ordem pública, como aquelas que provoquem um falso perigo. Como exemplo, uma pessoa que grita “FOGO!” na forma de um alarme falso, não está protegida, neste caso, pelo direito de liberdade de expressão. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Questão de relevância a ser levantada é acerca do chamado “discurso do ódio”, não aceito pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido:

Por outro lado, o discurso do ódio, entre nós, não é tolerado. O STF assentou que incitar a discriminação racial, por meio de ideias anti-semitas, “que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu”, constitui crime, e não conduta amparada pela liberdade de expressão, já que nesta não se inclui a promoção do racismo. Devem prevalecer, ensinou o STF, os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 370).

O discurso do ódio diz respeito às manifestações de caráter racista, preconceituoso ou discriminatório, que podem levar inclusive ao cometimento de atos violentos. Nas palavras de Brugger (2007 apud MEYER-PFLUG, 2009, p. 97), trata-se de “palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”.

Assim, autores como Meyer-Pflug (2009) mencionam que os discursos do ódio ferem, principalmente, a dignidade humana. Resultado disso muitas vezes é visto quando determinado grupo impede outro de participar de determinada atividade por conta de certa característica, tida pelo primeiro como depreciadora.

Nas manifestações de ódio, os destinatários são feridos por pertencerem a um determinado grupo que é discriminado. É dizer, o indivíduo é violado exatamente naquilo que o identifica como pertencente daquele determinado setor da sociedade. Nesse sentido, ele só deixaria de ser ofendido se perdesse a condição de membro do grupo ao qual pertence. Isso implicaria renúncia de opções políticas, crenças religiosas, opção sexual... Em outras palavras, significaria a perda da própria identidade. No mais das vezes há que se considerar que é impossível ao indivíduo renunciar a essas características, pois elas compõem sua personalidade, a sua identidade. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 102).

Assim, o indivíduo prejudicado pelos discursos do ódio fica em situação de fragilidade, à medida que só poderia ser aceito na sociedade caso renunciasse ao seu direito de personalidade. É como obrigar alguém a deixar de ser o que ela realmente é. É atingir o grau mais profundo da intimidade humana.

Desta forma, verifica-se que, quando em conflito com outros valores fundamentais constitucionalmente protegidos, o direito de liberdade de expressão pode sim ser limitado, cabendo novamente ao julgador valer-se de ponderação, por meio dos postulados de proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade *latu sensu*.

Por fim, o conteúdo verídico da manifestação também é considerado um requisito, ou um limite, à liberdade de expressão. Dessa forma, a comunicação social não pode valer-se de afirmativas sabidamente falsas para apresentar determinada notícia. “A publicação, pelos meios de comunicação, de fato prejudicial a outrem gera direito de indenização por danos sofridos, admitindo-se, entretanto, a prova da verdade, como fato excludente da responsabilidade”. Dessa forma, a conduta protegida constitucionalmente é aquela abrigada por conteúdos verdadeiros. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 371).

Essa temática também é tratada por Silva (2011, p. 247), que assim leciona:

Reconhece-se-lhes [aos donos da empresa e jornalistas] o *direito de informar* ao público os acontecimentos e ideias, mas sobre ele incide o *dever de informar* à coletividade de tais acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário se terá não informação, mas desinformação.

Isso quer dizer, especificamente, que o direito de informar traz junto consigo o dever de informar com veracidade, uma vez que a imprensa é um *instrumento de formação de opinião pública*. (SILVA, 2011).

Entretanto, tal assertiva é abordada de maneira diversa por alguns autores, como Farias (2004), que dizem que a liberdade de expressão e a liberdade de comunicação são direitos fundamentais de núcleo material diferente, de onde se deduz que apenas a liberdade de comunicação, por ter um conteúdo objetivo, exige a veracidade das informações.

O autor inicia sua tese mencionando que a liberdade de difusão de ideias, pensamentos, crenças etc. possuem, na legislação e na doutrina, diferentes nomenclaturas, as quais muitas delas levam a formar conceitos diferentes sobre esse direito. (FARIAS, 2004).

Ao adotar a denominação *liberdade de expressão e comunicação*, Farias (2004, p. 55) aduz que se trata de duas liberdades diferentes, sendo que a primeira manifesta “pensamentos, ideias, opiniões, crenças e juízos de valor” e a segunda trata da “difusão de fatos ou notícias”.

A importância prática dessa dicotomia reside [...] na delimitação das responsabilidades decorrentes do exercício da liberdade de expressão e comunicação. A título de exemplo: a liberdade de expressão, por ter conteúdo objetivo e abstrato, não se encontra submetida ao limite interno da verdade; a liberdade de comunicação, constituída por conteúdo objetivo, encontra-se suscetível de comprovação da verdade. (FARIAS, 2004, p. 55).

Dessa forma, o autor assevera que a expressão de pensamentos, ideias, opiniões, etc. não estão sujeitas, necessariamente, a um conteúdo dotado de veracidade. Por outro lado, a comunicação social deve ser feita com responsabilidade, trazendo à sociedade conteúdos verídicos.

Importante frisar que a limitação à liberdade de expressão não fere a proibição à censura estatal ou privada.

[...] não há contradição entre o princípio em questão [princípio da incensurabilidade] e a restrição do âmbito de proteção da liberdade de expressão e comunicação, quando necessário para resguardar os cidadãos ou a coletividade de eventuais abusos cometidos por essa liberdade. A proibição de censura não se confunde com imunidade absoluta da liberdade de expressão e comunicação. (FARIAS, 2004, p. 78).

Desta forma, voltando ao que já foi explanado no capítulo anterior, sempre que existe um conflito entre direitos fundamentais, há que se trabalhar sob a ótica do sopesamento, sendo que um dos princípios colidentes deverá ceder. No caso acima, a liberdade de expressão poderá ser submetida à limitação/restrrição, se

utilizada de forma abusiva, ao ponto de adentrar no âmbito de proteção de outros direitos constitucionalmente protegidos.¹⁵

4.2 LIBERDADE RELIGIOSA

¹⁵Nesse sentido, basta uma simples leitura do “cabeçalho” da ementa do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 (ADPF-130), pelo Supremo Tribunal Federal, para se verificar que a liberdade de expressão “da imprensa” foi alçada a um patamar constitucionalmente mais avantajado no âmbito da ponderação de interesses constitucionais, razão por que a solução preconizada pelo Pretório Excelso para dirimir a eventual colisão entre o bloco de direitos fundamentais à liberdade de expressão e o bloco de direitos fundamentais de proteção à intimidade e à privacidade, leva à prevalência da liberdade de expressão, garantindo-se o direito posterior à indenização.

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PROCEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamenta nº 130. Relator Ministro Carlos Britto, julgado em 04 set. 2008).

Tal decisão, no entanto não nos parece factível ou idêntica à hipótese de colisão entre duas liberdades de expressão: a de convicções e a religiosa, ou, mesmo à colisão entre a liberdade de expressão da crença religiosa e a dignidade da pessoa humana ínsita ao direito fundamental de opção sexual.

O direito fundamental de liberdade religiosa é um desdobramento do direito à liberdade de expressão, englobando, não só a liberdade de crença, mas como a liberdade de o indivíduo aderir a uma religião (ou a nenhuma), bem como de exercício de culto. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Tal previsão é encontrada no artigo 5º, inciso VI, da Constituição da República (BRASIL-A, 2012):

Art. 5º *Omissis*

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Silva (2011) ensina que, na verdade, a liberdade religiosa é uma liberdade espiritual manifestada por meio da manifestação do pensamento, compreendendo três formas (três liberdades): a liberdade de crença, a liberdade de culto; e a liberdade de organização religiosa.

Para o autor, a liberdade de crença abarca tanto “a *liberdade de escolha* da religião, a *liberdade de aderir* a qualquer seita religiosa, a *liberdade* (ou direito) de *mudar de religião*, mas também compreende a *liberdade de não aderir a religião nenhuma*”. (SILVA, 2011, p. 248-249).

Por outro lado, a liberdade do culto é assegurada tendo em vista que é natural que a contemplação de um ente sagrado se faça por meio de ritos, cultos, cerimônias, reuniões etc. Assim, citando Pontes de Miranda (1970 apud SILVA, 2011, p. 249), “Compreendem-se na liberdade de culto a de orar e a de praticar os atos próprios das manifestações exteriores *em casa* ou *em público*, bem como a de recebimento de contribuições para isso”.

A respeito dos locais de culto:

As liturgias e os locais de culto são protegidos nos termos da lei. A lei deve proteger os templos e não deve interferir nas liturgias, a não ser que assim imponha algum valor constitucional concorrente de maior peso na hipótese considerada. Os logradouros públicos não são, por natureza, locais de culto, mas a manifestação religiosa pode ocorrer ali, protegida pelo direito de reunião, com as limitações respectivas. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 417).

Importante frisar que, impedir o homem de expressar sua fé, é um “desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e a própria diversidade espiritual”. (MORAES, 2009, p. 46).

Registre-se que garantir o direito à liberdade religiosa não consiste apenas em não impor ou não impedir o exercício de determinada religião. Além disso, cabe ao Estado propiciar o cumprimento dos preceitos advindos da fé religiosa.

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres. (MIRANDA, 1993, p. 359).

Por fim, a liberdade de organização religiosa diz respeito, além do estabelecimento das igrejas, às relações destas com o Estado. A República Federativa do Brasil estabeleceu-se, com a Constituição de 1891, como Estado laico, consolidando essa separação e os princípios básicos da liberdade religiosa. (SILVA, 2011, p. 251).

Nesse sentido, mesmo sendo um Estado laico, é comum se observar manifestações religiosas promovidas pelo próprio Estado, como a invocação da proteção de Deus no preâmbulo constitucional, a possibilidade de inserção de ensino religioso em escolas públicas, bem como a admissão do casamento religioso para produção de efeitos civis. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 418).

Doutra banda, viu-se anteriormente que a liberdade religiosa é um desdobramento da liberdade de expressão e esta, por sua vez, compreende tanto uma ação negativa do Estado (abster-se de impedir as manifestações de pensamento), como uma ação positiva, promovendo e facilitando o exercício do direito. Dessa mesma forma, a liberdade religiosa também possui esse caráter prestacional.

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. (MIRANDA, 2000 apud SORIANO, 2002, p. 7).

Tal previsão é encontrada na CRFB/88, em seu artigo 5º, inciso VII (BRASIL, 2012-A):

Art. 5º *Omissis*

[...]

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

Outro aspecto importante é de que o direito à liberdade religiosa não pode ser invocado como pretexto para o cometimento de ilícitos penais. Um exemplo clássico e já decidido pelo STF é a proibição da prática de curandeirismo. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Como supramencionado, o Estado brasileiro é laico, o que consiste em não adotar uma religião oficial. A respeito da laicidade, trazem Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 419):

A laicidade do Estado não significa, por certo, inimizade com a fé. Não impede a colaboração com confissões religiosas para o interesse público (CF, art. 19, I). A sistemática constitucional acolhe, mesmo, expressamente, medidas de ação conjunta dos Poderes Públicos com denominações religiosas e reconhece como oficiais certos atos praticados no âmbito de cultos religiosos, como é o caso da extensão dos efeitos civis ao casamento religioso.

Nesse sentido, vê-se que um Estado laico como é a República Federativa do Brasil não deixa de prestar assistência e garantias às questões religiosas, incorporando em seu ordenamento, inclusive, meios de reconhecer atos religiosos como oficiais, como é o caso já citado do reconhecimento dos efeitos civis de um casamento religioso.

Ademais, um argumento forte que justifica a proteção à liberdade religiosa em países não confessionais é a questão cultural. Isso quer dizer que a religião faz parte da própria cultura de um povo, sendo a religião uma grande colaboradora na formação moral dos cidadãos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Justificam-se as festividades religiosas sob o amparo do Estado constitucional sempre que se refiram a símbolos que reacendam na memória coletiva as suas raízes culturais históricas que lhe conferem identidade – e não há como negar, sob esse aspecto, por exemplo, a marcante contribuição do catolicismo para a formação espiritual, moral e cultural do povo brasileiro. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 420).

Assim, vê-se que a formação cultural e espiritual de uma sociedade colabora com a própria construção de sua história. Häberle (2001 apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 420) aduz, inclusive, que os símbolos religiosos “dizem frequentemente mais sobre o espírito de um povo do que algumas normas jurídicas”.

Note-se ainda que, como tratado no capítulo anterior, os direitos fundamentais em geral tiveram origem no Cristianismo, de onde surgiram as primeiras manifestações à proteção à dignidade dos homens. Assim, se vê que a liberdade religiosa contribuiu de forma substancial para a formação histórica dos direitos humanos.

Mesmo diante de toda a importância destacada da liberdade religiosa, esta não tem caráter absoluto, da mesma forma que a liberdade de expressão.

Cumprir registrar que a liberdade religiosa não é absoluta. Todavia, não faz o arcabouço constitucional, como fazia o anterior, menção expressa à necessidade de respeitar a ordem pública e os bons costumes. O respeito a esses conceitos decorre do próprio sistema jurídico adotado e não permite que a lei venha restringir esse direito de modo a esvaziar o seu conteúdo, ou criar óbices ao seu regular exercício. Também na Alemanha os limites à liberdade religiosa só podem advir da Lei Fundamental, pelos princípios por ela adotados, sendo vedada a sua relativização pela legislação infraconstitucional. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 38).

Nesse sentido, apesar de o ordenamento jurídico brasileiro não trazer de forma expressa qualquer limitação ou proibição ao exercício desse direito, existe a necessidade de se respeitar a ordem pública e os bons costumes, e isso se faz com base nos demais princípios tutelados pela Constituição. Oportuno salientar que ter o constituinte omitido a previsão de qualquer limitação ao exercício da liberdade religiosa tem fundamento na proteção do conteúdo do próprio direito, ou seja, no resguardo de seu núcleo essencial.

5 ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 122/2006

5.1 SÍNTESE DO PROJETO

O Projeto de Lei nº 122/2006 – Criminalização da Homofobia - foi elaborado pela Deputada Federal Iara Bernardi e, após aprovação na Câmara dos Deputados na data de 23 de novembro de 2006, onde tramitou com o nº 5.003/2001, foi encaminhado ao Senado Federal para análise, onde se encontra, atualmente, pendente de votação.

Em sua redação inicial (PLC 5.003/2001), a Deputada Iara Bernardi propunha a atribuição de penalidades às pessoas jurídicas que viessem a praticar atos discriminatórios em razão da orientação sexual das pessoas. O artigo primeiro do referido projeto possuía a seguinte redação:

Art. 1º A qualquer pessoa jurídica que por seus agentes, empregados, dirigentes, propaganda ou qualquer outro meio, promoverem, permitirem ou concorrerem para a discriminação de pessoas em virtude de sua orientação sexual serão aplicadas as sanções previstas nesta Lei, sem prejuízo de outras de natureza civil ou penal. (BRASIL, 2012-C).

O artigo 2º do projeto previa os atos que seriam considerados ilícitos, como por exemplo constranger, proibir o ingresso ou permanência, atender de forma diferenciada etc.

Em seguida, o artigo 3º determinou quais sanções seriam aplicáveis para o caso do descumprimento da lei, como a inabilitação para contratação com os órgãos da administração pública, proibição do acesso aos créditos concedidos pelo Poder Público e do recebimento de quaisquer benefícios tributários.

Em sua justificação, a Deputada Iara Bernardi apresentou a necessidade de o direito e a legislação evoluírem juntamente com o avanço da sociedade brasileira, atribuindo aos legisladores o dever de assegurar o respeito aos direitos humanos, dignidade e cidadania das pessoas, sem discriminação de qualquer natureza, seja ela de raça, cor, religião, opinião política, sexo ou orientação sexual.

Trouxe ainda argumentos relativos à importância da proteção à orientação sexual, por ser um direito personalíssimo, inerente e inegável à pessoa humana.

Nossa principal função como parlamentares é assegurar direitos, independentemente de nossas escolhas ou valores pessoais. Temos que

discutir e assegurar direitos humanos sem hierarquiza-los. Homens, mulheres, portadores de deficiência, homossexuais, negros/negras, crianças e adolescentes são sujeitos sociais, portanto sujeitos de direito. (BRASIL, 2012-C).

Ao final, atribuiu ao artigo 5º, da Constituição Federal, o fundamento legal do projeto, tendo em vista estar ali previsto o direito constitucional de igualdade.

Após o trâmite na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 5.003 de 2001 (agora com o nº 5.003-B, de 2001) foi encaminhado ao Senado Federal (ali tombado sob o nº 122, de 2006) com sua nova redação, iniciando com o seguinte preâmbulo:

Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. (BRASIL, 2012-B).

A nova redação do projeto amplia a abrangência da Lei nº 7.716 de 1989 – que trata especificamente dos crimes motivados por preconceito de raça ou cor –, o que, por consequência, dá nova redação a alguns dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452/1943, a fim de definir os crimes “resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero”. (BRASIL, 2012-B).

Primeiramente, o artigo 2º do projeto altera a ementa da Lei 7.716/89, que antes apenas mencionava que a lei definiria os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Com a alteração, configurará crime aquele motivado por preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Na sequência, o artigo 3º do projeto propõe a alteração do artigo 3º da lei, prevendo a punição dos referidos crimes.

Já o artigo 4º entra no âmbito trabalhista, para alterar o artigo 4-A da referida lei, definindo como crime a demissão direta ou indireta, podendo o empregador ser apenado com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

O artigo 5º do projeto prevê alteração nos artigos 5º, 6º e 7º da Lei nº 7.716/89. Nesse sentido, o artigo 5º da Lei 7.716/89 prevê como crime o impedimento, recusa ou proibição de ingresso e permanência em qualquer

estabelecimento aberto ao público, cuja pena de reclusão varia de 1 (um) a 3 (três) anos.

Por conseguinte, o artigo 6º configura como crime a recusa, negação, impedimento, preterição, prejuízo, retardo ou exclusão de pessoas do sistema educacional, recrutamento ou promoção funcional ou profissional, aplicando-se pena de reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos.

Da mesma forma, e com a aplicação da mesma penalidade, o artigo 7º prevê como crime sobretaxar, recusar, preterir ou impedir a hospedagem em qualquer estabelecimento (pensão, hotel, motel e similares).

O artigo 6º do projeto introduz na lei o artigo 7º-A, que traz a mesma previsão do artigo 7º, no entanto em relação à locação, compra, aquisição, arrendamento ou empréstimo de bens móveis ou imóveis, independentemente da finalidade, reduzindo a pena mínima para 2 (dois) anos.

Em seguida, o artigo 7º do projeto prevê a introdução dos artigos 8º-A e 8º-B, que dizem respeito à criminalização do impedimento de manifestações afetivas em virtude das características previstas no artigo 1º (raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero), bem como de cidadãos homossexuais, bissexuais ou transgêneros, caso tais manifestações sejam permitidas aos demais públicos. Nesses casos, a pena de reclusão vai de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Ademais, o artigo 8º do projeto prevê a alteração dos artigos 16 e 20, da Lei 7.716/89. Ao artigo 16 propõe-se a introdução de novos efeitos à condenação pelos crimes previstos na lei, tais como perda de cargo ou função pública, inabilitação para contratos com a administração pública, vedação ao recebimento de benefícios de ordem tributária, multa etc.

Já o artigo 20 traz importante alteração na referida Lei, passando o dispositivo a possuir a seguinte redação:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero:

.....
§ 5º O disposto neste artigo envolve a prática de qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica. (BRASIL, 2012-B).

Em seguida, o artigo 9º do projeto acrescenta à lei o artigo 20-A, que trata do procedimento de apuração da prática dos crimes, bem como o artigo 20-B, o qual prevê que a interpretação dos dispositivos da referida lei será feita com base nos princípios de igualdade, de oportunidade e proteção aos direitos humanos, bem como em respeito aos tratados ou convenções internacionais das quais o Brasil seja signatário.

Por outro lado, artigo 10º do Projeto traz a nova redação do artigo 140, do Código Penal:

Art. 140.
 § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:
 Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa. (BRASIL, 2012-B).

Já o artigo 11 traz a nova redação do artigo 5º, da CLT:

Art. 5º
 Parágrafo único. Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, orientação sexual e identidade de gênero, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição Federal. (BRASIL, 2012-B).

Por fim, o artigo 12 do projeto trata apenas do início do vigor da lei.

Durante o trâmite do Projeto de Lei nº 122/2006, diversas audiências públicas foram realizadas, contando com a presença de representantes dos mais diversos segmentos, como de Jean Wyllys de Matos Santos, Professor Universitário e representante da classe LGBT, Ivair Augusto dos Santos, Secretário Executivo do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, Paulo Leão, Presidente da Associação Católica de Juristas do Rio de Janeiro, entre outros. Na última designação de audiência pública foi realizado requerimento para o comparecimento dos expositores Pastor Silas Malafaia e Pastor Joide Miranda, grandes representantes dos grupos religiosos. (BRASIL, 2012-B)

O projeto já foi aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais, e encontra-se em votação pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. Na

passagem por tais comissões resultou em modificações substanciais na redação do Projeto.

A Comissão de Assuntos Sociais emitiu seu parecer (Relatora: Senadora Fátima Cleide) baseado nos postulados de Dignidade Humana e Pluralismo Político, bem como em seus princípios básico: liberdade e igualdade. Na análise do projeto, a Comissão esclarece que todas as condutas previstas no Projeto são referentes aos comportamentos dolosos “que têm intenção explícita de vitimar o outro, motivados por preconceito contra indivíduos ou grupos”. Ademais, incluiu no rol dos crimes, aqueles resultantes de discriminação ou preconceito da condição de pessoa idosa ou com deficiência. (BRASIL, 2012-B).

Na Comissão de Assuntos Sociais, o último relatório apresentado, tendo como relatora a Senadora Marta Suplicy, foi no sentido de aprovar o projeto, tendo em vista a necessidade de proteção às minorias não aceitas em nossa sociedade predominantemente heterossexual. No entanto, esclareceu que as práticas homofóbicas devam ser objeto de lei específica, resguardando à lei nº 7.716, de 1989 apenas “as condutas de maior desvalor, ou seja, os atos de discriminação mais repudiados pela sociedade como um todo, independentemente da ideologia de cada indivíduo”. (BRASIL, 2012-B).

No parecer emitido, a Comissão trouxe importante reflexão acerca da “manifestação pacífica de pensamento decorrente da fé e da moral, fundada na liberdade de consciência, crença e religião”. (BRASIL, 2012-B).

Não podemos ignorar que muitas religiões consideram a prática homossexual uma conduta a ser evitada. Esse pensamento está presente em várias doutrinas que não podem ser ignoradas e desrespeitadas, pois se inserem no âmbito de proteção do direito à liberdade religiosa. Nesse aspecto, mesmo firmes no propósito de combater a discriminação, não podemos nos esquecer do princípio da liberdade religiosa, inscrito no inciso VI do art. 5º de nossa Carta Magna, segundo o qual é inviolável a liberdade de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. (BRASIL, 2012-B).

Baseada nisso, a Comissão apresentou emenda no sentido de não se aplicar a Lei nos casos de manifestação pacífica de pensamento, de que se trata o artigo 5º, inciso VI, da CRFB/88.

No entanto, o parecer da Comissão emitido pela Senadora Marta Suplicy não foi aceito por todos os membros. A Senadora Marinor Brito apresentou voto em

separado, discordando, entre outras assertivas, da “imunidade” concedida às entidades religiosas pela Comissão, mencionando que se trata de um retrocesso e configura uma evidente inconstitucionalidade. Baseia-se no sentido de que não há na Constituição Federal qualquer princípio normativamente superior ao outro, cabendo aos magistrados a sua interpretação de forma harmônica.

[...] não há necessidade de garantir imunidade às entidades religiosas. À elas é garantida constitucionalmente, no art. 5º, VI, a inviolabilidade de liberdade de consciência e de crença. No entanto, isso não impede que uma entidade religiosa venha a ser processada por incitação ao racismo. O direito à orientação sexual é uma faceta da dignidade da pessoa humana tanto quanto o direito à não discriminação em vista da raça ou cor. Não cabe dar a uma delas um tratamento diferente, mesmo porque à entidade religiosa não está sendo proibida a doutrina de sua fé, que pode ser contrária à livre orientação sexual. O que se está a impedir é que, a pretexto de se garantir a liberdade de consciência e crença, se passar a ofender a dignidade de outras pessoas. Assim, o que se visa proibir é a exacerbação do direito. (BRASIL, 2012-B).

Dessa forma vê-se que, enquanto a Senadora Marta Suplicy sugere a não aplicação da Lei às manifestações religiosas a fim de resguardar os direitos fundamentais de liberdade de consciência, crença e religião, a Senadora Marinor Brito assevera que esses direitos não são superiores aos de igualdade e liberdade (que fundamentam o projeto), não devendo as entidades religiosas ficarem imunes às sanções da lei, uma vez que a liberdade de consciência e crença não podem ser usadas como pretexto para ofender a dignidade das pessoas.

Por fim, as últimas manifestações feitas no Projeto foram o requerimento de nova audiência pública (Marta Suplicy) e a inclusão dos Pastores Silas Malafaia e Joide Miranda como expositores (Senador Magno Malta).

Nos itens seguintes deste capítulo, tentaremos contextualizar a discussão sobre o eventual conflito entre liberdade de expressão e liberdade religiosa, no âmbito do referido projeto, à luz da doutrina e jurisprudência constitucional sobre o assunto, com ênfase em dois relevantes precedentes do Supremo Tribunal Federal que envolveram a análise da aplicabilidade da liberdade de expressão.

5.2 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DOS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE EXPRESSÃO

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito dos limites da liberdade de expressão em julgamentos bastante expressivos, como nos casos denominados Caso Ellwanger e Marcha da Maconha. A análise desses julgados é de suma importância para o Projeto de Lei 122/2006, uma vez que as ideias trazidas pelo STF nos referidos casos podem em muito influenciar na aprovação do projeto.

5.2.1 Caso Ellwanger

O Caso Ellwanger se trata do julgamento do Habeas Corpus (HC 82424), encerrado em 17 de setembro de 2003, interposto pela defesa do escritor Siegfried Ellwanger, condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul por crime de racismo, em razão da publicação de livros com conteúdo antissemita.

O STF, por maioria de 7 votos a 3, entendeu pela denegação da ordem, uma vez que o racismo não refere-se tão somente ao preconceito contra os negros, mas contra qualquer classe humana que, no caso dos autos, é a classe dos judeus.

No julgamento do remédio constitucional interposto, os votos foram bastante divergentes, trazendo inúmeras discussões acerca da concepção jurídica e científica de racismo, prescrição, atipicidade do crime, irretroatividade da lei penal, limites da liberdade de expressão e outras questões relevantes.

O julgamento possui a seguinte ementa:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. 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. 5. 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. 6. 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", "islamofobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. **13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.** 14. **As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.** 15. "Existe um nexos estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência

dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (sem grifos no original). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424. Relator: Ministro Mauricio Corrêa, julgado em 17 set. 2003).

Conforme se extrai da ementa do julgado, o STF entendeu que a liberdade de expressão não é absoluta, não devendo ser usada para afastar a punibilidade de condutas ilícitas, como do racismo. Ademais, a liberdade de expressão deve ser exercida em harmonia com os demais postulados Constitucionais, em especial em respeito aos princípios de dignidade da pessoa humana e igualdade.

Em resumo dos votos vencidos, o Ministro Moreira Alves proferiu voto no sentido de conceder o habeas corpus ao paciente, uma vez que os judeus não devem ser considerados uma raça, razão pela qual não há o que se falar em racismo. Assim, teria ocorrido a extinção da punibilidade do réu por conta da prescrição do crime.

Da mesma forma, o Ministro Carlos Ayres Britto votou pela concessão do habeas corpus, tendo em vista a atipicidade do crime, uma vez que o crime de racismo por meios de comunicação só foi tipificado após o cometimento do delito.

O Ministro Marco Aurélio defendeu o direito de liberdade de expressão do paciente, votando também pela concessão da ordem. Nesse sentido, mencionou que não houve no livro qualquer instigação ou incitação à prática do racismo, sendo que este trata apenas de uma exposição de ideias acerca da relação havida na Segunda Guerra Mundial entre alemães e judeus. Para ele, a obra do paciente não passava de uma visão histórica pessoal do fato.

A respeito dos votos vencedores, o Ministro Maurício Corrêa proferiu voto no sentido de que a genética já comprovou a inexistência de diversas raças por conta de características biológicas, sendo tal conceito decorrente de uma construção político-social, resultado da intolerância dos homens com as “diferenças” o que, portanto, faz da conduta do paciente um crime de racismo.

Compartilhando com a mesma ideia, o Ministro Celso de Mello ressaltou a questão da existência de apenas uma raça, a raça humana.

O Ministro Gilmar Mendes negou a ordem de *habeas corpus*, uma vez que a liberdade de expressão não deve prevalecer quando em confronto com valores como a dignidade humana e igualdade.

Já o Ministro Carlos Velloso entendeu que, na obra de Ellwanger, ele mesmo considerava os judeus como uma raça, como por exemplo em uma passagem que este mencionava a “inclinação racial e parasitária dos judeus”, devendo tal conduta ser considerada como o crime de racismo previsto na Constituição Federal.

Nelson Jobim entendeu que os livros não passam de um instrumento de disseminação de ideias antissemitas, não havendo qualquer interesse histórico na divulgação.

A Ministra Ellen Gracie negou a ordem baseada em postulados bíblicos, onde já se previa que a ideia de raça é advinda da criação e da origem comum dos homens.

Cezar Peluso, seguindo a maioria de votos, entendeu ainda que a discriminação põe em risco os fundamentos da sociedade livre, devendo ser considerado uma perversão moral.

Por fim, Sepúlveda Pertence entendeu que não há o que se falar em revisão histórica, sendo que o livro foi editado por um motivo exclusivo de disseminar as práticas racistas.

Dentre os 7 votos, verifica-se que apesar de divergentes, os votos dos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes foram baseados, especialmente, no direito fundamental de liberdade de expressão e seus limites.

Marco Aurélio menciona, antes de adentrar profundamente na matéria, que estariam os julgadores “diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática de ponderação de valores” ressaltando ainda que se refere “ao intrincado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424. Relator: Ministro Maurício Corrêa, julgado em 17 set. 2003).

O Ministro menciona que os direitos fundamentais são a base de um Estado Democrático de Direito, e a liberdade de expressão, em especial, tem indiscutível importância, uma vez que ele que garante a participação democrática dos cidadãos, que podem de forma livre expressão as mais diversas opiniões, sem

preocupar-se com contrair as ideias da maioria e do próprio Estado. Assevera que por meio da liberdade de expressão que se garante uma sociedade livre e pluralista.

[...] a liberdade de expressão é um elemento do princípio democrático, intuitivo, e estabelece um ambiente no qual, sem censura ou medo, várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação de pensamento da comunidade política. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424. Relator: Ministro Maurício Corrêa, julgado em 17 set. 2003).

Ademais, o Ministro alerta que a liberdade de expressão é uma garantia de diversidade de opiniões, que “ajuda a formar uma convicção soberana, livre e popular acerca das mais variadas matérias, sejam políticas, sociais ou históricas”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424. Relator: Ministro Maurício Corrêa, julgado em 17 set. 2003).

Mas o que se deve ressaltar do voto do Ministro Marco Aurélio é acerca dos limites da liberdade de expressão. Ele menciona que, de forma geral, ela é de fato livre, e seus limites devem ser relativos apenas ao modo com que as ideias são difundidas. No Caso Ellwanger, ele não acredita que a simples exposição de ideias em um livro, acerca da histórica relação entre judeus e alemães no período da Segunda Guerra Mundial seja uma forma de racismo, ou seja, de liberdade de expressão passível de limitação. O Ministro acredita que, ao contrário disso, se o paciente tivesse distribuído panfletos incitando a morte, expulsão, extermínio dos judeus, isso configuraria, sim, um crime de racismo, punível na forma da lei. E conclui:

Mas nada disso aconteceu no caso em julgamento. O paciente restringiu-se a escrever e a difundir a versão histórica vista com seus próprios olhos. E assim o fez a partir de uma pesquisa científica, com os elementos peculiares, tais como método, objeto, hipótese, justificativa teórica, fotografias, documentos das mais diversas ordens, citações. Enfim, imaginando-se integrado a um Estado Democrático de Direito, acionou a livre manifestação, a convicção política sobre o tema tratado, exercitou a livre expressão intelectual do ofício de escritor e editor, conforme previsto nos incisos IV, VIII e XIII do artigo 5º da Constituição Federal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424. Relator: Ministro Maurício Corrêa, julgado em 17 set. 2003).

A seguir, o ministro Marco Aurélio reafirma que a liberdade de expressão não encobre eventuais abusos, quando se utiliza de meios violentos para propagação de ideias. Na realidade, qualquer manifestação de pensamento que seja

realizada de forma agressiva e que exponha as pessoas a um risco iminente não é protegida pela liberdade de expressão. No entanto, ressalta que essa é uma análise bastante complexa, baseada em provas concretas de que pode haver perigo advindo do exercício do direito fundamental.

Ainda menciona que a defesa de uma ideologia, como foi feito na obra de Ellwanger, não é crime. “O fato de alguém escrever um livre e outros concordarem com as ideias ali expostas não quer dizer que isso irá causar uma revolução nacional”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424. Relator: Ministro Maurício Corrêa, julgado em 17 set. 2003).

Ressalta que, mesmo sendo evidente que as ideias expressas no livro são preconceituosas, não se deve utilizar a proibição da divulgação dessa ideia para combater o preconceito.

O Ministro ainda tece considerações acerca do contexto na sociedade brasileira, que não possui histórico de discriminação contra o povo judeu. Faz menção à necessidade de análise do princípio da proporcionalidade para se decidir os casos em que se verifica a colisão de direitos fundamentais.

Por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes, que proferiu voto vencedor, tece, entre outras considerações, fortes argumentos a respeito dos limites da liberdade de expressão, trazendo à discussão a doutrina do *hate speech* – discurso do ódio, criada diante da grande preocupação das sociedades democráticas no exercício da liberdade de expressão que consiste em incitação à discriminação racial.

Ele menciona que o exercício da liberdade de expressão com ideias discriminatórias “compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria igualdade”. Ademais, julga plenamente possível que um livro possa ser um instrumento para a prática de um crime. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424. Relator: Ministro Maurício Corrêa, julgado em 17 set. 2003).

O Ministro assevera que a liberdade de expressão não possui primazia absoluta, ainda mais em uma sociedade pluralista, uma vez que existem outros valores a serem preservados, tais como a igualdade e a dignidade humana.

É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-

se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424. Relator: Ministro Maurício Corrêa. julgado em 17 set. 2003).

A seguir, o ministro Gilmar Mendes traz considerações acerca do princípio da proporcionalidade, mencionando que é uma forma de se estabelecer limites às restrições de direitos fundamentais. Assevera que o julgamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao condenar o paciente pelo crime de racismo, atendeu aos postulados da proporcionalidade - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, devendo tal decisão ser mantida e, logo, a ordem de *habeas corpus* ser denegada.

5.2.2 Marcha da Maconha

A Marcha da Maconha diz respeito ao julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de análise de Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional (ADPF) nº 187 proposta pela Procuradoria Geral da República, que propunha a interpretação do artigo 187 do Código Penal (que proíbe a apologia a crime ou criminoso) conforme a Constituição, ou seja, de forma a não impedir as manifestações públicas de descriminalização do uso da maconha.

A votação foi unânime, sendo proferida com base na liberdade de expressão e reunião.

O Ministro Celso de Mello proferiu voto que foi seguido pelos demais membros da Corte, no sentido de que a “Marcha da Maconha” é um movimento social que reivindica a descriminalização do uso do entorpecente, por meio da manifestação pacífica de pensamento, com conteúdo evidentemente cultural, por trazer atividades musicais, teatrais, palestras, informativos etc.

Não obstante tenha seguido o voto de Celso de Mello, o Ministro Luiz Fux teceu importantes considerações acerca dos limites para a realização da manifestação, tais como a proibição da incitação ou do próprio uso de quaisquer substâncias ilícitas entorpecentes, bem como da presença de crianças e adolescentes na manifestação. Ademais, ressaltou a necessidade de aviso prévio às autoridades acerca da data, local, horário e objetivo do evento.

Ressalta-se que o julgamento se deu em torno dos limites da liberdade de expressão, uma vez que aparentemente as manifestações da Marcha da Maconha faziam apologia ao uso do entorpecente. No entanto, verificou-se que o objetivo não era incitar o uso da droga, mas reivindicar a sua descriminalização.

Em seu voto de mérito, Ministro Relator Celso de Mello iniciou esclarecendo que no caso em apreço não se buscava discutir as questões referentes ao próprio uso de substâncias entorpecentes, como suas propriedades terapêuticas, por exemplo, mas sim proteger duas liberdades fundamentais que vinham sendo ameaçadas: a liberdade de reunião e a liberdade de expressão.

Mencionou que o direito de reunião está intimamente ligado à liberdade de expressão, uma vez que os pensamentos devem ser livremente difundidos por meio de manifestações expressivas como comícios, passeatas, desfiles etc. Trouxe ainda alguns julgamentos proferidos pela corte, onde se viabilizou a reunião pacífica para manifestações de pensamentos, trazendo em seguida as seguintes conclusões:

[...] Na realidade, esses julgamentos revelam o caráter eminente da liberdade de reunião, destacando-lhe o sentido de instrumentalidade de que ele se reveste, ao mesmo tempo em que enfatizam a íntima conexão que existe entre essa liberdade jurídica e o direito fundamental à livre manifestação do pensamento.

O Supremo Tribunal Federal, em ambos os casos, deixou claramente consignado que o direito de reunião, enquanto direito-meio, atua em sua condição de instrumento viabilizador do exercício da liberdade de expressão, qualificando-se, por isso mesmo, sob tal perspectiva, como elemento apto a propiciar a ativa participação da sociedade civil, mediante exposição de ideias, opiniões, propostas, críticas e reivindicações, no processo de tomada de decisões em curso nas instâncias de Governo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional nº 187. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 15 jun. 2011).

Assevera que a cabe ao Estado assegurar o exercício desses direitos, e evitando que eventuais abusos do Poder Público e de seus agentes venham a cercear tais liberdades. Ademais, fala da superioridade dos direitos fundamentais:

[...] ninguém sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados na Constituição da República, cujo texto confere aos direitos fundamentais um nítido caráter contramajoritário. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional nº 187. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 15 jun. 2011).

O Ministro extrai ainda da petição inicial da Procuradora Geral da República Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira como interessante observação:

Uma ideia fundamental, subjacente á liberdade de expressão, é a de que o Estado não pode decidir pelos indivíduos, o que cada um pode ou não ouvir. Como ressaltou Ronald Dworkin, ‘o Estado insulta os seus cidadãos e nega a eles responsabilidade moral, quando decreta que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas’.

[...] A liberdade de expressão não protege apenas as ideias aceitas pela maioria, mas também – e sobretudo – aquelas tidas como absurdas e até perigosas. Trata-se, em suma, de um instituto contramajoritário, que garante o direito daqueles que defendem posições minoritárias, que desagradam ao governo ou contrariam os valores hegemônicos da sociedade, por expressarem suas visões alternativas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional nº 187. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 15 jun. 2011).

O que a Procuradora-Geral da República trouxe é a ideia de que o Estado não pode selecionar aquilo que os cidadãos podem ou não ouvir. Ela acredita que a liberdade de expressão deve, ainda, ser garantida a todos, inclusive àqueles que possuem ideias que não estão de acordo com o entendimento majoritário da sociedade.

Adiante, o Ministro procede com seu voto, trazendo sua visão sobre a liberdade de manifestação de pensamento. Celso de Mello menciona que não há que se reprimir, de qualquer modo, a liberdade de expressão, uma vez que “o pensamento há de ser livre, sempre livre, permanentemente livre, essencialmente livre”. Para o Ministro, esse direito fundamental é essencial para a prática de um regime democrático, não devendo ser submetido à interferência estatal.

A liberdade de expressão representa, dentro desse contexto, uma projeção significativa do direito, que a todos assiste, de manifestar, sem qualquer possibilidade de intervenção estatal “a priori”, as suas convicções, expondo as suas ideias e fazendo veicular as suas mensagens doutrinárias, ainda que impopulares, contrárias ao pensamento dominante ou representativas de concepções peculiares a grupos minoritários. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional nº 187. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 15 jun. 2011).

Por outro lado, Celso de Mello não deixa de mencionar que, apesar de toda a proteção que se deve dar à liberdade de manifestação de pensamento, esse direito deve ser limitado por postulados de “natureza ética e de caráter jurídico”. Ou seja, a incitação ao ódio público “contra qualquer pessoa, povo ou grupo racial” não

merece a proteção conferida ao direito fundamental em questão. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional nº 187. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 15 jun. 2011).

O Ministro conclui seu voto mencionando que as manifestações de pensamento podem provocar reflexões a respeito de determinados assuntos de interesse social, podendo inclusive quebrar paradigmas existentes no contexto social, sendo que fazê-lo de forma livre é essencial para o exercício da democracia e é uma demonstração de respeito ao pluralismo político.

Em suma, neste julgado, o Pretório Excelso reforça a necessidade de se estender ao máximo possível a liberdade de expressão, para que através da mesma a própria sociedade evolua em suas posições sociais, econômicas, jurídicas e *et cetera*, e desde que o seu exercício não signifique estimular direta ou indiretamente a prática de condutas tipificadas em lei penal.¹⁶

5.3 IMPACTO SOCIAL DA APROVAÇÃO DO PROJETO

O Projeto de Lei nº 122/2006 não foi criado com o objetivo de obstaculizar o exercício da livre manifestação de pensamento, se esta tiver o objetivo de apenas difundir ideias, reflexões ou expressar de forma pacífica o pensamento, críticas ou opiniões. O que se pretende é combater a prática dolosa de ofensa à integridade física e moral de pessoas que, como quaisquer outros cidadãos, possuem direitos a serem preservados.

Como visto anteriormente, a manifestação de pensamento é livre, no entanto deve ter como limite o conflito com outros interesses, tais como a dignidade humana e igualdade entre os homens. Tanto o exercício da liberdade de expressão deve ser limitado, que o próprio constituinte garantiu, no artigo 5º, inciso V, o direito de resposta, e no inciso X a inviolabilidade da intimidade, vida privada, a honra e a imagem das pessoas, além de outras limitações já mencionadas no capítulo anterior.

¹⁶Nesse sentido, nos parece justo e perfeito mencionar que em análise preambular, o plexo interpretativo dos dois julgamentos do Supremo Tribunal Federal leva à conclusão de que é livre o exercício do direito de expressão sobre qualquer assunto, desde que não se pratique conduta contrária aos mais comezinhos princípios constitucionais (como o que proíbe a prática de racismo e de preconceito) e desde que não se utilize da expressão para estimular as pessoas à prática de delitos penais, embora não seja contrário à Constituição a feitura de protestos pacíficos contra a própria existência da legislação penal específica, desde que a mesma seja observada em seu conteúdo proibitivo enquanto estiver vigente.

Ademais, para que se caracterize a conduta que se pretender punir com a aprovação do projeto, deve-se verificar concreta e efetivamente que o objetivo do autor é, inequivocamente, ferir a honra e a dignidade dos homossexuais.¹⁷ As

¹⁷Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal decidiu a respeito dos direitos de família a serem assegurados àqueles que mantêm relações homoafetivas, tendo como fundamento que qualquer forma de discriminação é uma afronta ao Estado Democrático de Direito.

E M E N T A: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - **O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA** - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - **O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS”** (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. - **Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual.** RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos

manifestações religiosas que têm como objetivo orientar os fiéis a não praticar a homossexualidade, por motivos de crença religiosa, não devem ser consideradas uma conduta criminosa, desde que a liberdade de expressão da crença religiosa não seja utilizada para atacar afrontosamente a honra objetiva e subjetiva das pessoas, em face de suas opções íntimas. Assim, assegura-se tanto o exercício do direito de liberdade de expressão quanto de liberdade religiosa, em especial, à liberdade de culto.

Logo, quando se verifica que, direta ou indiretamente, o agente pretende incitar algum tipo de violência por meio de seu discurso (mesmo o religioso), pode-se estar diante de uma conduta punível.

É o caso do, já comentado, discurso do ódio, que pôde ser visto no caso *Ellwanger*, onde o dissenso entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal eram no sentido de que uns acreditavam que o escritor estava apenas fazendo uma revisão história dos fatos ocorridos na Segunda Guerra Mundial, à medida que outros acreditavam que ele pretendia difundir o ódio contra a “raça” dos judeus.

direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 477554. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 16 ago. 2011).

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto no Caso Ellwanger, mencionou que a possibilidade de limitação da liberdade de expressão é um caso bastante complexo, devendo analisar se de fato essas manifestações de pensamento podem incitar algum tipo de violência, considerando o contexto histórico da sociedade em que se vive. Nesse sentido, votou pela concessão do habeas corpus ao paciente Siegfried Ellwanger, uma vez que a sociedade brasileira, diferentemente do que ocorreu/ocorre com os negros, nunca demonstrou qualquer forma de preconceito coletivo em face dos judeus.

Utilizando essas mesmas considerações, conclui-se que no caso da criminalização da homofobia é possível e necessário limitar o exercício da liberdade de expressão, inclusive das entidades religiosas, que possuem grande poder de persuasão para com seus fiéis.

Isso porque, como visto na introdução deste trabalho, a violência contra a classe homossexual é algo evidente na sociedade brasileira, sendo que no ano de 2010 foram documentados 260 assassinatos contra gays, lésbicas e travestis, ficando o Brasil como campeão mundial de assassinatos contra essa classe. Nos Estados Unidos, que possui 100 milhões a mais de habitantes, no ano de 2010 foram registrados 14 assassinatos contra travestis, enquanto no Brasil o número chegou a 110.

Nesse sentido, o preconceito coletivo contra homossexuais no país é algo evidente, sendo motivo suficiente para limitar, de forma adequada, as manifestações de pensamento que, de algum modo, incitem qualquer tipo de violência contra a classe.

Por outro lado, devemos levar em conta as considerações do relator Ministro Celso de Mello no caso Marcha da Maconha, onde por unanimidade de votos o STF permitiu que os manifestantes se reunissem pacificamente a fim de discutir a possibilidade da descriminalização do uso da droga. Nesse caso, o próprio relator alertou que as manifestações tinham como interesse uma modificação legislativa, e não o incentivo ao uso, que é atualmente considerado uma prática criminosa.

O caso “Marcha da Maconha” ilustra de forma bastante clara o que se poderá ver futuramente, em caso de aprovação do projeto. Os manifestantes do referido caso valeram-se dos seus direitos fundamentais de reunião e liberdade de expressão para manifestar a importância da descriminalização do uso da maconha.

No caso da criminalização da homofobia, os fieis levam em conta sua liberdade religiosa, em especial de culto, e a liberdade de expressão. No entanto, da mesma forma que no caso “Marcha da Maconha” os Ministros proibiram a apologia ou uso da droga, no caso da criminalização da homofobia pretende-se evitar que tais discursos de fé venham a ferir a honra e a dignidade de pessoas cuja orientação não seja heterossexual. Portanto, vê-se de forma clara que falar de forma crítica a respeito da proibição do uso da maconha e da homossexualidade não é crime. Crime é fazer apologia ao uso da droga e ofender a honra e a dignidade dos homossexuais, ou de qualquer outro ser humano.¹⁸

Por outro lado, ressalta-se que, da mesma forma que ocorre com o racismo, a criminalização da homofobia não será suficiente para combater essa forma de preconceito. A evolução da legislação é apenas um instrumento para o combate a essa forma de violência física e moral, que leva à prática dos mais perversos crimes que se tem visto atualmente. É necessário que se conscientize a população, e que, através da normatização e seu efeito pedagógico, se leve à reflexão cultural acerca dos limites dos discursos de expressão das crenças religiosas ou filosóficas contra as relações homoafetivas, uma vez que é tênue a distinção entre o lícito e o abuso neste caso.

¹⁸Nesse sentido, é válido mencionar que a “imunidade” que se pretende acrescentar ao projeto de lei aos discursos religiosos a respeito da prevalência do comportamento heterossexual pode, realmente, ser utilizado como instrumento de justificativa para o uso indevido da liberdade de expressão, mesmo a resultante das crenças religiosas, de forma que o melhor seria: 1) ou explicitar no projeto de lei que a liberdade religiosa resta preservada, desde que não seja indevidamente utilizada, de modo contrário aos limites dos princípios constitucionais; ou 2) silenciar a lei a respeito dos choques principiológicos, de modo que o bom senso seja utilizado na interpretação dos casos concretos, ao lume dos princípios constitucionais, mormente, o da proporcionalidade.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo central a análise da constitucionalidade do Projeto de Lei 122/2006, tendo como plano de fundo os princípios constitucionais de liberdade de expressão e liberdade religiosa.

Para chegar à conclusão final, de que não há inconstitucionalidade no referido projeto, passou-se por uma análise criteriosa do regime geral das normas, onde pudemos observar que os princípios e as regras são espécies de normas jurídicas. Procedeu-se a uma diferenciação dessas duas espécies, trazendo em evidência as principais características dos princípios jurídicos.

O primeiro capítulo abordou ainda o importante tema que é a teoria geral dos direitos fundamentais, onde foram vistos seus conceitos, seu histórico, características, funções etc.

Superada a etapa introdutória, adentrou-se à análise dos direitos fundamentais em espécie, de onde surgiu a inspiração para este trabalho: liberdade de expressão e liberdade religiosa. Tal estudo trouxe a conclusão de que, apesar de necessários e indispensáveis, tais direitos são limitáveis, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes, bem como quando em conflito com outros direitos igualmente tutelados na ordem constitucional brasileira.

O terceiro capítulo trouxe uma análise minuciosa no Projeto de Lei 122/2006, sendo elucidados todos os seus dispositivos e trazidas à tona as mais importantes análises feitas pelos julgadores.

Observou-se que, à luz das fundamentações das decisões feitas hodiernamente pelo Supremo Tribunal Federal, tal projeto não possui qualquer vício de constitucionalidade, uma vez que a previsão de limitação dos direitos fundamentais é algo possível, em especial quando se está diante de uma afronta à dignidade humana, quando se trata de discriminação e preconceito contra homossexuais. Ademais, o que se pretende punir com a aprovação do projeto de lei são as manifestações que têm como objeto atingir pessoas de determinada classe (no caso em apreço a classe de homossexuais), na forma de discursos do ódio.

Desse modo, a constitucionalidade do Projeto de Lei nº 122/2006 é clara, porquanto não se vislumbra qualquer afronta à liberdade de expressão e liberdade religiosa, sendo a sua aprovação uma medida válida para iniciar o processo de conscientização e combate à discriminação contra a classe LGBT.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Melhoramento, 2008. 669 p.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. 206 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. 807 p.

BRASIL-A. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html> Acesso em 03 abr. 2012.

_____.-B. **Projeto de Lei da Câmara nº 122 de 2006**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=45607&tp=1>> Acesso em 25 abr. 2012.

_____.-C. **Projeto de Lei nº 5.003 de 2001**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=49E288F2A4C082C2D93A6FA64FE74951.node1?codteor=46955&filename=PL+5003/2001> Acesso em 25 abr. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3558**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, julgado em 29/06/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625321>>. Acesso em 03 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130**. Relator Ministro Carlos Britto, julgado em 04 set. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=559777>>. Acesso em 03 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional nº 187**. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 15 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3005994&tipoApp=RTF>>. Acesso em 03 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental nº 639337**. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 23 ago. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em 03 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 104410**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 06 mar. 2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em 03 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 70389**. Relator: Ministro Sydney Sanches, julgado em 23/06/1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72400>>. Acesso em 03 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82424**. Relator: Ministro Maurício Corrêa, julgado em 17 set. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em 03 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 94016**. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 16/09/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=578258>>. Acesso em 03 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Intervenção Federal nº 164**. Relator Marco Aurélio, julgado em 13 dez. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80922>>. Acesso em 03 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal de Federal. **Recurso Extraordinário nº 201819**. Relatora: Ministra Ellen Gracie, julgado em 11 out. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em 03 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 477554**. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 16 ago. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>>. Acesso em 03 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 511961**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17 jun. 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em 03 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1165986**. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 16 nov. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802796341&dt_publicacao=04/02/2011>. Acesso em 03 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 23121**. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 06 out. 1993. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199200134602&dt_publicacao=08/11/1993>. Acesso em 03 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 734541**, Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 02 fev. 2006. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500445637&dt_publicacao=20/02/2006>. Acesso em 03 jun. 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília : UNB, 1999. 184 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. 808 p.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 1391 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra (Portugal) : Livraria Almedina, 2002. 1506 p.

DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo Jurídico e a teoria geral do direito**: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 383 p.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 285 p.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 288 p.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000. 208 p.

_____. **Liberdade de Expressão e Comunicação**: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 304 p.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes; BORGES, Alexandre Walmott. **Neoconstitucionalismo**: os delineamentos da matriz do pós-positivismo jurídico para a formação do pensamento constitucional moderno. Revista NEJ – Eletrônica, Vol. 15, nº 2 – p. 288-305/mai.-ago. 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003. 368 p.

GGB – Grupo Gay da Bahia. **Epidemia do ódio - 260 homossexuais foram assassinados no Brasil em 2010**. Disponível em: <<http://www.ggb.org.br/Assassinatos%20de%20homossexuais%20no%20Brasil%20relatorio%20geral%20completo.html>>. Acesso em 06 jun. 2011.

LIMA, George Marmelstein. **Críticas à Teoria das Gerações (ou Mesmo Dimensões) dos Direitos Fundamentais**. Opinião Jurídica- Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus - n. 03, ano 02, 2004.1, p. 171–182.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 1434 p.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 271 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo IV** 2 ed. Coimbra, PO: Editora Coimbra, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009. 914 p.

PEREIRA, Jane dos Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 546 p.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. rev. E atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2011. 928 p.

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. 195 p.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 3 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1993. 292 p.

ANEXO A - Projeto de Lei nº 122 de 2006



SENADO FEDERAL
PROJETO DE LEI DA CÂMARA
Nº 122, DE 2006
(nº 5.003/2001, na Câmara dos Deputados)

Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, definindo os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

Art. 2º A ementa da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero." (NR)

Art. 3º O caput do art. 1º da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero." (NR)

Art. 4º A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 4º-A:

"Art. 4º-A Praticar o empregador ou seu preposto atos de dispensa direta ou indireta:

Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos."

Art. 5º Os arts. 5º, 6º e 7º da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 5º Impedir, recusar ou proibir o ingresso ou a permanência em qualquer ambiente ou estabelecimento público ou privado, aberto ao público:

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos." (NR)

"Art. 6º Recusar, negar, impedir, preterir, prejudicar, retardar ou excluir, em qualquer sistema de seleção educacional, recrutamento ou promoção funcional ou profissional:

Pena - reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. (Revogado)." (NR)

"Art. 7º Sobretaxar, recusar, preterir ou impedir a hospedagem em hotéis, motéis, pensões ou similares:

Pena - reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos." (NR)

Art. 6º A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 7º-A:

"Art. 7º-A Sobretaxar, recusar, preterir ou impedir a locação, a compra, a aquisição, o arrendamento ou o empréstimo de bens móveis ou imóveis de qualquer finalidade:

Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos."

Art. 7º A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar acrescida dos seguintes art. 8º-A e 8º-B:

"Art. 8º-A Impedir ou restringir a expressão e a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público, em virtude das características previstas no art. 1º desta Lei:

Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos."

"Art. 8º-B Proibir a livre expressão e manifestação de afetividade do cidadão homossexual, bissexual ou transgênero, sendo estas expressões e manifestações permitidas aos demais cidadãos ou cidadãs:

Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos."

Art. 8º Os arts. 16 e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 16. Constituem efeito da condenação:

I - a perda do cargo ou função pública, para o servidor público;

II - inabilitação para contratos com órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional;

III - proibição de acesso a créditos concedidos pelo poder público e suas instituições financeiras ou a programas de incentivo ao desenvolvimento por estes instituídos ou mantidos;

IV - vedação de isenções, remissões, anistias ou quaisquer benefícios de natureza tributária;

V - multa de até 10.000 (dez mil) UFIRs, podendo ser multiplicada em até 10 (dez) vezes em caso de reincidência, levando-se em conta a capacidade financeira do infrator;

VI - suspensão do funcionamento dos estabelecimentos por prazo não superior a 3 (três) meses.

§ 1º Os recursos provenientes das multas estabelecidas por esta Lei serão destinados para campanhas educativas contra a discriminação.

§ 2º Quando o ato ilícito for praticado por contratado, concessionário, permissionário da administração pública, além das responsabilidades individuais, será acrescida a pena de rescisão do instrumento contratual, do convênio ou da permissão.

§ 3º Em qualquer caso, o prazo de inabilitação será de 12 (doze) meses contados da data da aplicação da sanção.

§ 4º As informações cadastrais e as referências invocadas como justificadoras da discriminação serão sempre acessíveis a todos aqueles que se sujeitarem a processo seletivo, no que se refere à sua participação." (NR)

"Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero:

.....

§ 5º O disposto neste artigo envolve a prática de qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica." (NR)

Art. 9º A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 20-A e 20-B:

"Art. 20-A. A prática dos atos discriminatórios a que se refere esta Lei será apurada em processo administrativo e penal, que terá início mediante:

I - reclamação do ofendido ou ofendida;

II - ato ou ofício de autoridade competente;

III - comunicado de organizações não governamentais de defesa da cidadania e direitos humanos."

"Art. 20-B. A interpretação dos dispositivos desta Lei e de todos os instrumentos normativos de proteção dos direitos de igualdade, de oportunidade e de tratamento atenderá ao princípio da mais ampla proteção dos direitos humanos.

§ 1º Nesse intuito, serão observadas, além dos princípios e direitos previstos nesta Lei, todas as disposições decorrentes de tratados ou convenções internacionais das quais o Brasil seja signatário, da legislação interna e das disposições administrativas.

§ 2º Para fins de interpretação e aplicação desta Lei, serão observadas, sempre que mais benéficas em favor da luta antidiscriminatória, as diretrizes traçadas pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, devidamente reconhecidas pelo Brasil."

Art. 10. O § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 140.
.....

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa." (NR)

Art. 11. O art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º

de maio de 1943, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

"Art. 5º

Parágrafo único. Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, orientação sexual e identidade de gênero, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição Federal." (NR)

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

PROJETO DE LEI ORIGINAL Nº 5.003, DE 2001

Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas,

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. A qualquer pessoa jurídica que por seus agentes, empregados, dirigentes, propaganda ou qualquer outro meio, promoverem, permitirem ou concorrerem para a discriminação de pessoas em virtude de sua orientação sexual serão aplicadas as sanções previstas nesta Lei, sem prejuízo de outras de natureza civil ou penal.

Art. 2º. Para os efeitos desta Lei são atos de discriminação impor às pessoas, de qualquer orientação sexual, e em face desta, as seguintes situações:

I – constrangimento ou exposição ao ridículo;

II – proibição de ingresso ou permanência;

III – atendimento diferenciado ou selecionado;

IV – preterimento quando da ocupação de instalações em hotéis ou similares, ou a imposição de pagamento de mais de uma unidade;

V – preterimento em aluguel ou locação de qualquer natureza ou aquisição de imóveis para fins residenciais, comerciais ou de lazer,

VI – preterimento em exame, seleção ou entrevista para ingresso em emprego,

VII – preterimento em relação a outros consumidores que se encontrem em idêntica situação;

VIII – adoção de atos de coação, ameaça ou violência

Art. 3º A infração aos preceitos desta Lei sujeitará o infrator às seguintes sanções.

I – inabilitação para contratos com órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional;

II – acesso a créditos concedidos pelo Poder Público e suas instituições financeiras, ou a programas de incentivo ao desenvolvimento por estes instituídos ou mantidos;

III – isenções, remissões, anistias ou quaisquer benefícios de natureza tributária.

Parágrafo Único: Em qualquer caso, o prazo de inabilitação será de doze meses contados da data de aplicação da sanção.

Art. 4º. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 90 (noventa) dias.

Art. 6º. Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Justificação

A sociedade brasileira tem avançado bastante. O direito e a legislação não podem ficar estagnados. E, como legisladores, temos o dever de encontrar mecanismos que assegurem os direitos humanos, a dignidade e a cidadania das pessoas, independente da raça, cor, religião, opinião política, sexo ou da orientação sexual.

A orientação sexual é direito personalíssimo, atributo inerente e inegável a pessoa humana. E como direito fundamental, surge o prolongamento dos direitos da personalidade, como direitos imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e igualitária. Não trata-se aqui de defender

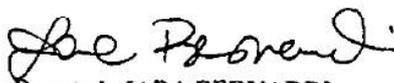
o que é certo ou errado. Trata-se de respeitar as diferenças e assegurar a todos o direito de cidadania.

Temos como responsabilidade a elaboração leis que levem em conta a diversidade população brasileira. Nossa principal função como parlamentares é assegurar direitos, independente de nossas escolhas ou valores pessoais. Temos que discutir e assegurar direitos humanos sem hierarquizá-los. Homens, mulheres, portadores de deficiência, homossexuais, negros/negras, crianças e adolescente são sujeitos sociais, portanto sujeitos de direitos.

O que estamos propondo é fim da discriminação de pessoas que pagam impostos como todos nós. É a da garantia de que não serão molestados em seus direitos de cidadania. E para que prevaleça o art. 5º da nossa Constituição: *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade.”*

A presente proposição caminha no sentido de colocar o Brasil num patamar contemporâneo de respeito aos direitos humanos e da cidadania. E é por esta razão que esperamos contar com o apoio das nobres e dos nobres colegas para a aprovação deste projeto de lei.

Sala das sessões, em *27* de *agosto* de 2001.


Deputada IARA BERNARDI
PT - SP

LEGISLAÇÃO CITADA ANEXADA PELA SECRETARIA-GERAL DA MESA

DECRETO-LEI N° 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.

Código Penal.

.....
Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

.....
§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

.....

DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943

Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

.....
CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

.....
Art. 5º - A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.

.....

LEI Nº 7.716, DE 5 DE JANEIRO DE 1989.

Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

.....
Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

Art. 5º Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador.

Pena: reclusão de um a três anos.

Art. 6º Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau.

Pena: reclusão de três a cinco anos.

Parágrafo único. Se o crime for praticado contra menor de dezoito anos a pena é agravada de 1/3 (um terço).

Art. 7º Impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar.

Pena: reclusão de três a cinco anos.

Art. 8º Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público.

Pena: reclusão de um a três anos.

.....
Art. 16. Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a três meses.
.....

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 9.159, de 15/05/97)

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

(Às Comissões de Direitos Humanos e Legislação Participativa, e de Constituição, Justiça e Cidadania)

Publicado no Diário do Senado Federal, de 15/12/2006.

Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal – Brasília – DF

(OS:13615/2008)