

GEORGE SALOMÃO LEITE
GLAUCO SALOMÃO LEITE
LENIO STRECK

Coordenadores

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E LIBERDADES PÚBLICAS

Prefácio

CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO



Autores

George Salomão Leite
Glauco Salomão Leite
Lenio Streck

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E LIBERDADES PÚBLICAS

Área específica

Direito Constitucional.

A literatura jurídica nacional apresenta valiosas contribuições acerca dos aspectos teóricos e filosóficos dos direitos fundamentais previstos na Constituição, mas ainda se ressentem com a falta de estudos específicos sobre o conteúdo e alcance de tais direitos. Buscando suprir essa lacuna, o presente livro reúne pesquisas realizadas por renomados acadêmicos em torno das liberdades públicas previstas na ordem constitucional brasileira. Os artigos aqui publicados desenvolvem, sob a perspectiva da dogmática jurídico-constitucional, reflexões sobre os contornos das várias liberdades públicas, seu âmbito de aplicação e possibilidades de restrições, sem perder de vista o papel desempenhado pela jurisdição constitucional brasileira na afirmação e (re)definição de seus conteúdos normativos.

Áreas afins

Teoria do Direito, Filosofia do Direito,
Hermenêutica Jurídica.

Público-alvo/consumidores

Estudantes de Direito; Acadêmicos da área;
Juizes; Procuradores; Defensores; Advogados
e demais profissionais da área jurídica.

FORMATO: 17 X 24 cm

CÓDIGO: 10001131

J96 Jurisdição constitucional e liberdades públicas / George Salomão Leite, Glauco Salomão Leite, Lenio Luiz Streck (Coord.).– Belo Horizonte: Fórum, 2017.

423 p.

ISBN: 978-85-450-0237-6

1. Direito Constitucional. 2. Direito Civil. 3. Direito Penal. I. Leite, George Salomão II. Leite, Glauco Salomão. III. Streck, Lenio Luiz. IV. Título.

CDD 341.2

CDU 342.7

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). Jurisdição constitucional e liberdades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 423 p. ISBN 978-85-450-0237-6.

SUMÁRIO

PREFÁCIO

Carlos Mário da Silva Velloso 15

INTRODUÇÃO

FÁBIO KONDER COMPARATO 21

1 O surgimento histórico das liberdades como direitos fundamentais 22
2 A fraqueza das liberdades fundamentais no direito brasileiro 25
3 Rumo à justiça 27

PARTE I

LIBERDADES PÚBLICAS NA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

LIBERDADES PÚBLICAS: CARACTERÍSTICAS GERAIS E TITULARIDADE DE DIREITOS

WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG 31

1 Conceito de “liberdades públicas” – o figurino clássico 31
1.1 Significado da expressão 31
1.2 Conteúdo das liberdades 32
1.3 Classificação histórica: direitos fundamentais de 1ª “geração” 33
1.4 Sentido normativo 33
1.5 Garantias 34
1.6 Fundamentalidade: um regime jurídico qualificado (supremacia) 35
2 Âmbito normativo e limites das “liberdades públicas” 35
2.1 Âmbito normativo: o que está dentro e o que está fora das “liberdades públicas” 35
2.2 Limites das “liberdades públicas”: teoria interna e teoria externa 37
2.3 Limites dos limites 38
3 Titularidade das “liberdades públicas”: os sujeitos 40
3.1 Indivíduos: todos os seres humanos 40
3.2 Grupos e entes coletivos (pessoas jurídicas) 40
3.3 Animais (outros seres vivos) 41
3.4 Sujeito passivo: o Poder Público e a eficácia das “liberdades públicas” entre particulares 42
4 “Liberdades públicas” como direitos fundamentais – concepção contemporânea 43
4.1 Superação da expressão “liberdades públicas” 43
4.2 Incompletude de conteúdo 43

| | | |
|-----|---|----|
| 4.3 | Incompletude quanto à titularidade: a projeção metaindividual | 43 |
| 4.4 | Incoerência de objeto: liberdades são direitos | 44 |
| | Referências | 44 |

LIBERDADES PÚBLICAS NO BRASIL? DE QUE MODO, SE AINDA NÃO SABEMOS COMO OBTER UM *HABEAS CORPUS* NOS TRIBUNAIS?

| | | |
|--|---|----|
| LENIO LUIZ STRECK, ANDRÉ KARAM TRINDADE | | 47 |
| 1 | Estado da arte | 47 |
| 2 | Dois exemplos metafóricos para demonstrar a crise | 48 |
| 3 | O que os dois exemplos nos mostram? | 50 |
| 4 | À guisa de conclusão. O fantasma da modernidade: o discricionarismo | 51 |

RESTRICÇÕES DAS LIBERDADES PÚBLICAS: UNIVERSALIZABILIDADE, PRINCÍPIOS E INTEGRIDADE DO DIREITO

| | | |
|---|---|----|
| JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS, GUILHERME VALLE BRUM | | 53 |
| 1 | Circunstancialização do debate: liberdades públicas no Estado Democrático de Direito brasileiro | 53 |
| 2 | Jurisdição constitucional, democracia e liberdades públicas | 55 |
| 3 | Por uma jurisdição democrática para a implementação e a restrição constitucionalmente adequadas das liberdades públicas | 58 |
| 4 | Algumas notas conclusivas | 65 |
| | Referências | 66 |

PARTE II

DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO

| | | |
|---|--|----|
| SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG | | 71 |
| 1 | Introdução | 71 |
| 2 | Da liberdade de expressão de pensamento | 72 |
| 3 | Vedação da licença e da censura | 74 |
| 4 | Limites à liberdade de expressão do pensamento | 74 |
| 4.1 | Vedação ao anonimato | 75 |
| 4.2 | Direito de resposta e indenização por danos morais e materiais | 76 |
| 4.3 | Direito à imagem, à honra, à intimidade e à privacidade | 77 |
| 5 | Aspectos polêmicos da liberdade de expressão do pensamento | 78 |
| 6 | Conclusões | 83 |
| | Referências | 84 |

LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E DE COMUNICAÇÃO

| | | |
|-----------------------------|---|-----|
| EDILSON FARIAS | | 87 |
| 1 | Configuração constitucional da liberdade de expressão | 87 |
| 1.1 | Liberdade genérica de expressão do pensamento | 87 |
| 1.2 | Liberdade de expressão de consciência e de crença religiosa | 88 |
| 1.3 | Liberdade de expressão filosófica e política | 90 |
| 1.4 | Liberdade de expressão artística e científica | 90 |
| 2 | Configuração constitucional da liberdade de comunicação | 91 |
| 2.1 | Direito fundamental de informar | 92 |
| 2.2 | Direito fundamental de acesso à informação | 93 |
| 2.3 | Direito fundamental de ser informado | 94 |
| 2.3.1 | Direito a receber informações dos órgãos públicos, direito ao <i>open files</i> e princípio da administração aberta | 96 |
| 2.3.2 | Direito a receber informações dos meios de comunicação de massa | 98 |
| 2.3.3 | Direito a receber informação publicitária adequada | 99 |
| 3 | Liberdade de comunicação e direitos fundamentais concorrentes | 100 |
| 4 | Princípios constitucionais da liberdade de expressão e comunicação | 101 |
| 4.1 | Princípio da vedação do anonimato | 101 |
| 4.2 | Princípio da proscrição de censura e licença | 102 |
| | Referências | 104 |

LIBERDADE DE OFÍCIO

| | |
|-------------------------------------|-----|
| DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR | 107 |
|-------------------------------------|-----|

| | | |
|---|---|-----|
| 1 | Uma breve introdução às liberdades públicas e à liberdade de ofício | 108 |
| 2 | Liberdade de ofício como direito fundamental | 109 |
| 3 | Antecedentes históricos da liberdade de ofício no Brasil | 110 |
| 4 | Limitações à liberdade de ofício | 112 |
| 5 | Considerações finais | 117 |
| | Referências | 117 |

LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO: NÚCLEO ESSENCIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTES

| | | |
|--|---|-----------|
| JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, BRUNA ARAUJO AMATUZZI BREUS | | 19 |
| 1 | Introdução: liberdade, liberdades, uma tentativa de aproximação conceitual | 119 |
| 2 | A liberdade do indivíduo individualmente tomado e a autodeterminação do homem | 122 |
| 3 | As origens do direito de liberdade de locomoção e a previsão na Constituição da República de 1988 | 123 |
| 4 | O núcleo essencial da liberdade e os direitos dele decorrentes | 124 |
| 5 | A garantia da liberdade, o direito de ir e vir e as hipóteses legais de restrição | 125 |
| 6 | O controle: <i>habeas corpus</i> | 128 |

DIREITO AO PROTESTO

| | | |
|--|--|------------|
| GUSTAVO FERREIRA SANTOS, ANA CECÍLIA BARROS GOMES | | 133 |
| 1 | Introdução | 133 |
| 2 | O protesto na relação constituição-democracia | 133 |
| 3 | Liberdade de expressão, liberdade de reunião e direito ao protesto | 136 |
| 4 | Desenho constitucional do “direito ao protesto” no Brasil | 137 |
| 5 | A prática do protesto e a interpretação da Constituição | 139 |
| 5.1 | Um olhar constitucionalmente adequado | 139 |
| 5.2 | A impossibilidade de controle de conteúdo | 139 |
| 5.3 | Presunção da natureza pacífica | 141 |
| 5.4 | A produção de transtornos | 141 |
| 5.5 | O protesto não informado | 142 |
| 5.6 | Protesto com crítica à autoridade | 143 |
| 5.7 | O uso de máscaras | 143 |
| 6 | Reações legislativas aos protestos | 145 |
| 6.1 | Novas estruturas legislativas como reação aos protestos | 145 |
| 6.2 | Novas leis para novos protestos no Brasil | 146 |
| 6.3 | Os indignados na Espanha e a Lei de Segurança Cidadã | 147 |
| 7 | Considerações finais | 148 |
| | Referências | 149 |

LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

| | | |
|---|--|------------|
| JULIANA TEIXERA ESTEVES, FERNANDA BARRETO LIRA | | 151 |
| 1 | Introdução | 151 |
| 2 | Conceituação e trajetória da assimilação constitucional da liberdade de associação... 151 | 151 |
| 3 | Enquadramento jurídico | 155 |
| 4 | Associações profissionais | 155 |
| 4.1 | Da proteção à liberdade sindical | 157 |
| 5 | Âmbito subjetivo da proteção | 157 |
| 6 | Âmbito objetivo da proteção | 159 |
| 7 | A liberdade de associação em sua expressão mais pujante: os novos movimentos sociais e as lutas contra-hegemônicas. O impulso para o redimensionamento da liberdade sindical ... 160 | 160 |
| 8 | Conclusões | 161 |
| | Referências | 162 |

LIBERDADE DE RELIGIÃO

| | | |
|------------------------------------|--------------------------------|------------|
| JAYME WEINGARTNER NETO..... | | 165 |
| 1 | Introdução | 165 |
| 2 | Quadro dogmático | 165 |
| 3 | Precedentes selecionados | 170 |
| | Referências | 180 |

LIBERDADE E GREVE: APORTE CRÍTICO PARA A TEORIA CONTRATUAL DO DIREITO DO TRABALHO

| | | |
|--------------------------------|--|------------|
| IVAN SIMÕES GARCIA..... | | 183 |
|--------------------------------|--|------------|

| | | |
|-----|---|-----|
| 1 | Introdução | 183 |
| 2 | A categoria trabalho e o trabalho alienado no capitalismo | 184 |
| 3 | A liberdade e as formas jurídicas: o sujeito de direito burguês | 186 |
| 3.1 | O fetichismo do contrato e o contrato de trabalho | 189 |
| 4 | A liberdade e o direito: o direito de liberdade e a crítica | 192 |
| 4.1 | Liberdade e os direitos sociais | 194 |
| 4.2 | Direito coletivo do trabalho, liberdade e greve | 195 |
| 5 | A greve e o direito de greve: limites e possibilidades | 197 |
| 6 | Conclusão | 200 |
| | Referências | 201 |

| | | |
|---|--|------------|
| LIBERDADES PÚBLICAS E A TENTATIVA DE CONTROLE DO PODER LEGISLATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO | | |
| VÂNIA SICILIANO AIETA..... | | 203 |

LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO

| | | |
|---|--|--|
| CORIOLANO AURÉLIO DE ALMEIDA CAMARGO, CRISTINA MORAES SLEIMAN... 215 | | |
|---|--|--|

| | | |
|---|--|-----|
| 1 | Introdução | 215 |
| 2 | Dos direitos personalíssimos | 217 |
| 3 | Do direito ao respeito e à dignidade da criança e do adolescente | 223 |
| 4 | Do direito à informação | 223 |
| 5 | Dos meios de comunicação | 224 |
| 6 | Do Código Brasileiro de Telecomunicações | 224 |
| 7 | Marco Civil da Internet | 225 |
| 8 | Conclusão | 227 |
| | Referências | 228 |

LIBERDADE DE IMPRENSA: VEICULAÇÃO DE CRÍTICAS E O PROBLEMA DA VERDADE

| | | |
|---|--|------------|
| LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR, MIRIAM FECCHIO CHUEIRI | | 231 |
|---|--|------------|

| | | |
|-----|---|-----|
| 1 | O abuso de direito e o exercício do direito de crítica – limites para a atuação dos órgãos de imprensa – exercício regular de um direito | 231 |
| 2 | A opinião desfavorável da crítica literária, artística, científica ou desportiva, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar | 236 |
| 3 | O problema da crítica ao homem público – político | 237 |
| 4 | A reprodução, integral ou resumida, desde que não constitua matéria reservada ou sigilosa de relatórios, pareceres, decisões ou atos proferidos pelos órgãos competentes das Casas Legislativas | 241 |
| 5 | Noticiar ou comentar, resumida ou amplamente, projetos e atos do Poder Legislativo, bem como debates e críticas a seu respeito | 242 |
| 6 | A reprodução integral, parcial ou abreviada, a notícia, crônica ou resenha dos debates escritos ou orais, perante juízes e tribunais, bem como a divulgação de despachos e sentenças e de tudo quanto for ordenado ou comunicado por autoridades judiciais – o segredo de justiça | 243 |
| 6.1 | Veiculação de atos e decisões judiciais – segredo de justiça – e dever de indenizar ... | 244 |
| 7 | A divulgação de articulados, quotas ou alegações produzidas em juízo pelas partes ou seus procuradores | 247 |
| 8 | A divulgação, discussão e crítica de atos e decisões do Poder Executivo e seus agentes, desde que não se trate de matéria de natureza reservada ou sigilosa | 248 |
| 9 | A crítica às leis e a demonstração de sua inconveniência ou inoportunidade | 250 |
| 10 | A crítica inspirada pelo interesse público | 250 |
| 11 | A exposição de doutrina ou ideia | 251 |
| 12 | Reprodução ou noticiário que contenha injúria, calúnia ou difamação | 251 |
| 13 | Conclusões | 252 |
| | Referências | 252 |

LIBERDADE DE ENSINO: UMA QUESTÃO DE MEDIDA

| | | |
|---|--|------------|
| ALFREDO COPETTI NETO, GUSTAVO OLIVEIRA VIEIRA..... | | 255 |
|---|--|------------|

| | | |
|---|--|-----|
| 1 | Considerações preliminares | 255 |
| 2 | Três significados de liberdade | 256 |
| 3 | O significado de liberdade que ensejou o liberalismo | 256 |
| 4 | Liberalismo econômico e liberalismo político | 260 |
| 5 | A liberdade de ensino no Estado de Direito Contemporâneo | 261 |
| 6 | À guisa de uma conclusão | 263 |
| | Referências | 263 |

PEQUENO DISCURSO SOBRE AS LIBERDADES DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO

| | |
|---|-----|
| CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, BRUNO MENESES LORENZETTO | 265 |
| 1 Introdução | 265 |
| 2 Os campos de incidência das liberdades | 266 |
| 3 Projeções normativas no Brasil e a Lei de Imprensa | 271 |
| 4 Considerações finais | 276 |
| Referências | 278 |

DIREITO DE PROCRUAR E PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA NO CONTEXTO DA BIOCONSTITUIÇÃO

| | |
|--|-----|
| FELIPE SARINHO | 281 |
| 1 Introdução | 281 |
| 2 A procriação medicamente assistida e suas técnicas | 282 |
| 2.1 Conceito prévio: a procriação medicamente assistida | 282 |
| 2.2 As técnicas de procriação medicamente assistida | 285 |
| 3 Direito de procriar no contexto bioconstitucional | 288 |
| 3.1 O direito a constituir família gera um direito de procriar? | 288 |
| 3.2 Há um direito de procriar através do recurso à técnica de PMA? | 290 |
| 3.3 Regulamentação do acesso à procriação medicamente assistida no SUS | 295 |
| 4 Conclusões | 297 |

DEBATE EN TORNO A LA LAICIDAD: LAS CARICATURAS DE MAHOMA Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

| | |
|-----------------------------|-----|
| MANUEL ATIENZA | 299 |
| NOTA | 305 |

LIBERDADE DE MORRER DIGNAMENTE

| | |
|--|-----|
| ADRIANO MARTELETO GODINHO, GEORGE SALOMÃO LEITE | 307 |
| 1 Considerações iniciais | 307 |
| 2 Eutanásia: conceito, pressupostos e espécies | 308 |
| 3 Em defesa da eutanásia: o direito à morte digna | 312 |
| 4 O rechaço da eutanásia: a ortotanásia e a morte no tempo certo | 315 |
| 5 À guisa de conclusão: o sopesamento dos argumentos favoráveis e contrários à eutanásia | 318 |
| Referências | 319 |

LIBERDADES PÚBLICAS E HOMOSSEXUALIDADE: A LIBERDADE DE ORIENTAÇÃO SEXUAL NO DIREITO BRASILEIRO

| | |
|--|-----|
| ROGER RAUPP RIOS | 321 |
| 1 Introdução | 321 |
| 2 Homossexualidade e liberdade de orientação sexual | 322 |
| 2.1 Liberdade, orientação sexual e homossexualidade | 322 |
| 2.2 Liberdades públicas e liberdade de orientação sexual | 323 |
| 2.3 Liberdade de orientação sexual no direito brasileiro: a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 132 | 326 |
| 3 Desafios à liberdade de orientação sexual no direito brasileiro | 329 |
| 3.1 Liberdade de orientação sexual e direitos sociais | 330 |
| 3.2 Assimilacionismo e familismo heterossexista | 331 |
| 3.3 A liberdade de orientação sexual entre universalismo e particularismo | 334 |
| 4 Considerações finais | 334 |
| Referências | 335 |

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

| | |
|---|-----|
| LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO, MAURÍCIO MAIA | 339 |
| 1 Introdução | 339 |
| 2 Direitos fundamentais e dignidade humana na Constituição Brasileira | 340 |
| 3 A igualdade como pressuposto da dignidade humana | 341 |
| 3.1 A igualdade e o reconhecimento da diferença | 342 |
| 4 As pessoas com deficiência na Constituição | 343 |
| 4.1 A Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência | 345 |
| 5 Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência | 348 |
| 6 Conclusão | 349 |

| | |
|-------------------|-----|
| Referências | 350 |
|-------------------|-----|

LIBERDADE INDIVIDUAL, DIREITO À DIVERSIDADE E CASAMENTO IGUALITÁRIO

| | |
|--|------------|
| GLAUCO SALOMÃO LEITE, RENATA DE LIMA PEREIRA..... | 351 |
| 1 Introdução | 351 |
| 2 O tratamento doutrinário: da família às famílias | 352 |
| 3 Déficit de representação política e o Supremo Tribunal Federal como voz das minorias: a importância do julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277 | 355 |
| 4 Desdobramentos da decisão do Supremo Tribunal Federal | 358 |
| 5 A reação parlamentar: o retorno à “família” (no singular) | 359 |
| Referências | 362 |

PARTE III

LIBERDADES PÚBLICAS NO DIÁLOGO ENTRE CORTES

LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM DIÁLOGO ENTRE CORTES

| | |
|--|------------|
| FLÁVIA PIOVESAN, MARIANNA REBUCCI | 365 |
| 1 Introdução | 365 |
| 2 Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a proteção à liberdade de expressão como garantia pública | 366 |
| 3 A proteção à liberdade de expressão no Supremo Tribunal Federal: análise da APDF nº 187 | 372 |
| 4 O diálogo entre cortes, o controle de convencionalidade e a proteção de direitos | 375 |
| 5 Considerações finais | 378 |

DIÁLOGOS ENTRE CORTES E OS DIREITOS DA PESSOA HUMANA – ORDENS JURÍDICAS E A FUNÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA COMO ELEMENTO COMUNICADOR

| | |
|---|------------|
| LUIZ GUILHERME ARCARO CONCI | 379 |
| 1 Introdução | 379 |
| 2 A proteção multinível dos direitos da pessoa humana e o pluralismo de fontes | 379 |
| 3 A interação de ordens jurídicas para a proteção de direitos da pessoa humana | 381 |
| 4 A conceitualização de diálogo em uma perspectiva jurisprudencial | 385 |
| 5 O controle de convencionalidade e o diálogo entre cortes: duas faces da mesma moeda chamada proteção da pessoa humana | 387 |
| Referências | 391 |

A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

| | |
|--|------------|
| SIDNEY GUERRA | 393 |
| 1 Introdução | 393 |
| 2 As funções da Corte Interamericana e a importância de sua jurisdição no Sistema Interamericano de Direitos Humanos | 394 |
| 3 Controle de convencionalidade | 399 |
| 4 Considerações finais | 403 |
| Referências | 404 |

A ARGUMENTAÇÃO COMPARATIVA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

| | |
|---|------------|
| ANDRÉ RUFINO DO VALE..... | 407 |
| 1 Introdução | 407 |
| 2 O atual fenômeno do uso do direito estrangeiro na jurisdição constitucional | 407 |
| 3 O foco em relação à prática dos tribunais constitucionais | 410 |
| 4 Os distintos enfoques teóricos de estudo sobre o fenômeno | 411 |
| 5 O argumento comparativo | 412 |
| 6 Breves reflexões sobre a prática no STF | 414 |
| 7 Notas finais | 416 |
| Referências | 416 |

| | |
|-------------------------------|------------|
| SOBRE OS AUTORES | 419 |
|-------------------------------|------------|