2021.1

Caderno Sistematizado Direito Constitucional – Parte I

@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

DIREITO CONSTITUCIONAL – PARTE I

APRESENTAÇÃO....16
CONSTITUCIONALISMO....17
1. CONCEITO....17
2. CONSTITUCIONALISMO ANTIGO....17
3. CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO (LIBERAL/MODERNO)....19
3.1. CONTEXTO E CARACTERÍSTICAS....19
3.2. MARCOS HISTÓRICOS (EXPERIÊNCIAS DO CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO)....19
3.3. PRIMEIRA FASE: ESTADO DE DIREITO OU ESTADO LIBERAL....21
3.4. SEGUNDA FASE: ESTADO SOCIAL....22
4. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO....24
4.1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO/ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO....24
4.2. DIREITOS DE TERCEIRA DIMENSÃO: (FRATERNIDADE)....25
4.3. DIREITOS DE QUARTA DIMENSÃO (PLURALIDADE)....25
5. NEOCONSTITUCIONALISMO....26
5.1. CONCEITO....26
5.2. CARACTERÍSTICAS....26
5.3. MARCOS (CARACTERÍSTICAS POR BARROSO)....30
5.4. NEOCONSTITUCIONALISMO E DOUTRINA DA EFETIVIDADE....31
5.5. PANCONSTITUCIONALIZAÇÃO E LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR....31
6. CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO....31
7. CONSTITUCIONALISMO GLOBALIZADO OU GLOBAL....32
8. PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL....32
9. TRANSCONSTITUCIONALISMO....33
10. ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO....33
11. CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO....33
12. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO....34
13. CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO....35
PODER CONSTITUINTE....36
1. CONCEITO....36
2. NATUREZA DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO....36
2.1. CONCEPÇÃO JUSNATURALISTA....36
2.2. CONCEPÇÃO POSITIVISTA....37
3. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO (PCO)....37

3.1. CONCEITO....37
3.2. CARACTERÍSTICAS DO PCO....37
3.3. LIMITAÇÕES MATERIAIS OU EXTRAJURÍDICOS DO PCO (JORGE MIRANDA)....38
3.3.1. Limites Transcendentes ao PCO....38
3.3.2. Limites Imanentes ao PCO....39
3.3.3. Limites Heterônomos ao PCO....39
3.4. TITULARIDADE E EXERCÍCIO DO PCO: LEGITIMIDADE....39
3.4.1. Legitimidade Objetiva....39
3.4.2. Legitimidade Subjetiva....39
3.5. ESPÉCIES DE PCO SEGUNDO O FENÔMENO CONSTITUCIONAL....40
3.5.1. Poder Constituinte Originário Histórico....40
3.5.2. Poder Constituinte Originário Revolucionário....40
3.5.3. Poder Constituinte Originário Transicional....40
3.6. ESPÉCIES DE PCO SEGUNDO O CRITÉRIO MATERIAL E FORMAL....41
3.6.1. Poder Constituinte Originário segundo o critério MATERIAL....41
3.6.2. Poder Constituinte Originário segundo o critério FORMAL....41
4. PODER CONSTITUINTE (DERIVADO) DECORRENTE (PCDD)....41
4.1. CONCEITO E FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL....41
4.2. NATUREZA....42
4.3. CARACTERÍSTICAS....42
4.3.1. Secundário....42
4.3.2. Limitado....42
4.3.3. Condicionado....42
4.4. LIMITES AO PCDD – JOSÉ AFONSO DA SILVA....42
4.4.1. Princípios constitucionais sensíveis....43
4.4.2. Princípios constitucionais extensíveis....43
4.4.3. Princípios constitucionais estabelecidos (organizatórios)....44
4.5. EXISTE PCD NO DF E NOS MUNICÍPIOS?....44
5. PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR (PCDR)....45
5.1. CONCEITO....45
5.2. LIMITAÇÕES AO PCDR (ART.60)....45
5.2.1. Previsão....45
5.2.2. Limitações TEMPORAIS ao PCDR....46
5.2.3. Limitações CIRCUNSTANCIAIS ao PCDR....46
5.2.4. Limitações FORMAIS (ou limitações processuais ou procedimentais) ao PCDR....46
5.2.5. Limitações MATERIAIS....50

5.2.6. Limitações IMPLÍCITAS ao PCDR 54
5.3. PODER CONSTITUINTE DERIVADO REVISOR (PCDREV) 55
5.4. OUTROS “PODERES CONSTITUINTES” 56
5.4.1. Poder Constituinte “Difuso” 56
5.4.2. Poder Constituinte “Supranacional” 56
6. ESQUEMA: LIMITES AO PC 56
7. DIREITO ADQUIRIDO E CONSTITUIÇÃO 57
7.1. DIREITO ADQUIRIDO E NOVA CONSTITUIÇÃO: RETROATIVIDADE 57
7.1.1. Retroatividade Mínima 57
7.1.2. Retroatividade Média e Máxima 58
7.2. DIREITO ADQUIRIDO E EMENDA CONSTITUCIONAL 59
A CONSTITUIÇÃO 60
1. CONCEPÇÕES DA CONSTITUIÇÃO 60
1.1. CONCEPÇÃO *SOCIOLÓGICA (FERDINAND LASSALLE)* 60
1.1.1. Constituição escrita/jurídica 60
1.1.2. Constituição real/efetiva 60
1.2. CONCEPÇÃO POLÍTICA (CARL SCHIMITT) 60
1.2.1. Constituição propriamente dita 60
1.2.2. “Leis Constitucionais” 61
1.3. CONCEPÇÃO JURÍDICA 61
1.3.1. Constituição em sentido “LÓGICO-JURÍDICO”: Norma Fundamental Hipotética 62
1.3.2. Constituição em sentido “JURÍDICO-POSITIVO: Norma Positivada Suprema 62
1.4. CONCEPÇÃO NORMATIVA 62
1.5. CONCEPÇÃO CULTURALISTA 63
2. CONSTITUIÇÃO NACIONAL X CONSTITUIÇÃO FEDERAL 63
3. CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES 63
3.1. QUANTO À ORIGEM 63
3.1.1. Outorgada/imposta 64
3.1.2. Cesarista 64
3.1.3. Pactuada/pactual 64
3.1.4. Democrática/popular/votada/promulgada 64
3.2. QUANTO AO MODO ELABORAÇÃO 65
3.2.1. Histórica 65
3.2.2. Dogmática 65
3.3. QUANTO À IDENTIFICAÇÃO DAS NORMAS 65
3.3.1. Material 65

3.3.2. Formal 65
3.4. QUANTO À ESTABILIDADE/MUTABILIDADE/PLASTICIDADE 66
3.4.1. Imutáveis 66
3.4.2. Fixas 66
3.4.3. Rígidas 66
3.4.4. Super-rígida 67
3.4.5. Semirrígida/semiflexível 67
3.4.6. Flexível/plástica 67
3.5. QUANTO À FUNÇÃO 67
3.5.1. Garantia/quadro/estatutária/orgânica 67
3.5.2. Programática/dirigente/diretiva 68
3.5.3. Constituição-balanço/registro 68
3.6. QUANTO À EXTENSÃO 68
3.6.1. Concisa/breve/sumária/sucinta/básica/clássica 68
3.6.2. Prolixas/analíticas/regulamentares 68
3.7. QUANTO À DOGMÁTICA 68
3.7.1. Ortodoxa 68
3.7.2. Eclética/compromissória/heterogênea 69
3.8. QUANTO À ONTOLOGIA 69
3.8.1. Normativa 69
3.8.2. Nominal 69
3.8.3. Semântica 69
4. CLASSIFICAÇÃO DA CF/88 69
5. A CONSTITUIÇÃO E O SEU PAPEL 70
5.1. CONSTITUIÇÃO-LEI 70
5.2. CONSTITUIÇÃO-FUNDAMENTO/CONSTITUIÇÃO-TOTAL 70
5.3. CONSTITUIÇÃO-MOLDURA (“ORDEM-QUADRO”) 71
5.4. CONSTITUIÇÃO DÚCTIL (CONSTITUIÇÃO SUAVE) 71
6. HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS 71
6.1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS 71
6.2. CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL (1824) 71
6.2.1. Ideologia 71
6.2.2. Estabilidade 72
6.2.3. Extensão 72
6.2.4. Estado 72
6.2.5. Poder 72

6.2.6. Governo....72
6.2.7. Controle de constitucionalidade....73
6.2.8. Direitos fundamentais....73
6.3. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1891)....73
6.3.1. Ideologia....73
6.3.2. Estado....73
6.3.3. Poder....73
6.3.4. Governo....73
6.3.5. Controle de constitucionalidade....74
6.3.6. Direitos fundamentais....74
6.4. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1934)....74
6.4.1. Ideologia....74
6.4.2. Estado....74
6.4.3. Poder....74
6.4.4. Governo....75
6.4.5. Controle de constitucionalidade....75
6.4.6. Direitos fundamentais....75
6.5. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1937)....75
6.5.1. Ideologia....75
6.5.2. Estado....75
6.5.3. Poder....76
6.5.4. Governo....76
6.5.5. Controle de constitucionalidade....76
6.5.6. Direitos fundamentais....76
6.6. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1946)....76
6.6.1. Ideologia....77
6.6.2. Estado....77
6.6.3. Poderes....77
6.6.4. Controle de constitucionalidade....77
6.6.5. Direitos fundamentais....77
6.7. CONSTITUIÇÃO DO BRASIL (1967)....77
6.7.1. Ideologia....78
6.7.2. Estado....78
6.7.3. Poderes....78
6.7.4. Controle de constitucionalidade....78
6.7.5. Direitos fundamentais....78

6.8. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1969) 78
6.8.1. Poderes 78
6.8.2. Direitos fundamentais 79
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL 80
1. INTRODUÇÃO 80
2. CONTRIBUIÇÕES DA DOGMÁTICA ALEMÃ - BÖCKENFÖRDE 80
3. MÉTODO HERMENÊUTICO CLÁSSICO (MÉTODO JURÍDICO) – ERNEST FORSTHOFF 81
4. MÉTODO CIENTÍFICO-ESPIRITUAL (VALORATIVO) – RUDOLF SEMEND 81
5. MÉTODO TÓPICO PROBLEMÁTICO – THEODORE VIEHWEG 82
5.1. IDEIA GERAL 82
5.2. PONTOS POSITIVOS DO MÉTODO TÓPICO PROBLEMÁTICO 83
5.3. CRÍTICAS AO MÉTODO TÓPICO PROBLEMÁTICO 83
6. MÉTODO HERMENÊUTICO CONCRETIZADOR – KONRAD HESSE (CONCEPÇÃO JURÍDICA DA CONSTITUIÇÃO) 84
6.1. IDEIA GERAL DO MÉTODO HERMENÊUTICO CONCRETIZADOR 84
6.2. ELEMENTOS BÁSICOS DO MÉTODO HERMENÊUTICO CONCRETIZADOR 84
6.3. CRÍTICAS AO MÉTODO HERMENÊUTICO CONCRETIZADOR 84
7. MÉTODO NORMATIVO ESTRUTURANTE – FRIEDERICH MÜLLER 85
7.1. IDEIA GERAL DO MÉTODO NORMATIVO ESTRUTURANTE 85
7.2. CRÍTICA AO MÉTODO NORMATIVO ESTRUTURANTE 86
8. MÉTODO CONCRETISTA DA CONSTITUIÇÃO ABERTA 86
8.1. IDEIA GERAL DO MÉTODO DA CONSTITUIÇÃO ABERTA 86
8.2. CRÍTICA AO MÉTODO DA CONSTITUIÇÃO ABERTA 87
9. DOGMÁTICA ESTADUNIDENSE 87
9.1. INTERPRETATIVISMO E NÃO INTERPRETATIVISTO 87
9.1.1. Interpretativismo 87
9.1.2. Não interpretativismo 88
9.2. TEORIA DO REFORÇO DA DEMOCRACIA 88
9.3. MINIMALISMO (CASS SUNSTEIN) 89
9.4. MAXIMALISMO (CASS SUNSTEIN) 89
9.5. PRAGMATISMO JURÍDICO 90
9.6. LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO (RONALD DWORKIN) 91
PRINCÍPIOS INTERPRETATIVOS (PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS OU POSTULADOS NORMATIVOS) 93
1. PRINCÍPIO DA UNIDADE 93
2. PRINCÍPIO DO EFEITO INTEGRADOR 94

3. PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA (OU HARMONIZAÇÃO) 94
4. PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE (CONVIVÊNCIA DAS LIBERDADES PÚBLICAS) 95
5. PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA (Hesse) 95
5.1. CONCEITO 95
5.2. REFLEXOS 95
5.2.1. "Efeito transcendente" dos motivos determinantes (fundamentação) 96
5.2.2. Objetivação do controle difuso (processo subjetivo) 96
5.2.3. Relativização da Coisa Julgada 96
6. PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE (EFICIÊNCIA OU INTERPRETAÇÃO EFETIVA) 97
6.1. CONCEITO 97
6.2. DIFERENÇA ENTRE AS CATEGORIAS DE NORMAS 98
6.2.1. Validade 98
6.2.2. Vigência 98
6.2.3. Eficácia (eficácia jurídica) 98
6.2.4. Efetividade (eficácia social) 99
6.3. CONSIDERAÇÕES FINAIS QUANTO À MÁXIMA EFETIVIDADE 99
7. PRINCÍPIO DA CONFORMIDADE FUNCIONAL (OU DA 'JUSTEZA' – CANOTILHO) 99
PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO 101
1. TESES 101
1.1. TESE DA EFICÁCIA IDÊNTICA AOS DEMAIS PRECEITOS 101
1.2. TESE DA RELEVÂNCIA JURÍDICA ESPECÍFICA OU INDIRETA 101
1.3. TESE DA IRRELEVÂNCIA JURÍDICA DO PREÂMBULO 101
NORMAS CONSTITUCIONAIS 102
1. ESPÉCIES NORMATIVAS 102
1.1. PRINCÍPIOS 102
1.2. REGRAS 103
1.2.1. Derrotabilidade ou superabilidade de regras 104
1.3. POSTULADOS NORMATIVOS 105
2. CLASSIFICAÇÃO QUANTO À EFICÁCIA 105
2.1. NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA PLENA 106
2.1.1. Aplicabilidade direta 106
2.1.2. Aplicabilidade imediata 106
2.1.3. Aplicabilidade integral 106
2.2. NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA CONTIDA (REDUTÍVEL OU RESTRINGÍVEL) 106
2.3. NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA 107

2.3.1. Normas de princípios institutivo 107
2.3.2. Normas de princípio programático 108
2.4. OUTRAS ESPÉCIES 108
2.4.1. Normas constitucionais de eficácia absoluta ou supereficazes 108
2.4.2. Normas constitucional de eficácia exaurível e de eficácia exaurida 109
3. FENÔMENOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL INTERTEMPORAL 109
3.1. DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO 109
3.2. RECEPÇÃO 110
3.3. CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE 110
3.4. EFEITO REPRISTINATÓRIO TÁCITO 111
3.5. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL 112
TEORIA GERAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE 114
1. SUPREMACIA CONSTITUCIONAL 114
1.1. SUPREMACIA MATERIAL 114
1.2. SUPREMACIA FORMAL 114
1.3. LEI COMPLEMENTAR X LEI ORDINÁRIA 115
1.3.1. Hierarquia entre normas 115
1.3.2. Diferenças 115
1.3.3. Diferença do quórum de aprovação 116
1.3.4. Questionamentos pertinentes 116
1.3.5. ADI → Objeto deve estar ligado à Constituição 117
1.4. LEI FEDERAL X LEI ESTADUAL X LEI MUNICIPAL 117
1.4.1. Regra 117
1.4.2. E no caso de conflito de lei federal x lei municipal? 117
1.4.3. Repartição Vertical: art. 24 117
2. PARÂMETRO PARA CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (NORMA DE REFERÊNCIA) 118
2.1. CONCEITO 118
2.2. ESPÉCIES DE NORMA DE REFERÊNCIA 118
2.3. BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE 119
3. FORMAS DE INCONSTITUCIONALIDADE 120
3.1. QUANTO AO TIPO DE CONDUTA PRATICADA PELO PODER PÚBLICO 120
3.1.1. Inconstitucionalidade por AÇÃO 120
3.1.2. Inconstitucionalidade por OMISSÃO 121
3.1.3. Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) 121
3.2. QUANTO À NORMA CONSTITUCIONAL OFENDIDA 123

3.2.1. Inconstitucionalidade MATERIAL ou NOMOESTÁTICA....123
3.2.2. Inconstitucionalidade FORMAL ou NOMODINÂMICA....123
3.3. QUANTO À EXTENSÃO....125
3.3.1. Inconstitucionalidade TOTAL....125
3.3.2. Inconstitucionalidade PARCIAL....125
3.4. QUANTO AO MOMENTO EM QUE OCORRE A INCONSTITUCIONALIDADE....126
3.4.1. Inconstitucionalidade ORIGINÁRIA....126
3.4.2. Inconstitucionalidade SUPERVENIENTE....126
3.4.3. Inconstitucionalidade PROGRESSIVA....128
3.5. QUANTO AO PRISMA DE APURAÇÃO....129
3.5.1. Inconstitucionalidade DIRETA, IMEDIATA ou ANTECEDENTE....129
3.5.2. Inconstitucionalidade INDIRETA ou MEDIATA....129
4. FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE....130
4.1. QUANTO À NATUREZA DO ÓRGÃO....130
4.1.1. Controle jurisdicional....131
4.1.2. Controle político....131
4.2. QUANTO AO MOMENTO....131
4.2.1. Preventivo....132
4.2.2. Repressivo....133
4.3. QUANTO À COMPETÊNCIA JURISDICIONAL....135
4.3.1. Controle difuso....135
4.3.2. Controle concentrado....136
4.4. QUANTO À FINALIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL....136
4.4.1. Controle concreto....136
4.4.2. Controle abstrato....136
CONTROLE CONCENTRADO-ABSTRATO....138
1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS....138
1.1. PREVISÃO LEGAL....138
1.2. ANÁLISE DE QUESTÕES FÁTICAS....138
1.3. CARÁTER DÚPLICE (OU AMBIVALENTE)....139
1.4. EFEITO VINCULANTE....139
1.5. CONSTITUCIONALIDADE DA ADC E CONTROVÉRSIA JUDICIAL RELEVANTE....139
1.6. ADPF: CARÁTER SUBSIDIÁRIO....140
1.7. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE....141
1.8. CUMULAÇÃO DE AÇÕES....141
1.9. POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE ACORDO....143

2. LEGITIMIDADE ATIVA 143
2.1. DISTINÇÃO ENTRE LEGITIMADOS 144
2.1.1. Legitimados Universais 144
2.1.2. Legitimados Especiais 145
3. PARÂMETRO DE CONTROLE 148
3.1. ADI E ADC 148
3.2. ADPF 148
4. OBJETO 149
4.1. PERSPECTIVAS 149
4.1.1. Material 149
4.1.2. Temporal 152
4.1.3. Espacial 153
5. PARTICIPAÇÃO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES 153
5.1. AMICUS CURIE 153
5.1.1. Conceito 153
5.1.2. Papel 154
5.1.3. Natureza 154
5.1.4. Admissibilidade 154
5.1.5. Forma de manifestação 154
5.1.6. Requisitos 156
5.1.7. Prazo para ingresso 156
5.1.8. Interposição de recursos 156
5.1.9. Principais diferenças em relação ao CPC/2015 158
5.2. PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA 159
5.3. ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO 159
6. LIMINAR 160
6.1. QUÓRUM 161
6.2. EFICÁCIA OBJETIVA E SUBJETIVA 162
6.2.1. ADC 162
6.2.2. ADI 163
6.2.3. ADPF 163
6.3. EFICÁCIA TEMPORAL 163
6.3.1. ADC 164
6.3.2. ADI 164
6.3.3. ADPF 164
6.4. OBRIGATORIEDADE 164

7. DECISÃO DE MÉRITO 165
7.1. QUÓRUM 165
7.2. EFICÁCIA OBJETIVA E SUBJETIVA 166
7.2.1. Quanto à eficácia subjetiva 166
7.2.2. Quanto à eficácia objetiva 167
7.3. EFICÁCIA TEMPORAL 167
7.4. TÉCNICAS DE DECISÃO JUDICIAL 169
7.4.1. Declaração de inconstitucionalidade com redução parcial/total de texto 169
7.4.2. Declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto x interpretação conforme à Constituição 169
7.4.3. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade 171
CONTROLE DIFUSO CONCRETO 173
1. ASPECTOS GERAIS 173
1.1. COMPETÊNCIA 173
1.2. FINALIDADE 173
1.3. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA 174
1.4. PARÂMETRO 174
1.5. OBJETO 174
1.6. EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA 174
1.6.1. Quanto ao aspecto objetivo 175
1.6.2. Quanto ao aspecto subjetivo 175
1.6.3. Quanto ao aspecto temporal 176
2. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (*FULL BENCH)* 177
2.1. PREVISÃO 177
2.2. ÓRGÃO ESPECIAL 177
2.3. CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO 177
2.4. TRIBUNAIS 178
2.5. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE 178
2.6. PROCESSO E JULGAMENTO 180
2.7. DISPENSA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO OU "*FULL BENCH*" 180
3. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE LEI PELO SENADO 181
3.1. ATO DE SUSPENDER: DISCRICIONÁRIO OU VINCULADO? 181
3.2. NO TODO OU EM PARTE 181
3.3. LEI 182
3.4. INCONSTITUCIONALIDADE ≠ NÃO RECEPÇÃO 182
3.5. EFEITOS DA RESOLUÇÃO DO SENADO 182

4. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE 183
5. TENDÊNCIA DE ABSTRATIVIZAÇÃO 184
5.1. CONCEITO 184
5.2. “COMMON LAW”: “STARE DECISIS” 184
5.3. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA 184
5.3.1. Âmbito constitucional 184
5.3.2. Âmbito legislativo 185
5.3.3. Âmbito jurisprudencial 186
REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL 188
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 188
2. COMPETÊNCIA 188
3. LEGITIMIDADE 188
4. PARÂMETRO 190
5. OBJETO 191
5.1. *SIMULTANEUS PROCESSUS* 192
6. DECISÃO DE MÉRITO 192
6.1. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 193
6.1.1. Parâmetro inconstitucional 193
6.1.2. Parâmetro for dispositivo interpretado contrariamente à norma de observância obrigatória 193
7. ADO, ADC E ADPF ESTADUAIS? 194
8. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE LEI (CONTROLE DIFUSO) 195
REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA 196
1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS 196
1.1. BASE NORMATIVA 196
1.2. SURGIMENTO 196
1.3. NATUREZA 196
2. ESPÉCIES 196
2.1. REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA FEDERAL 196
2.1.1. Previsão constitucional 196
2.1.2. Legitimidade ativa 196
2.1.3. Parâmetro de controle 197
2.1.4. Liminar 197
2.1.5. Decisão de mérito 198
2.2. REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA ESTADUAL 198
2.2.1. Previsão constitucional e considerações 198

2.2.2. Legitimidade ativa 199
2.2.3. Competência 199
2.2.4. Cabimento de RE 199
2.2.5. EFEITOS DA DECISÃO 199
CONTROLE DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS 201
1. INSTRUMENTOS 201
2. FINALIDADE 202
3. TIPO DE PRETENSÃO DEDUZIDA EM JUÍZO 202
4. COMPETÊNCIA 202
5. LEGITIMIDADE ATIVA 204
6. LEGITIMIDADE PASSIVA 207
7. PARÂMETRO 207
8. OBJETO 209
9. LIMINAR 209
10. DECISÃO DE MÉRITO 210
10.1. ADO 210
10.2. MI 212
10.2.1. Corrente não-concretista 212
10.2.2. Corrente concretista 212
10.2.3. Posição adotada no direito brasileiro 213
11. PARA FIXAR 215
TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 217
1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS 217
1.1. APLICABILIDADE 217
1.2. LOCALIZAÇÃO TOPOGRÁFICA 217
1.3. HIERARQUIA DOS TRATADOS 218
2. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 219
2.1. CLASSIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 219
2.1.1. Direitos individuais 220
2.1.2. Direitos coletivos 220
2.1.3. Direitos sociais 220
2.1.4. Direitos de nacionalidade 220
2.1.5. Direitos políticos 221
2.2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA (JOSÉ CARLOS VIEIRA ANDRADE) 222
2.2.1. Direito de defesa 222
2.2.2. Direito a prestações 223

2.2.3. Direitos de participação 223
2.3. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO JELLINEK (TEORIA DOS QUATRO STATUS)....223
2.3.1. Status passivo (“status subjectiones”)....223
2.3.2. Status negativo (“status negativus” ou “status libertatis”)....224
2.3.3. Status positivo (“status positivus” ou “status civitatis”) 224
2.3.4. Status ativo (“status activus” ou “status de cidadania ativa”)....225
2.3.5. Conclusão sobre a Teoria dos Quatro Status de Jellinek....226
3. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS....226
3.1. UNIVERSALIDADE....226
3.2. HISTORICIDADE 227
3.3. INALIENABILIDADE, IMPRESCRITIBILIDADE, INDISPONIBILIDADE E IRRENUNCIABILIDADE 227
3.4. RELATIVIDADE OU LIMITABILIDADE 227
4. AS DIMENSÕES/PERSPECTIVAS SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS....228
4.1. PERSPECTIVA SUBJETIVA 228
4.2. PERSPECTIVA OBJETIVA....228
5. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS....229
5.1. INTRODUÇÃO 229
5.2. TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS....230
5.2.1. Teoria da ineficácia horizontal....230
5.2.2. Teoria da eficácia horizontal indireta (Günter Durig) 230
5.2.3. Teoria da eficácia horizontal direta (Nipperdey) 231
5.2.4. Teoria integradora (Robert Alexy) 232
5.2.5. No Brasil qual teoria é adotada? 232
6. CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 232
6.1. OBJETIVO....232
6.2. DESTINATÁRIO....232
6.3. TEORIAS....233
6.3.1. Teoria absoluta 233
6.3.2. Teoria relativa 233
7. RESTRIÇÕES 233
7.1. TEORIA INTERNA 233
7.2. TEORIA EXTERNA....234
8. LIMITES DOS LIMITES....234

8.1. CONCEITO....234
8.2. REQUISITOS PARA LIMITAÇÃO....234
8.2.1. Limites Formais às Limitações....235
8.2.2. Limites Materiais às Limitações....235
9. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA....235
9.1. INTRODUÇÃO....235
9.2. STF E OS USOS HABITUAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA....236
9.2.1. Fundamentação da criação jurisprudencial de novos direitos....236
9.2.2. Formatação da interpretação adequada das características de um determinado direito 236
9.2.3. Criação de limites à ação do Estado....236
9.2.4. Fundamentar o juízo de ponderação....236
9.3. DPH X DIREITOS FUNDAMENTAIS....236
9.4. DHP X DIREITOS DE PERSONALIDADE....237
9.4.1. Introdução: a personalidade jurídica....237
9.4.2. Conceito de direitos de personalidade e a DPH....237
9.4.3. Direitos de Personalidade x Liberdades Públicas....238
9.5. DPH: POSTULADO, PRINCÍPIO OU REGRA?....238
9.5.1. DPH como Postulado....238
9.5.2. DPH como Princípio....239
9.5.3. DPH como regra....239
10. DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL....239
10.1. CONCEITO....240
10.2. ORIGEM....240
10.3. PRESSUPOSTOS....240
10.4. CONSEQUÊNCIAS....240
10.5. APLICAÇÃO....241
10.6. ADPF e o sistema penitenciário brasileiro....241

APRESENTAÇÃO

Olá!

Inicialmente, gostaríamos de agradecer a confiança em nosso material. Esperamos que seja útil na sua preparação, em todas as fases. A grande maioria dos concurseiros possui o hábito de trocar o material de estudo constantemente, principalmente, em razão da variedade que se tem hoje, cada dia surge algo novo. Porém, o ideal é você utilizar sempre a mesma fonte, fazendo a complementação necessária, eis que quanto mais contato temos com determinada fonte de estudo, mais familiarizados ficamos, o que se torna primordial na hora da prova.

O Caderno Sistematizado de Direito Constitucional, está dividido em Parte I e Parte II, possui como base as aulas do Prof. Marcelo Novelino (G7), complementadas com as aulas do Prof. Bernardo Fernandes, com o intuito de deixar o material mais completo, utilizados as seguintes fontes complementares: a) Constituição Federal para Concursos, 2019, (Marcelo Novelino e Dirley da Cunha Jr.); b) Curso de Direitos Constitucional, 2018, (Dirley da Cunha Júnior) e c) Curso de Direito Constitucional, 2020, Bernardo Gonçalves Fernandes.

Na parte jurisprudencial, utilizamos os informativos do site Dizer o Direito (www.dizerodireito.com.br), os livros: Principais Julgados STF e STJ Comentados, Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito, Súmulas do STF e STJ anotadas por assunto (Dizer o Direito). Destacamos é importante você se manter atualizado com os informativos, reserve um dia da semana para ler no site do Dizer o Direito.

Como você pode perceber, reunimos em um único material diversas fontes (aulas + doutrina + informativos + + lei seca + questões) tudo para otimizar o seu tempo e garantir que você faça uma boa prova.

Por fim, como forma de complementar o seu estudo, não esqueça de fazer questões. É muito importante!! As bancas costumam repetir certos temas.

Vamos juntos!! Bons estudos!!

Equipe Cadernos Sistematizados.

CONSTITUCIONALISMO

1. CONCEITO

O constitucionalismo pode ser definido em dois sentidos, quais sejam:

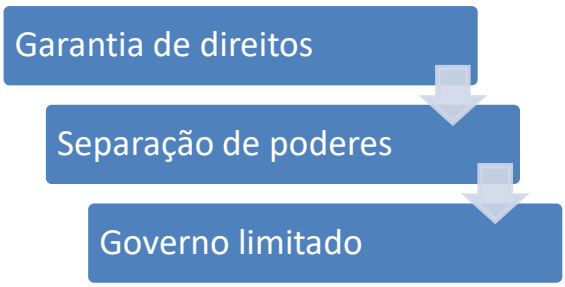
a) SENTINDO AMPLO - refere-se à existência de uma constituição dentro do Estado (pouco utilizado, pois todo Estado possui Constituição, mesmo que não seja escrita);

b) SENTIDO ESTRITO - refere-se à garantia de direitos e à limitação de poderes que devem existir dentro de um Estado.

No sentido estrito, o constitucionalismo contrapõe-se ao absolutismo. Nas palavras de Karl Loewenstein: "*a história do constitucionalismo não é senão a busca pelo homem político das limitações do poder absoluto exercido pelos detentores do poder, assim como o esforço de estabelecer uma justificação espiritual, moral ou ética da autoridade, em vez da submissão cega à facilidade da autoridade existente*".

Segundo Dirley da Cunha Jr., o constitucionalismo: "*nada mais é do que uma história da evolução constitucional. O conceito de constitucionalismo está vinculado à noção e importância da Constituição, na medida em que é através desta que aquele movimento pretende realizar o ideal de liberdade humana, com a criação de meios e instituições necessárias para limitar e controlar o poder político, opondo-se, desde sua origem, a governos arbitrários, independente de época e lugar. O constitucionalismo se despontou no mundo como um movimento político e filosófico inspirado por ideias libertárias que reivindicou, desde seus primeiros passos, um modelo de organização política lastreada no respeito dos direitos dos governados e na limitação do poder dos governantes*".

O constitucionalismo está associado a três ideias básicas:



Canotilho: teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Portanto, o constitucionalismo moderno representará ***uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.***

A seguir iremos analisar a evolução do constitucionalismo.

2. CONSTITUCIONALISMO ANTIGO

Sua principal característica é uma constituição baseada em costumes e em precedentes judiciais (constituição costumeira). Não havia, até o final do séc. XVIII, constituições escritas – apesar da existência de documentos escritos.

Apesar disso, é possível identificar a garantia de direitos e a separação de poderes, por isso que se fala em constitucionalismo mesmo na antiguidade. Havia Supremacia do Parlamento e forte influência religiosa.

MANIFESTAÇÕES	
ESTADO HEBREU	Constitucionalismo Primitivo Marco inicial do constitucionalismo. Há, pela primeira vez, a limitação do soberano. O Estado Hebreu era teocrático, assim os dogmas consagrados na bíblia eram vistos como limitações ao governo.
GRÉCIA	Democracia constitucional, forma mais avançada de governo. Imperava uma absoluta igualdade entre governantes e governados.
ROMA	Experiência constitucional associada à ideia de liberdade. Segundo Ihering, nunca em outra experiência jurídica a ideia de liberdade foi concebida de forma tão digna, tão correta como no direito romano.
INGLATERRA	Constitucionalismo Medieval "Rule of Law", esta expressão é traduzida para o português não de forma literal, a tradução é feita como "Governo das leis", em substituição ao "Governo dos homens" Ideias: LIMITAÇÃO DO PODER ARBITRÁRIO e IGUALDADE (dos cidadãos ingleses perante a lei). A origem das Constituições teria fundamento na Carta Magna de 1215, a Carta de João Sem-Terra. Consistia em um pacto entre o soberano e seus súditos, em que o soberano renuncia a parcela do seu poder, que era absoluto (vinha de Deus), em detrimento de seus súditos (ele havia sido derrotado e estava falido, precisava de subsídio de seus barões e por isso esse acordo). Encontramos aqui súditos impondo ao seu soberano uma limitação de poder. Não se pode considerar a Carta Magna de 1215 como uma Constituição concreta, de fato e de direito, isso porque, é claro, muita coisa ficou de fora para que pudesse ser considerada uma CONSTITUIÇÃO, mas certamente foi um avanço. Assim na idade média, em especial com a Magna Carta inglesa de 1215, o constitucionalismo deslancha em direção à modernidade, ganhando novos contornos. Há uma imposição do parlamento inglês de forma a limitar, portanto, o poder do então soberano. A partir daí são elaborados importantes documentos constitucionais: **"Petition of Rights" de 1628**; **"Habeas Corpus Act", de 1679**; "**Bill of Rights", de 1689, Act of Settlement, de 1701**, etc., todos com vistas a realizar o discurso do movimento constitucionalista da época.

Veja **como foi cobrado**:

TJ/AC (2019): O constitucionalismo antigo teve início com a Magna Carta de 1215, não havendo antes desse período indícios de experiências democráticas que contrastassem com os poderes teocráticos ou monárquicos dominantes. Errado!

3. CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO (LIBERAL/MODERNO)

3.1. CONTEXTO E CARACTERÍSTICAS

O Constitucionalismo Moderno (Clássico ou Liberal) surge no final do Século XVIII. Conforme ensina Dirley da Cunha Jr., "*no constitucionalismo moderno a noção de constituição envolve uma força capaz de limitar e vincular todos os órgãos do poder político. Por isso mesmo, a Constituição é concebida como um documento* ***escrito*** *e* ***rígido****, manifestando-se como uma* ***norma suprema e fundamental****, porque hierarquicamente superior a todas as outras, das quais constitui o fundamento de validade que só pode ser alterado por procedimentos especiais e solenes previstos em seu próprio texto*".

Aqui, surgem noções de:

- Constituição Escrita;
- Constituição Formal;
- Constituição Rígida;
- Enfim, supremacia da Constituição.

Salienta-se que o principal valor pelo qual se lutava, naquele período, era a liberdade através de uma limitação do poder do estado.

Veja **como foi cobrado**:

TJ/AC (2019): A transição da Monarquia Absolutista para o Estado Liberal, em especial na Europa, no final do século XVIII, que traçou limitações formais ao poder político vigente à época, é um marco do constitucionalismo moderno. Correto!

3.2. MARCOS HISTÓRICOS (EXPERIÊNCIAS DO CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO)

	1ª EXPERIÊNCIA	2ª EXPERIÊNCIA
LOCAL	EUA	FRANÇA
CONTEXTO	Em 1787, surge a Constituição dos EUA, como conhecemos e existe até hoje. Exemplo de constituição clássica.	Revolução Francesa 1789, foi criada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (DUDHC), a qual foi incorporada, como preambulo, à Constituição Francesa (1791).

	Aqui, fala-se em "ciclo constitucional norte-americano" ou "ciclo norte-americano".	Na FRANÇA a Constituição era vista como um instrumento de interferência nos projetos políticos. Não se limitava a estabelecer as "regras do jogo", mas participava, efetivamente, do jogo político. A ideia prevalecente era a supremacia do parlamento. Aqui se fala em "ciclo constitucional francês" ou "ciclo francês".
CONTRIBUIÇÕES	**SUPREMACIA CONSTITUCIONAL** - A constituição é a norma suprema, porque estabelece o que eles (visão norte-americana) chamam de "REGRAS DO JOGO". Ela quem estabelece as regras do jogo político a ser jogado pelo legislativo, executivo e judiciário, diz quem manda, como manda e até onde manda, respectivamente. Por uma questão lógica, a constituição tem que estar acima dos que participam do "jogo". **GARANTIA JURISDICIONAL** - Judiciário defendendo a supremacia constitucional, tendo em vista que é o poder mais neutro politicamente. Sendo o legislativo indicado, por exemplo, poderíamos ter a sobreposição da vontade das maiorias, causando desigualdade. OBS: O Constitucionalismo não é antidemocrático, mas muitas vezes desempenha um papel contra majoritário. "Democracia não é vontade da maioria? Ela vai contra essa vontade?" Democracia no sentido material é vontade da maioria + proteção de direitos fundamentais, inclusive das minorias. Em 1803, pela primeira vez é exercido o controle de	**CONSTITUIÇÃO PROLIXA** – A Constituição americana era sintética, concisa. Por outro lado, a Constituição francesa era extremante densa, servindo de modelo para inúmeras constituições da atualidade. **DISTINÇÃO ENTRE PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DERIVADO** – (Emmanuel Joseph Sieyés). Havia na França uma divisão entre nobreza, clero e povo. Os dois primeiros possuíam todos os privilégios, o povo não tinha direitos. Surge, assim, a ideia de que o verdadeiro titular do poder constituinte era o povo, chamado de terceiro estado – "***O que é o terceiro estado?***"

	constitucionalidade nos EUA (difuso), caso Marbury VS. Madison (Juiz John Marshall). Entendeu-se que a Constituição era norma suprema e que os poderes deveriam se submeter a ela. **SISTEMA PRESIDENCIALISTA** - O Presidente da República surge para substituir a figura do rei. **FORMA FEDERATIVA DE ESTADO** – Destaca-se que a forma federativa de estado não foi criada pelos EUA, é um equívoco afirmar isso. De acordo com Novelino, há outras experiências de federação, a exemplo dos cantões suíços. Todavia, é inegável que o modelo implementado pelos EUA influenciou inúmeros países.	**SEPARAÇÃO DE PODERES** – É um mecanismo criado para limitação do poder. Destaca-se que no constitucionalismo antigo, embora tivesse limitação de poderes do soberano, não havia a separação dos poderes. O Art. 16 da DUDHC (1789) elucida que "*uma sociedade que não garante direitos e não consagra a separação dos poderes, não tem uma constituição*." Com o constitucionalismo moderno, em razão das revoluções liberais, surge o estado de direito ou estado liberal.

3.3. PRIMEIRA FASE: ESTADO DE DIREITO OU ESTADO LIBERAL

Compreende o período entre o surgimento das primeiras Constituições escritas até o fim da 1ª Guerra Mundial. Concretizou-se com as experiências do *Rule of Law (Inglaterra), Rechtsstaa (Rússia) e État Légal (França).* No entanto, o Estado de Direito, como conhecido hoje, apenas ocorreu com o fim do antigo regime e após as revoluções liberais - *État du Droit = Verfassungsstaat*

Características:

a) Abstencionista: é um Estado que não intervém nas relações sociais, econômicas e laborais. É chamado de Estado Mínimo.

   O Estado Mínimo preocupa-se apenas com a proteção contra invasões estrangeiras; com a administração da justiça; com a implementação de bens e com as instituições que não geram lucros.

b) Direitos fundamentais correspondem aos direitos da burguesia (liberdade e propriedade), apenas no aspecto formal.

c) Limitação do soberano: a limitação do estado pelo direito estende-se ao soberano. Ou seja, todos estão limitados pelo ordenamento jurídico, o soberano não está mais acima da lei.

d) Princípio da legalidade: a atuação da administração pública depende de expressa autorização legal. Considerada uma atividade sublegal.

É na primeira fase do constitucionalismo moderno que surgem os direitos de primeira geração ou dimensão (forma mais correta), teoria desenvolvida por Karel Vazak (1979), difundida por Norberto Bobbio mundialmente. No Brasil, seu expoente foi Paulo Bonavides, que ampliou as gerações de direitos fundamentais.

DIREITOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO:

- Consagravam os valores relacionados à liberdade.
- Abrangem os direitos civis e os direitos políticos.

Os direitos civis, também chamados de direitos de defesa, compreendem o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à igualdade e o direito à propriedade, como se percebe são os direitos liberais clássicos. Possuem um caráter negativo, pois exigem do Estado uma abstenção (um não fazer). Surgem para proteger o indivíduo contra o arbítrio do estado.

Os direitos políticos, também chamados de direitos de participação, permitem que o indivíduo participe da vida do estado. Possui um aspecto positivo (realização de eleições) e negativo (atendidos os requisitos, não pode o estado impedir a participação).

Obs.: todo direito fundamental possui aspecto negativo (abstenção por parte do Estado) e um aspecto positivo (o Estado possui a obrigação de atuar), o que diferencia é o grau de cada aspecto.

Veja **como foi cobrado**:

TJ/RO (CESPE 2019): As Revoluções liberais do Século XVIII e início do Século XIX, promovidas na Europa Ocidental, são fruto do denominado constitucionalismo moderno, e foram caracterizadas, dentre outros elementos, pela consagração das liberdades individuais e defesa da igualdade em sentido formal. Correto!

3.4. SEGUNDA FASE: ESTADO SOCIAL

Fim da 1ª GM (1918) até o Fim da 2ª GM (1945).

Segundo Novelino, o liberalismo é um modelo ideal do Estado, para os casos em que não há desigualdade social entre as pessoas, permitindo que cada um faça suas escolhas. Contudo, havendo desigualdade gritante, não há como funcionar de forma correta, não há equilíbrio.

A segunda fase do constitucionalismo moderno surge ***a partir do esgotamento fático da visão liberal***, incapaz de atender as demandas por direitos sociais surgidas no fim do século XIX. Quando se percebeu que apenas garantir a liberdade não era suficiente começaram a surgir uma nova demanda de direitos. Os partidos socialistas e cristãos impõem às novas Constituições uma preocupação com o econômico e com o social, fazendo com que essas Cartas Políticas inserissem em seus textos direitos de cunho econômico e social. Os direitos de igualdade pressupõem a liberdade (Paulo Bonavides).

Passaram, pois, as Constituições a configurar um novo modelo de Estado, então liberal e passivo, agora ***social e intervencionista,*** conferindo-lhe tarefas, diretivas, programas e fins a serem executados através de prestações positivas oferecidas à sociedade. A história, portanto,

testemunha a passagem do Estado liberal ao Estado social e, consequentemente, a metamorfose da Constituição, de Constituição Garantia, Defensiva ou Liberal para Constituição Social, Dirigente, Programática ou Constitutiva.

Tem como documentos principais a Constituição do México de 1917 e a de Weimar de 1919, vindo a influenciar a Constituição brasileira de 1934 (***Estado Social de Direito).***

Características do Estado Social:

a) Intervencionista: o Estado Social é aquele que intervém em questões que eram deixadas na esfera individual, tais como as questões econômicas, as questões sociais e as questões laborais.

Obs.: Estado Social não se confunde com Estado Socialista, pois adere ao capitalismo.

b) Papel decisivo da produção e distribuição de bens: o Estado chama para si inúmeras questões que ficavam restritas à esfera individual.

c) Garantia de bem-estar mínimo: preocupa-se em garantir mínimas condições de vida digna. Pode ser relacionado ao mínimo existencial.

Como exemplo, dessa garantia de mínimo bem-estar podemos citar o benefício de prestação continuada, previsto na LOAS. Este benefício é assegurado independentemente de contribuição, ou seja, não se exige que a pessoa seja segurada do INSS. Assim, mesmo que nunca tenha contribuído, tratando-se de pessoa com deficiência (sem condições de exercer atividade laborativa) ou pessoa com mais de 65 anos, desde que possua renda inferior a ¼ do salário mínimo, receberá do Governo o benefício de um salário mínimo, visando a garantia de uma vida digna. (Veja que no estado liberal não há essa preocupação).

Nesta fase, surgem os direitos de segunda geração ou de segunda dimensão.

Obs.: A palavra geração dá a ideia de que uma substitui a outra. Ou seja, a primeira geração foi substituída pela segunda geração, sendo esta substituída pela terceira e, assim, sucessivamente. Tal ideia é errada, pois os direitos fundamentais não são substituídos por outras gerações, irão coexistir. Por isso, alguns autores afirmam que o correto é usar a expressão dimensão, garantindo a coexistência entre todos

DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO:

Marco histórico: Revolução industrial (Século XIX).

Possui como principal valor a igualdade. Não se trata de igualdade formal (tratamento igualitário da lei para com todos), que já havia sido consagrada nas revoluções liberais. A igualdade aqui é a material, ou seja, atuação do Estado para igualar os cidadãos, dada a crescente desigualdade social existente à época.

Abrangem os direitos sociais, econômicos e culturais. Exigem uma **ação do estado**, uma **prestação positiva**. Por isso, são considerados **direitos prestacionais.** São direitos essencialmente **coletivos.**

Em suma:

- Direitos sociais, econômicos e culturais.
- São direitos prestacionais ***(Direitos de Prestação –*** *status positivus ou status civitatis)*, ou seja, exigem prestações do Estado. Tanto prestações jurídicas quanto prestações materiais. Caráter positivo. Exigem atuação estatal.
- São essencialmente direitos coletivos.
- **Surgimento de Garantias institucionais:** garantias dadas não aos indivíduos, mas às instituições. É elevada a importância de certas instituições. Exemplo: família, imprensa livre, funcionalismo público.

Ex.: limitações ao capital, direitos à assistência social, à saúde, à educação, ao trabalho, ao lazer etc.

Mesmo com essas duas gerações, percebeu-se que não havia suficiente proteção do homem. Isso porque se constatou que existiam direitos que não são individuais, mas são de grupos, e que igualmente reclamavam proteção, uma vez que a ofensa a eles acabaria por inviabilizar o exercício dos direitos individuais já garantidos anteriormente. Surge a nova dimensão (3ª: fraternidade, ver abaixo).

Obs.'': A CF/88 ordena e sistematiza a atuação estatal interventiva para conformar a ordem socioeconômica. É o ***arbítrio conformador*** a que se refere ***Ernest Forsthoff,*** pelo qual o Estado, dentro de certos limites estabelecidos pela ordem jurídica, exerce uma ação modificadora de direitos e relações jurídicas dirigidas à totalidade, ou a uma parte considerável da ordem social.

4. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

4.1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO/ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito sintetiza as conquistas dos Estados Liberal e Social e tenta superar suas deficiências. Prega a conexão entre a democracia e o Estado de Direito, o poder deve ser organizado e exercido em termos democráticos.

É também denominado de **Estado Constitucional Democrático**, frisando o caráter normativo da Constituição. O princípio da soberania popular é a viga mestra deste modelo de estado, para que o estado seja democrático as normas devem ser elaboradas pelos representantes do povo.

Características

a) Preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais. Ou seja, confere-se uma dimensão material a tais direitos.

b) A limitação do poder legislativo: abrange tanto o aspecto formal (processo de elaboração) quanto o material (valores, conteúdo). Ex.: Controle de Constitucionalidade do conteúdo das EC.

c) Democracia substancial: significa a proteção dos direitos das minorias. Não restringe a democracia à vontade das maiorias.

4.2. DIREITOS DE TERCEIRA DIMENSÃO: (FRATERNIDADE)

Consagram os valores de fraternidade, solidariedade.

Trata-se de direitos **transindividuais** (tanto individuais como coletivos) São os seguintes direitos:

- Autodeterminação dos povos.
- Progresso ou desenvolvimento.
- Direito ao meio ambiente.
- Direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.
- Direito de comunicação.

OBS: Classificação nova do Prof. Paulo Bonavides, ele mudou o entendimento, no sentido de ser a **paz** um direito de 5ª dimensão e não de 3ª (como sustentava até então).

Outros autores: consumidor, criança e idosos.

Conclusão que chegaram: Não adianta cada indivíduo ter seus direitos protegidos, pois existem direitos coletivos que se forem violados acarretam a inviabilização de todos os demais direitos.

4.3. DIREITOS DE QUARTA DIMENSÃO (PLURALIDADE)

"Pluralidade" (direito das minorias – Paulo Bonavides). Teríamos aqui:

a) Direito à democracia

A democracia não estaria elencada nos direitos políticos (1ª dimensão)? Hoje, a democracia é vista em sentido material/substancial: fruição de direitos fundamentais básicos por **todos**, inclusive pelas minorias (contrário da democracia em sentido formal = vontade das maiorias).

Consagra-se o sufrágio universal, bem como determinados mecanismos de participação popular.

b) Direito à informação

Abrange três aspectos:

- Direito a informar

- Direito de se informar

- Direito de ser informado

c) Pluralismo

Art. 1º, V da CF – fundamento da República Federativa do Brasil, faz parte da estrutura do Estado.

Pluralismo político é muito mais amplo do que o "pluralismo político partidário", ele abrange o pluralismo artístico, religioso, político partidário, cultural e de orientações (inclusive sexuais).

Obs.: Igualdade está diretamente ligada ao pluralismo. "*Temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza, mas temos o direito de sermos diferentes quando a igualdade nos descaracteriza*."

Salienta-se que é importante diferenciar fundamentos, objetivos fundamentais e princípios que regerem o Brasil em suas relações internacionais.

FUNDAMENTOS	OBJETIVOS FUNDAMENTAIS	PRINCÍPIOS QUE REGEM AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS
Art. 1º da CF	Art. 3º da CF	Art. 4º da CF
Compõem a estrutura do Estado, são eles: - Cidadania - Soberania - Dignidade da Pessoa Humana - Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa - Pluralismo político	São as metas a serem buscadas pelos poderes públicos: - Construir uma sociedade justa e solidária - Garantir o desenvolvimento nacional - Erradicar a pobreza e a marginalização - Reduzir as desigualdades sociais - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação	Referem-se ao modo como o Brasil irá agir em sua relação com outros países: - independência nacional; - prevalência dos direitos humanos; - autodeterminação dos povos; -não-intervenção; igualdade entre os Estados; - defesa da paz; - solução pacífica dos conflitos; - repúdio ao terrorismo e ao racismo; - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; - concessão de asilo político.

Obs.: Parte da doutrina aponta ainda como direitos de quarta geração os direitos relacionados à biotecnologia e à bioengenharia e identificação genética do indivíduo. Não há um consenso a partir da terceira geração.

5. NEOCONSTITUCIONALISMO

5.1. CONCEITO

Consiste em uma experiência vivenciada por alguns países que possuem um sistema constitucional avançado. Movimento teórico que quer refundar o Direito Constitucional, com base em outras e novas premissas.

5.2. CARACTERÍSTICAS

1ª Característica: Normatividade da Constituição.

Reconhece-se, definitivamente, a força normativa da constituição.

Na experiência estadunidense sempre se reconheceu a força normativa da constituição. Por outro lado, no direito europeu a constituição era considerada apenas um documento político, sendo que o parlamento não estava obrigado a seguir os direitos fundamentais. Apenas com o fim da 2ª GM, é que o direito europeu conferiu força normativa.

Konrad Hesse, em sua obra A Força Normativa da Constituição, trouxe a constituição para o centro do ordenamento jurídico europeu.

Atualmente, tudo que está consagrado no texto constitucional é norma, podendo ser norma-princípio ou norma-regra. No constitucionalismo moderno a diferença traçada entre normas e princípios era apenas de grau; no neoconstitucionalismo, a diferença é **axiológica.** "**A constituição como valor em si":** o caráter ideológico do constitucionalismo moderno era limitar o poder, o do ***neoconstitucionalismo é concretizar os direitos fundamentais.***

Os princípios eram tratados como algo diferente de norma, como se fossem coisas distintas, norma é obrigatória, o princípio era visto apenas como diretriz. Nós trabalharemos com a concepção em que a norma é considerada um gênero e dentro deste gênero teremos duas espécies:

- Regras (subsunção) – as regras podem ser aplicadas de forma automática. Exemplo: aposentadoria compulsória aos 75 anos.

- Princípio (ponderação) – diferentemente das regras, não pode ser aplicado por subsunção. Exemplo: CF prevê que violar a intimidade gera dano moral. Toda vez que for violada necessariamente será paga indenização automaticamente? NÃO, porque no caso concreto terão outros princípios que poderão aparecer, ocasionando uma colisão, como por exemplo, conflito direito de privacidade x direito de informação, no caso de informação legítima, devida. Deve ser ponderado, analisado o caso concreto, e só depois das etapas é que se chegará a um resultado.

  Neoconstitucionalistas: "mais ponderação do que subsunção".

ATENÇÃO! No entanto, é importante ressaltar que há vozes na doutrina que criticam a ênfase dada pelo neoconstitucionalismo à aplicação dos princípios constitucionais e à ponderação, em detrimento das regras e da subsunção. Segundo parte da doutrina, tal medida fomentaria uma anarquia metodológica, também conhecida como panprincipiologismo ou "carnavalização dos princípios", que ocasionaria, por conseguinte, um alto grau de decisionismo judicial e de insegurança no ordenamento jurídico.

2ª Característica: Rematerialização das Constituições

De influência francesa.

As constituições passaram a consagrar conteúdos que até então não consagravam, como, por exemplo, diretrizes políticas, opções políticas, houve uma extensão do rol dos *direitos fundamentais (estes foram criados para defender a D.P.H*.).

Esta rematerialização fez com que as constituições ficassem extremamente prolixas, tendo em vista que vão além das matérias clássicas (direitos fundamentais, estruturas do estado e organização dos poderes), consideradas normas materialmente constitucionais. As demais normas, contidas no texto constitucional, mas que não tratam destes assuntos, são consideradas normas formalmente constitucionais.

Hoje, a maioria das constituições são prolixas, analíticas (ao contrário das clássicas, que eram sucintas).

3ª Característica: Centralidade da Constituição e dos direitos fundamentais:

Dignidade da pessoa humana passa a estar expressa, consagrada em todas as constituições, após a 2ª GM. A dignidade passou a ser considerada um Valor Constitucional Supremo, após experiências nazistas cruéis.

O indivíduo não é um meio para o Estado atingir seus fins, mas sim o ESTADO é um meio para que a SOCIEDADE atinja seus fins. O indivíduo é um fim em si mesmo.

As constituições passam a ocupar o centro do ordenamento jurídico, antes ocupado pelos códigos, surgindo a **constitucionalização de diversos ramos do direito**. Ou seja, a Constituição passa a regulamentar outros ramos do direito, tais como o direito civil, o direito tributário, o direito previdenciário.

Se a Constituição serve de fundamento de validade para todos outros ramos do direito, quando se interpreta uma lei, para esta interpretação ser adequada, deve-se interpretar a lei de acordo com seu fundamento de validade, **interpretação conforme a Constituição (filtragem constitucional).**

No que tange a interpretação constitucional, temos hoje:

a) Métodos de interpretação – Evolução da Hermenêutica Constitucional (métodos ultrapassados são deixados de lado).

b) Postulados de interpretação

Juiz pode fazer ***aplicação direta*** da Constituição. Porém, para aplicar a lei pronta, tem de ser verificado se ela é compatível com a constituição, nada mais é do que uma aplicação ***indireta negativa.***

Pode ter-se também uma aplicação ***indireta finalística***, é quando utilizamos o famoso princípio da interpretação conforme a constituição, quando se interpreta a lei de acordo com a constituição, e assim é aplicada.

Além disso, pode-se citar a **eficácia horizontal dos direitos fundamentais**, isto é, a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, entre particulares.

4ª Característica: Fortalecimento do Poder Judiciário

Hoje, o juiz é o principal protagonista, e NÃO MAIS o legislador. Por exemplo: se o legislador faz uma lei contrária à constituição, o judiciário irá afastar essa lei. Mas o ideal é que não existam protagonistas, deve existir o equilíbrio entre todos os poderes. Aqui se faz pertinente a análise de dois pontos:

Primeiro ponto: **Ativismo judicial**. Quando o legislativo é fraco, o judiciário acaba assumindo uma postura mais ativa, se fortalece, que é o que tem acontecido no Brasil atualmente.

Obs.: Objeto de questionamento em segunda fase pela banca CESPE. **PADRÃO DE RESPOSTA**: O Poder Judiciário realiza a constitucionalização do direito, ao interpretar a norma infraconstitucional

da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais. Tal atuação pode ser identificada como decorrência do chamado ativismo judicial que consiste na escolha, pelo Poder Judiciário, de um modo específico e proativo de interpretar e aplicar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. A ideia de ativismo judicial está, assim, associada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e dos fins constitucionais, promovendo a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, independentemente de manifestação do legislador ordinário.

Segundo ponto: **Judicialização das relações políticas e sociais.** Está diretamente ligada ao ativismo. Temos temas, atualmente, que são tratados pelo Poder Judiciário que antes eram assuntos do Poder Legislativo, assuntos que são de cunho político, como por exemplo, a fidelidade dos partidos, verticalização, decisões sobre CPI. Falando de relações sociais: estas em outro tempo eram resolvidas em âmbito de direito individual, como união sobre pessoas do mesmo sexo, células tronco.

OBS: O judiciário tem competência para decidir sobre todos esses assuntos? Cuidado.

Lembrar da EC/04 – Quanto a Tratados Internacionais de direitos humanos:

a) Que for aprovado com quórum para lei ordinária (NÃO foi aprovado por 3/5 e dois turnos). É supralegal, acima das leis, mas abaixo da constituição. ***Controle de supralegalidade.***

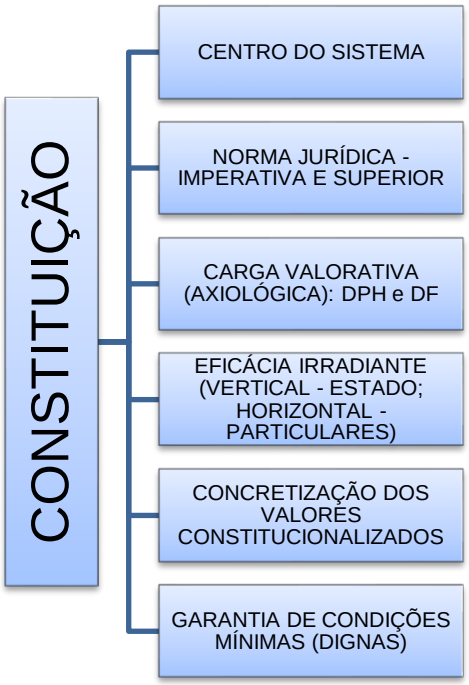
b) Já o aprovado por 3/5 e dois turnos, terá ***status constitucional***, o controle será de constitucionalidade.

c) O tratado Internacional comum (não de direitos humanos), ***tem controle de legalidade***, como se fosse lei ordinária.

5ª Característica: Filtragem constitucional.

Com a chegada do neoconstitucionalismo ao ordenamento jurídico brasileiro, os membros do Poder Judiciário passaram a realizar uma interpretação extensiva das normas constitucionais, inaugurando uma constitucionalização da ordem jurídica. Institutos e conceitos tradicionais do direito como família, função social, propriedade e tantos outros passaram a ser interpretados à luz da Constituição Federal de 1988, caracterizando uma filtragem constitucional.

Sistematizando: características do Neoconstitucionalismo



5.3. MARCOS (CARACTERÍSTICAS POR BARROSO)

MARCO HISTÓRICO	MARCO FILOSÓFICO	MARCO TEÓRICO
Formação do **Estado Constitucional de Direito** que tem início no pós 2ªGM. Reconhece-se a força normativa da Constituição. A legalidade subordina-se à Constituição, a validade das normas jurídicas dependente de sua compatibilidade com as normas constitucionais. Há mudança de paradigmas, o Estado Legislativo de Direito dá lugar ao Estado Constitucional de Direito.	**Pós-positivismo** – reconhece-se a centralidade dos direitos fundamentais e reaproxima o Direito e a Ética. O princípio da dignidade da pessoa humana ganha relevância; busca-se a concretização dos direitos fundamentais e a garantia de condições mínimas de existência aos indivíduos (mínimo existencial). Passa-se por um processo de constitucionalização de direitos. A Constituição passa a ter forte conteúdo axiológico, incorporando valores como os de justiça social, moralidade e equidade.	Reconhecimento da **força normativa da Constituição.** Expansão da jurisdição constitucional. Desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

5.4. NEOCONSTITUCIONALISMO E DOUTRINA DA EFETIVIDADE

(Fonte Curso CEI)

É possível afirmar que há uma relação lógica entre a doutrina da efetividade e o movimento de invasão da constituição conhecido como neoconstitucionalismo. Capitaneada por Luís Roberto Barroso, a doutrina da efetividade advoga no sentido de se aplicar diretamente as normas constitucionais aos casos concretos, afinal, para essa doutrina, os dispositivos constitucionais seriam dotados de normatividade e a Constituição não deveria ser entendida como mera folha de papel. Nessa linha, é possível afirmar que a doutrina da efetividade foi de grande importância para o advento do neoconstitucionalismo no Estado brasileiro, pois fez com que a Constituição Federal de 1988 deixasse de ser entendida como documento dotado de meras exortações morais (ou seja, como mera folha de papel) e passasse a ser compreendida como uma Constituição dotada de diversas normas jurídicas propriamente ditas, com alta carga normativa e prevendo, inclusive, direitos subjetivos diretamente invocáveis pelo indivíduo frente ao Estado, sem qualquer necessidade de regulamentação por legislação infraconstitucional.

5.5. PANCONSTITUCIONALIZAÇÃO E LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR

Embora uma das principais características do neoconstitucionalismo seja a defesa da constitucionalização do Direito, parte da doutrina defende que tal fenômeno deva ocorrer com parcimônia. Isso porque a excessiva constitucionalização do Direito, conhecida como panconstitucionalização, poderia gerar um viés antidemocrático no ordenamento jurídico de determinado Estado; afinal, se tudo já está decidido e definido pela Constituição, é pequeno ou quase nulo o espaço de liberdade e conformação do legislador. Nessa linha, os representantes do povo seriam meros executores de medidas já impostas pelo constituinte, o que atentaria contra o regime democrático. Logo, para que a constitucionalização do Direito ocorra de forma democrática, é necessário que se respeite a liberdade de conformação do legislador.

Veja **como foi cobrado**:

MPE/PR (2019): Atribui-se viés antidemocrático à panconstitucionalização – excesso de constitucionalização do Direito -, porque, se o papel do legislador se resumir ao de mero executor de medidas já impostas pelo constituinte, nega-se autonomia política ao povo para, em cada momento de sua história, realizar suas escolhas. Correto!

6. CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO

Quem utiliza esta expressão é um autor argentino chamado José Roberto Dromi.

O que seria? Busca equilíbrio entre as características marcantes do constitucionalismo moderno e os excessos praticados pelo constitucionalismo contemporâneo. Será um meio-termo.

Valores fundamentais das constituições do futuro:

1) Verdade (promessas inalcançáveis, por exemplo, devem ser reprimidas)
2) Solidariedade
3) Consenso

4) Participação
5) Continuidade
6) Integração
7) Universalização

OBS: ***O que é constitucionalismo WHIG ou TERMIDORIANO?*** No pensamento constitucional, tende-se a chamar de constitucionalismo whig (ou para alguns termidoriano) o processo de mudança de regime político-constitucional lento e evolutivo, mais que revolucionário e radical. É o mote das chamadas transições constitucionais de nossos dias. Não é preciso derramamento de sangue para que haja mudanças, nascendo os regimes políticos gradualmente de dentro dos regimes caducos.

7. CONSTITUCIONALISMO GLOBALIZADO OU GLOBAL[1]

A despeito dos variados movimentos constitucionalistas nacionais, defende-se a existência de um constitucionalismo global ou globalizado, cuja pretensão é unificar e consagrar juridicamente os ideais humanos conforme os seguintes objetivos:

- Fortalecimento do sistema jurídico-político internacional com base não somente nas relações horizontais entre Estados nacionais, mas também nas relações Estado/povo;
- Primazia, em face do direito nacional, do direito internacional fundado em valores e normas universais; e
- Elevação da dignidade da pessoa humana a pressuposto não limitável por nenhum movimento constitucional.

8. PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL

Dirley: Segundo Habermas, o patriotismo constitucional produziu de forma reflexiva uma identidade política coletiva conciliada com uma perspectiva universalista comprometida com os princípios do Estado Democrático de Direito. Isto é, o patriotismo constitucional foi defendido como uma maneira de conformação de uma identidade coletiva, baseada em compromissos com os princípios constitucionais democráticos e liberais capazes de garantir a integração e assegurar a solidariedade, com o fim de superar o conhecido problema do nacionalismo étnico, que por muito tempo opôs culturas e povos.

O patriotismo constitucional busca, portanto, o reconhecimento de um **constitucionalismo intercultural**, que deve reconhecer a diversidade de culturas e promover a conciliação entre todas as práticas culturais.

[1] Fonte: sinopse da Juspodivm.

9. TRANSCONSTITUCIONALISMO

O transconstitucionalismo, conforme ensina Marcelo Neves, traz a ideia de entrelaçamentos entre ordens jurídicas constitucionais para a solução de problemas comuns, implicando uma relação transversal permanente entre as distintas ordens em torno de um problema constitucional comum. Salienta que o fato de uma determinada situação concreta poder ser tratada igualmente na legislação interna, na legislação internacional e na legislação supranacional, forma um verdadeiro fenômeno de "globalização do direito constitucional doméstico".

Marcelo Neves entende que o conceito de transconstitucionalismo não está relacionado ao conceito de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local. O conceito está relacionado à existência de problemas jurídicos-constitucionais que perpassam às distintas ordens jurídicas, sendo comuns a todas elas, como, por exemplo, os problemas associados aos direitos humanos.

10. ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO[2]

Proposto por Peter Häberle, trata-se de um modelo que encontra sua identidade no direito internacional comunitário, baseado na abertura e entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na cooperação, solidariedade e responsabilidade internacional, em busca de políticas de integração e de paz, opondo-se ao isolacionismo. Neste modelo, há um deslocamento e avanço da pessoa humana, para além das fronteiras estatais, para o centro da atuação estatal e inter ou supraestatal, com a realização cooperativa dos direitos humanos.

11. CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO[3]

Desenvolvido por David Landau, trata-se do uso de institutos de origem democrática para minar ou mesmo ceifar o espaço do pluralismo num determinado país. Seu fenômeno vai além dos comuns regimes autoritários, cuja inconstitucionalidade é clara, porquanto sua subsistência reside nas estranhas de suas cartas magnas, cujos mecanismos ordinários de defesa para combatê-los são praticamente ineficazes.

De acordo com o constitucionalismo abusivo, os golpes militares deixaram de ser um método comum de supressão da ordem democrática. Neste sentido, atualmente é crescente a instituição de regimes autoritários ou semiautoritários por meio do uso de ferramentas constitucionais. Assim, presidentes autoritários e partidos fortes eleitos em eleições válidas e democráticas podem promover mudanças constitucionais de forma a torná-los muito difíceis de substituir e de serem controlados pelos outros poderes.

[2] Livro Dirley da Cunha Jr.

[3] Livro Bernardo Gonçalves Fernandes

12. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO[4]

Desenvolvido por Robert Post e Reva Siegal, surge como uma tentativa de superar a visão maniqueísta da academia norte-americana centrada na polarização entre direito e política, constitucionalismo e democracia, supremacia judicial e autogoverno do povo. Segundo os autores, a polarização prejudica o estudo comprometido do constitucionalismo, que tem em seu cerne a tensão construtiva entre estado de direito e democracia.

O constitucionalismo democrático assegura tanto o papel dos representantes do povo e da cidadania mobilizada no cumprimento da Constituição, como o papel dos tribunais (Cortes) no exercício de sua função de intérprete. Ao contrário do constitucionalismo popular, o constitucionalismo democrático não procura retirar a Constituição dos tribunais, reconhecendo o papel essencial das Cortes em fazer valer os direitos constitucionalmente previstos.

Além disso, o constitucionalismo democrático enaltece o papel extremamente relevante que o engajamento público desempenha na orientação e legitimação das instituições no processo de revisão judicial. Os julgamentos constitucionais baseados em razões jurídicas técnicas adquirem legitimidade democrática se os motivos técnicos da decisão estiverem enraizados em valores e ideais populares. O constitucionalismo democrático observa que a adjudicação está inserida em uma ordem constitucional que convida regularmente ao intercâmbio entre julgadores e cidadãos sobre questões de significado constitucional.

Salienta-se que o Judiciário deve estar sensível às demandas políticas e sociais dentro dessa perspectiva sugerida pelo constitucionalismo democrático, jamais se admitirá que a decisão, apesar de agradar a opinião pública, seja contrária à Constituição. Naturalmente, os critérios técnicos e jurídicos deverão estar presentes e, nesse sentido, bastante interessante a proposta de sistematização trazida por Barroso ao estabelecer o papel das Cortes, admitindo inclusive que, em certas situações, as decisões não encontrem respaldo popular, gerando o ***efeito backlash***[5].

O efeito *backlash* consiste em uma reação conservadora de parcela da sociedade ou das forças políticas (em geral, do parlamento) diante de uma decisão liberal do Poder Judiciário em um tema polêmico, a exemplo do que ocorreu com a EC 96/2017.

George Marmelstein resume a lógica do efeito backlash ao ativismo judicial[6]: *"(1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao*

[4] Livro Bernardo Gonçalves Fernandes (páginas 232-248)

[5] Disponível em: https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/dba1cdfcf6359389d170caadb3223ad2?palavra-chave=Efeito+Backlash&criterio-pesquisa=e

[6] Disponível em: https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/

discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão."

Veja **como foi cobrado**:

MPE/GO (2019): O engajamento público, segundo o constitucionalismo democrático, desempenha papel relevante na orientação e legitimação dos julgamentos constitucionais, em que as razões técnicas jurídicas adquirem legitimidade democrática se seus motivos estiverem enraizados em valores e ideais populares. Mesmo considerando o papel essencial das Cortes, o constitucionalismo democrático reconhece que a ordem constitucional apresenta um regular intercâmbio entre cidadãos e julgadores sobre questões de significado constitucional. Correta!

13. CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

O Constitucionalismo latino-americano baseia-se no desprendimento de uma cultura Eurocentrista ocasionada em razão da colonização do sul da América-Latina por povos europeus, os quais impuseram uma homogeneização e uniformização cultural, transformando a colonização em um processo de "culturícidio", ou seja, de imposição de um modo de vida, modelo de Estado, na perspectiva do Colonizador como ser superior ao colonizado.

Diante disso, surge o constitucionalismo Latino-Americano, como um movimento que tende a romper com a homogeneização cultural imposta e abrir espaço para a diversidade dos povos, identificando-se com causas sociais e com o redirecionamento jurídico em favor de pessoas que estão à margem do Estado, despidas da garantia de suas necessidades fundamentais.

A doutrina destaca as Constituições da Bolívia (2009), Equador (2008) e Venezuela (1999) como exemplos de um Estado Plurinacional, que busca a inclusão multicultural no processo de formação da vontade política e do poder.

De acordo com Bernardo Gonçalves Fernandes, "*a Constituição atual da Bolívia seria um exemplo de Estado e constitucionalismo plurinacional. No seu texto, temos a definição de 36 povos originários (aqueles que viviam na Bolívia antes do colonizador europeu) que passaram a ter participação ampla e efetiva em todos os níveis do Poder estatal e na economia".*

Veja **como foi cobrado**:

DPE/SP (2019): O mais recente Constitucionalismo Latino-Americano propõe o desafio de construir novas teorias a partir do Sul, recuperando saberes, memórias, experiências e identidades, historicamente tornados invisíveis no processo de colonização traduzido pela expropriação, opressão e pelo eurocentrismo na cultura jurídica. Expressa esse Constitucionalismo a proposta da descolonização epistemológica e o desenvolvimento de uma epistemologia do Sul na qual os sujeitos marginalizados e subalternizados constroem uma nova percepção de si mesmos descolonizadora. Correto!

PODER CONSTITUINTE

1. CONCEITO

Segundo Dirley da Cunha Jr.[7], "*poder constituinte é a expressão maior da vontade de um povo ou grupo destinada a estabelecer os fundamentos de organização de sua própria comunidade. É um poder político (concepção positivista) fundamental e supremo capaz de criar as normas constitucionais, organizando o Estado, delimitando seus poderes e fixando-lhes a competência e os limites. É a manifestação soberana da vontade de um ou alguns indivíduos determinada a gerar o núcleo social* "

2. NATUREZA DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

É importante analisar as correntes acerca da natureza do poder constituinte originário. Vejamos:

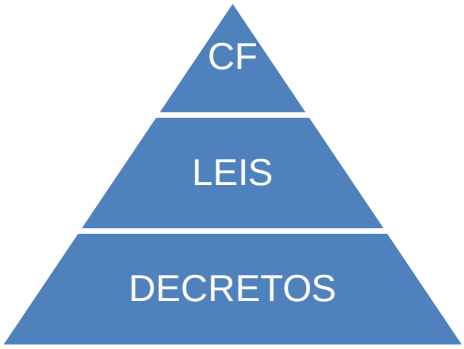
- 1ª CORRENTE: Trata-se de um poder de fato ou político. É adotada pelos **positivistas**, entendem que existe apenas o direito posto.
- 2ª CORRENTE: Trata-se de um poder de direito ou jurídico. É adotada pelos **jusnaturalistas**, entendem que há um direito natural acima do direito positivo.

2.1. CONCEPÇÃO JUSNATURALISTA

O poder constituinte é um **poder jurídico ou um poder de direito**.

DIREITO NATURAL

PODER CONSTITUINTE



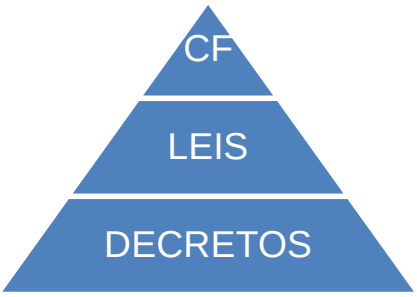
[7] Curso de Direito Constitucional – página 214.

Para os jusnaturalistas, o poder constituinte estaria acima da constituição, já que é o responsável por elaborá-la (norma suprema de um Estado). Ademais, entendem que acima do direito positivo há um direito natural que irá limitar o poder constituinte.

Assim, o constituinte ao elaborar um nova Constituição deverá observar certos limites impostos pelo direito natural. Destaca-se que é considerado um poder de direito ou poder jurídico porque retira o seu fundamento do direito natural.

2.2. CONCEPÇÃO POSITIVISTA

PODER CONSTITUINTE



Para os positivistas não existe direito natural. O único direito posto é aquele que surge com a constituição, antes não há direito. Por isso, entendem que não há nenhuma limitação ao poder constituinte, sendo um **poder de fato ou político**.

É a concepção que prevalece no Brasil.

3. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO (PCO)

3.1. CONCEITO

O objetivo fundamental do PCO é criar um Estado diverso do que vigorava, em decorrência da manifestação do poder constituinte precedente.

O PCO é aquele que constitui o Estado, pode originar a primeira constituição dentro do Estado (1824) ou pode dar origem a uma nova constituição (1988, por exemplo)

Não importa a rotulação que é dada ao ato constituinte, o que importará é sua natureza. Se este ato rompe com a ordem jurídica anterior intencionalmente, de forma a invalidar a ordem preexistente, há um novo Estado.

3.2. CARACTERÍSTICAS DO PCO

As características do PCO variam de acordo com a concepção adotada, jusnaturalista ou positivista.

CONCEPÇÃO JUSNATURALISTA (SIEYÉS)	CONCEPÇÃO POSITIVISTA (BURDEAU)
Incondicionado juridicamente - o PCO é incondicionado pelo direito positivo, ou seja, não pode ser limitado por este. Contudo, será limitado (condicionado) pelo direito natural.	**Inicial ou primário** - antes ou acima dele não existe nenhum outro poder, tendo em vista que é o PCO que dá origem a todo ordenamento jurídico, ao elaborar a Constituição.
Permanente - o PCO não se esgota com o seu exercício. Assim, mesmo após a criação da constituição continuará existindo, permanecendo em seu estado latente, até que seja "chamado" para elaborar uma nova constituição	**Autônomo** - cabe apenas ao PCO escolher a ideia de direito que irá prevalecer dentro do Estado.
Inalienável - o PCO pertence ao povo, seu verdadeiro titular, não pode, por isso, ser transmitido a nenhum outro órgão ou particular, ainda que o seu exercício seja usurpado.	**Incondicionado (soberano/independente/ilimitado)** - não se sujeita a nenhuma limitação formal ou material. Define como as normas serão elaboradas e colocadas na constituição.

Importante consignar que a EC 26/85 convocou a Assembleia Nacional Constituinte (conjunto de pessoas eleitas com o fim específico de elaborar uma constituição), composta por Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (por isso, para José Afonso da Silva houve um Congresso Constituinte), que deveriam reunir-se de forma livre, soberana, para elaboração e aprovação da Constituição.

3.3. LIMITAÇÕES MATERIAIS OU EXTRAJURÍDICOS DO PCO (JORGE MIRANDA)

Ressalta-se que estes limites só existem quando se adota uma visão não positivista, eis que para esta é um poder ilimitado, não possuindo limitações formais e materiais.

3.3.1. Limites Transcendentes ao PCO

São impostos ao PCO **MATERIAL**, advindos de imperativos do direito material, de valores éticos ou da consciência jurídica positiva.

1. Imperativos do direito natural;
2. Valores éticos, políticos, sociais e morais;
3. Consciência jurídica da coletividade;
4. Direitos fundamentais, ligados diretamente a dignidade da pessoa humana, precisam ser observados pelo constituinte, correndo o risco de a constituição ser considerada ilegítima.

Princípio da proibição do retrocesso (*Efeito Clique*): os direitos fundamentais conquistados por uma sociedade, e que são objeto de um consenso profundo, não poderão ser desprezados quando da elaboração de uma nova constituição, não podendo ser objetos de retrocesso. É um limite metajurídico, não está no direito. Evolução constante da sociedade.

Exemplo: pena de morte. Não poderia uma nova CF, caso existisse, criar a pena de morte para os crimes hediondos, nem com a vontade da maioria, seria um retrocesso. Isto porque a Constituição não é a vontade das maiorias momentâneas e sim garantia de direitos.

ATENÇÃO! A proibição do retrocesso é aplicada em dois sentidos, no primeiro relacionado como limite material ao PCO. No segundo, relacionado aos direitos sociais (aprofundamentos no CS de Constitucional II), servindo de limite aos poderes públicos encarregados de concretizar os direitos sociais, por exemplo na Cidade X há apenas um hospital, não pode ser fechado.

3.3.2. Limites Imanentes ao PCO

São impostos ao PCO **FORMAL** e relacionados à configuração do Estado à luz do PCO **material** ou da própria **identidade do estado**. Assim, o conteúdo escolhido pelo PCO Material deve ser observado pelo PCO Formal.

EX**:** não poderia uma nova constituição acabar ou reduzir a autonomia dos estados federados americanos (EUA), os quais detém grande autonomia. É intrínseco. Desde a formação do país há tal autonomia, não poderia simplesmente outra constituição e acabar com esta identidade do estado.

3.3.3. Limites Heterônomos ao PCO

São provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos. O PCO deve respeitar limites do **DIREITO INTERNACIONAL**. É a relativização do direito de soberania do estado.

Exemplo: Tratados de Direitos Humanos com status **constitucional**, assim como os TDH aprovados com quórum de leis ordinárias tem status **supralegal.**

3.4. TITULARIDADE E EXERCÍCIO DO PCO: LEGITIMIDADE

3.4.1. Legitimidade Objetiva

Relaciona-se ao conteúdo consagrado em cada Constituição. Desta forma, para ser legítimo, deve observar os **LIMITES** vistos acima.

3.4.2. Legitimidade Subjetiva

Está ligada à **TITULARIDADE** que é detida pelo povo.

Titular do PCO é, segundo a doutrina, a maioria do povo que detém sua titularidade legítima. Ressalta-se que o exercício não significa, necessariamente, à titularidade, está ligado à elaboração da constituição.

Distinguem-se, portanto, **titularidade** de **exercício de poder**.

O exercício do PC, em particular, está reservado a ente diverso do povo. Para ser legítimo, o exercício deve corresponder à titularidade, se o exercício for usurpado, por exemplo, não será legítimo (ilegitimidade subjetiva) o PCO.

Sieyès: o titular do poder constituinte é a **NAÇÃO,** que não deve ser confundida com o conjunto de pessoas que a compõem, num determinado momento histórico. Na verdade, a nação encarna a permanência de uma comunidade compreendendo os interesses permanentes dela. (Panfleto: “Que é o terceiro estado”?)

Para as provas, adotar o posicionamento de que a titularidade do PC pertence ao **povo**, sabendo do conceito clássico exposto por Sieyès.

3.5. ESPÉCIES DE PCO SEGUNDO O FENÔMENO CONSTITUCIONAL

3.5.1. Poder Constituinte Originário Histórico

É aquele responsável pela criação da primeira constituição de um determinado estado. Constituição de 1824.

3.5.2. Poder Constituinte Originário Revolucionário

Origina uma nova constituição que irá substituir uma constituição já existente. Pode surgir de duas maneiras revolucionárias:

1) **Golpe de estado**: quando o governante usurpa o exercício do poder constituinte dá um golpe de estado e faz outra constituição (como aconteceu na CF de 37, feita por Getúlio Vargas)

2) **Insurreição:** quando alguém, que não está no poder, faz uma revolução. É externo ao poder constituído. CF de 1891, 1934, 1937, 1967, 1969

3.5.3. Poder Constituinte Originário Transicional

Transição constitucional (foi o que aconteceu na CF de 1988).

A própria constituição anterior (67/69 – que embora alguns digam que eram emendas à CF, na verdade, eram mudanças tão profundas, que parte doutrina diz que era uma nova constituição, a de 67 com modificações), através de uma emenda, previu esta transição, por meio da convocação de uma assembleia constituinte.

3.6. ESPÉCIES DE PCO SEGUNDO O CRITÉRIO MATERIAL E FORMAL

3.6.1. Poder Constituinte Originário segundo o critério MATERIAL

Diz respeito ao conteúdo, escolhe a ideia de direito e os valores a serem consagrados na nova constituição. **Povo.**

3.6.2. Poder Constituinte Originário segundo o critério FORMAL

Responsável pela formalização do conteúdo escolhido, será formalizado em normas constitucionais. **Assembleia Nacional Constituinte.**

OBS: Miguel Reale – teoria tridimensional do direito.

1) Valor – plano axiológico, valores originariamente morais, ex: liberdade...
2) Norma;
3) Fato;

O PCO material passa do plano do valor o que é importante para a sociedade, escolhendo as normas que irão permear a Constituição. Porém, quem transforma em norma jurídica os valores escolhidos é o PCO Formal.

Então, quem escolhe através do PCO Material é o POVO (o titular), quem formaliza será a assembleia composta de representantes do povo (PCO Formal).

Se a Assembleia Nacional Constituinte não utiliza o PCO Material (o que o povo dá importância) temos um problema de legitimidade.

4. PODER CONSTITUINTE (DERIVADO) DECORRENTE (PCDD)

4.1. CONCEITO E FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Responsável pela elaboração da constituição dos estados-membros que compõem a federação.

No art. 25 da CF e art. 11 do ADCT consta que cada estado se organizará e criará sua constituição própria, através do poder constituinte decorrente:

> ***CF Art. 25.*** *Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.*
>
> ***CF ADCT*** *Art. 11. Cada Assembleia Legislativa,* ***com poderes constituintes****, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.*
> *Parágrafo único. Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois*

turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual.

Destes dois dispositivos, decorre o princípio da SIMETRIA. A constituição estadual deve seguir o modelo da CF e a lei orgânica municipal deve observar simetria com a CE e CF. Entretanto, a lei orgânica **não** é manifestação do Poder Constituinte Decorrente.

A recepção não ocorre da mesma forma que as leis ordinárias em relação a CE, quando a CF entra, todas CEs devem ser reescritas, tem um prazo para isso, na de 88 tiveram o prazo de 01 ano.

4.2. NATUREZA

O PCDD retira sua forma de uma norma jurídica (constituição), se trata de um poder jurídico ou de direito (pacífico). A divergência reside na indagação: trata-se de um poder constituinte originário (já que dará início a uma constituição estadual) ou, realmente, é um poder constituinte decorrente? Temos, na doutrina, três posições.

1ª Posição – Constituinte (Anna Cândida da Cunha Ferraz): porque constitui o estado-membro, responsável por sua organização e estrutura. Assim, como a CF constitui o Estado Brasileiro.

2ª Posição – Derivado (Celso Bastos): é a mais adotada no Brasil. Seria um poder constituinte derivado, juntamente com o poder reformador e revisor.

3ª Posição – Dupla (Raul Machado Horta): possui uma dupla natureza, sendo, ao mesmo tempo, um poder originário (em relação a constituição dos estados-membros) e derivado (em relação à constituição federal).

4.3. CARACTERÍSTICAS

4.3.1. Secundário

É um poder criado pela constituição e pelo poder constituinte originário.

4.3.2. Limitado

Porque encontra limites na Constituição Federal.

4.3.3. Condicionado

Porque para ser exercido deverá observar limitações materiais e formais.

4.4. LIMITES AO PCDD – JOSÉ AFONSO DA SILVA

De acordo com os ensinamentos de José Afonso da Silva, o poder constituinte decorrente será limitado por princípios constitucionais sensíveis, extensíveis e estabelecidos. .

4.4.1. Princípios constitucionais sensíveis

São princípios que tratam da essência da organização da federação brasileira. Conforme parte da doutrina, têm sensibilidade, se forem afrontados, não respeitados, gerarão uma reação. Art. 34, VII.

Se os Estados não observarem, poderá haver uma intervenção federal nos estados[8].

> *Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:*
> *VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:*
> *a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;*
> *b) direitos da pessoa humana;*
> *c) autonomia municipal;*
> *d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.*
> *e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.*

4.4.2. Princípios constitucionais extensíveis

São normas de auto-organização da União que se estendem aos estados. Podem ser:

a) Expressos (arts. 28 e 75 da CF)

> *Art. 28. A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77.*
> *§ 1º Perderá o mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I, IV e V.*
> *§ 2º Os subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado serão fixados por lei de iniciativa da Assembleia Legislativa, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.*
>
> *Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.*
> *Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.*

[8] Abordamos o tema intervenção em nosso CS de Constitucional – Parte II.

b) Implícitos

É o caso do art. 58 §3º que trata da CPI.

> *CF Art. 58 § 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.*

Os modelos da Constituição Federal devem ser obedecidos, por exemplo princípios básicos do processo legislativo (art. 55 e 59), mesmo que não haja previsão expressa, devem ser observados (STF).

4.4.3. Princípios constitucionais estabelecidos (organizatórios)

Trata-se de princípios que limitam, vedam ou proíbem a ação indiscriminada do Poder Constituinte Decorrente. Funcionam como balizas reguladoras da capacidade de auto-organização dos Estados.

Podem ser divididos em três grupos:

EXPRESSOS	IMPLÍCITOS	DECORRENTES
MANDATÓRIOS - Restrições à liberdade de organização. Exemplo: art. 18, §4º, 29, 31, §1º. **VEDATÓRIOS - Proíbem os Estados de praticar atos ou procedimentos contrários ao fixado pelo poder constituinte originário, exemplos: Art. 19, 35, 150, 152 CF.**	Vedam qualquer possibilidade de invasão de competência por parte dos Estados-membros.	São aqueles que definem o sistema constitucional adotado. Decorrem de disposições expressas. José Afonso Da Silva: Princípio Federativo da Constituição, decorre a exigência de respeito recíproco entre os estados. Ou seja, não está explícito, porém é decorrente do sistema federativo adotado. Princípio Republicano (Art. 1º Caput), Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1ºiii), da Igualdade (Art. 5º Caput), da Legalidade (Art. 5º II), da Moralidade (Art. 37), do Combate das Desigualdades Regionais (Art. 47).

4.5. EXISTE PCD NO DF E NOS MUNICÍPIOS?

Em relação ao DF, a maioria da doutrina sustenta que existe poder constituinte decorrente.

No âmbito dos Municípios, o entendimento predominante é de que não há um poder constituinte decorrente. Ou seja, o poder que cria a lei orgânica municipal não é mesmo que cria as constituições estaduais.

De acordo com Dirley da Cunha, há, no ordenamento jurídico, três níveis (federal - CF, estadual - CE e o municipal – lei orgânica), o poder constituinte derivado decorrente é o que faz a CE, está submetido a um nível (observar os princípios da CF). Por outro lado, o poder que elabora a lei orgânica municipal está submetido a dois níveis, ou seja, deve observância tanto aos princípios da CF quanto aos da CE, por isso não poderia ser decorrente.

5. PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR (PCDR)

5.1. CONCEITO

Trata-se do poder que fará a reforma da constituição, consagrado no art. 60.

Reforma é a via ordinária de alteração da constituição, ou seja, é a via comum para sua modificação.

Ressalta-se que quando a reforma é utilizada há necessidade de alterações pontuais

5.2. LIMITAÇÕES AO PCDR (ART.60)

5.2.1. Previsão

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
II - do Presidente da República;
III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.
§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.
§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.
§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.
§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.
§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

5.2.2. Limitações TEMPORAIS ao PCDR

As limitações temporais impedem a modificação da constituição durante determinado período de tempo, para que a Constituição possa adquirir maior estabilidade.

Como exemplo de limitação temporal, temos a Constituição de 1824, que possuía um dispositivo prevendo que durante o período de 04 anos, até 1828, não poderia haver alteração de qualquer forma.

A CF/88 não consagrou qualquer limitação temporal para o poder reformador.

Ressalta-se que o art. 60, §5º da CF não se trata de limitação temporal, apesar de entendimento do diverso, a exemplo do Ministro Dias Toffoli. Houve limitação temporal apenas para revisão, prevista no art. 3ª do ADC. Portanto, não foi para o reformador, mas para o Poder Constituinte Derivado **Revisor.**

> *ADCT Art. 3º. A **REVISÃO** constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.*

5.2.3. Limitações CIRCUNSTANCIAIS ao PCDR

> ***CF Art. 60** § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.*

Impede a alteração da constituição em situações excepcionais, nas quais a livre manifestação do poder reformador possa estar ameaçada.

Diferença: na circunstancial não existe um período de tempo, existe uma circunstância excepcional, nessa situação de anormalidade a constituição não poderá ser alterada.

Situações: estado de defesa (art. 136), estado de sítio (137) e intervenção federal (34).

Estado de defesa e estado de sítio são chamados também de **estados de necessidade extraordinária.**

A intenção é impedir que o governante, a pretexto de contornar a situação, viole direitos. A própria constituição já enumera quais direitos não poderão ser restringidos.

A intervenção federal pode ser em apenas um estado da federação, como ocorreu no Rio de Janeiro.

E no caso de MUNICÍPIO, pode a UNIÃO intervir? Se for um Município de um território, poderá, e esta **não impedirá a emenda constitucional**. Por que, neste caso, não cabe? O raciocínio é: a intervenção federal em um município de um território tem a mesma natureza de uma intervenção estadual em um Município, e esta não obsta a emenda, então aquela não obstará também.

5.2.4. Limitações FORMAIS (ou limitações processuais ou procedimentais) ao PCDR

Há quem chame de **LIMITAÇÕES IMPLÍCITAS**.

Estão relacionadas ao procedimento a ser utilizado para a alteração da constituição, implicitamente proíbem que outras formalidades sejam adotadas.

Obs.: é importante distinguir reforma e revisão (processos formais) de mutação constitucional (processo informal) de alteração do conteúdo da CF, que pode se dar por meio de costumes constitucionais ou através de mudança de interpretação, como ocorre com o art. 52 da CF.

Temos duas formas de limitações formais: subjetivas e objetivas. Vejamos:

1) Limitações Formais SUBJETIVAS (art. 60, I a III)

São relacionadas ao sujeito que pode propor a emenda.

> *Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:*
> *I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;*
> *II - do Presidente da República;*
> *III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.*

Então, podem propor a emenda:

I. Câmara dos Deputados e Senado Federal;
Mediante 1/3 dos seus membros.

II. Presidente da República;
Atenção ao Presidente da República – a sua única participação do processo de elaboração da emenda é a **iniciativa,** fora esta não participa de mais nada. Não há sanção e nem veto de proposta de emenda.
É o único que pode propor emenda e apresentar projetos de lei.

III. Assembleias Legislativas
Mais de 50% dos estados por maioria relativa (temos 27, pelo menos 14 entes federados devem participar, destes 14 + de 50% dos membros presentes, maioria relativa). Está previsto desde 1891 (1º CF republicana), nunca foi utilizada.

Há previsão expressa de emenda por INICIATIVA POPULAR? **Não**. Contudo, José Afonso da Silva, afirma que através da interpretação sistemática, poderíamos ter a emenda por iniciativa popular por analogia, utilizando o mesmo procedimento de iniciativa popular de lei (art. 61), seria uma *Analogia Legis*. **Porém, o entendimento majoritário é de que NÃO CABE** iniciativa popular de emenda, tendo em vista que o art. 61 é a regra, e o §2º a exceção, o postulado é que normas excepcionais devem ser interpretadas restritivamente, sendo assim não poderia ampliar o rol de legitimados.

> *Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal*

> *Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e* ***aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.***
> *§ 2º -* ***A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles****.*

Constituição não é para assegurar vontade da maioria e sim para assegurar direitos fundamentais básicos, inclusive das minorias.

2) Limitações Formais OBJETIVAS

Estão previstas no art. 60 §2**º,** o qual traz o procedimento para alteração. A emenda **deve ser aprovada por 3/5 (60%) em 2 turnos**.

> ***Art. 60*** *§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.*

Entre um turno e outro, segundo o regimento interno do Senado, é de 5 dias úteis. Quando houve a PEC do precatório, o prazo não foi observado. Diante isso, houve o ajuizamento da questão, ADI 4357, em que se questionou o vício formal. Ministro Fux, relator da ADI, afirmou que a CF não prevê em momento algum prazo para a realização dos dois turnos, não exige interstício mínimo, como ocorre com a lei orgânica dos municípios. Ressaltou que dois turnos não se confundem com interstício mínimo, não cabendo ao STF determinar, trata-se de uma questão política. Os cinco dias úteis estão previstos no regimento interno, sendo questão para ser decidida no âmbito do legislativo, não cabendo interferência do judiciário.

> *STF – ADI 4.357/DF: 1. A aprovação das emendas à Constituição não recebeu da Carta de 1988 tratamento específico quanto ao intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação (CF, art. 62, §2º), de sorte que inexiste parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior (...) A interferência judicial no âmago do processo político, verdadeiro locus da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência de ofensa formal à Constituição brasileira.*

Caso o Senado Federal promova modificação, somente volta para a Câmara a parte que sofreu alteração, o restante não volta. A parte alterada pelo Senado não poderá ser alterada novamente, deve somente aprovar ou não.

O Presidente, salvo a iniciativa, não participa mais de nenhuma fase do procedimento de emenda. Não há sanção, veto nem nada.

O segundo limite formal está previsto no art. 60, §3º da CF, trata-se da promulgação da proposta de emenda à constituição que será feita pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal em conjunto, não podem promulgar separadamente.

> *Art. 60 § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.*

A terceira limitação formal está prevista no art. 60, §5º da CF, quando uma matéria é rejeitada em uma sessão legislativa, ela não pode retornar na mesma sessão para ser votada. Não se trata de limitação temporal.

> *§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.*

Importante consignar que a Sessão Legislativa Ordinária, conforme disposto no art. 57 da CF, começa em 02/02 e termina dia 17/07 (quando há recesso), reiniciando em 01/08 e terminando em dia 22/12. Já a Sessão Legislativa Extraordinária ocorre fora do período da ordinária, por exemplo, em 15/01/08.

> *Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro.*

Obs.: A sessão legislativa é anual, mas possui períodos legislativos que são semestrais. Portanto, dentro de uma sessão legislativa há dois períodos. Igualmente, a sessão legislativa não se confunde com a legislatura (período de 4 anos - mandato dos parlamentares), perceba que a legislatura possui 4 sessões legislativas.

A emenda rejeitada, como dito, pode ser reapresentada somente na próxima sessão legislativa. Isso serve para MP (art. 62, §10). A regra é diferente para o Projeto de Lei (art. 67), somente poderá ser reapresentada **na mesma sessão** pela maioria absoluta dos membros da CD ou SF.

> ***Art.60** § 5º - A matéria constante de **proposta de emenda rejeitada** ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.*
>
> *Art. 67. A matéria constante de **projeto de lei rejeitado** somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.*
>
> *Art. 62. § 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.*

Por fim, o STF já entendeu que se tratando de substitutivo (preposição que altera integralmente o conteúdo da proposta da emenda ou de lei) rejeito, a proposta de emenda originária poderá ser reproposta na mesma sessão.

> *MS 22.503/DF: 1. Não ocorre contrariedade ao §5º do art. 60 da Constituição na medida em que o Presidente da Câmara dos Deputados, autoridade coatora, aplica dispositivo regimental adequado e declara prejudicada a proposição que tiver substitutivo aprovado, e não rejeitado, ressalvados os destaques (art. 163, V). 2. É de ver-se, pois, que tendo a Câmara dos Deputados apenas rejeitado o substitutivo, e não o projeto que veio por mensagem do Poder Executivo, não se cuida de aplicar a norma do art. 60, § 5º, da Constituição. Por isso mesmo, afastada a rejeição do substitutivo, nada*

impede que se prossiga na votação do projeto originário. O que não pode ser votado na mesma sessão legislativa é a emenda rejeitada ou havida por prejudicada, e não o substitutivo que é uma subespécie do projeto originariamente proposto.

5.2.5. Limitações MATERIAIS

1) Constitucionalismo X Democracia

Quando se fala em democracia, a ideia principal é a vontade da maioria, corresponde à premissa majoritária. Por outro lado, o constitucionalismo possui duas ideias centrais: limitação do poder e garantia de direitos fundamentais. Em determinadas situações, há um choque entre democracia e constitucionalismo, pois este limita a atuação da maioria, com o intuito de proteger as minorias.

Dificuldades:

1ª de caráter temporal: as constituições são feitas em determinados períodos. Muitas vezes, duram décadas e até séculos (como a Constituição dos EUA, por exemplo), impedindo que a maioria atual faça modificações. Segundo Thomaz Jefferson, é um governo dos mortos sobre os vivos. Imposição de valores de uma geração passada para a geração presente.

2ª de caráter semântico: os membros do Poder Judiciário não são eleitos democraticamente, possuindo um déficit de legitimidade democrática, eis que fazem concurso ou são escolhidos pelo Chefe do Poder Executivo, não possuem uma responsabilidade política, característica do voto popular. O problema é que muitos dispositivos da CF são vagos e imprecisos, dando uma margem grande de ação para a decisão dos juízes que, muitas vezes, decidem contra a vontade dos representes do povo.

Por exemplo, o princípio da individualização da pena. Inicialmente, o STF entendia que a proibição de progressão de regime, no caso dos crimes hediondos, era constitucional, não violaria a individualização. Posteriormente, em HC, o STF mudou seu posicionamento, afirmando que haveria violação (contrariando a vontade do legislativo).

2) Conceito

As limitações materiais são proibições de alteração violadora do núcleo essencial de determinados princípios e instituições. Trata-se das ***Cláusulas Pétreas***, visam evitar que as maiorias momentâneas alterem ou desviem as metas a longo prazo.

3) Teorias explicativas das Cláusulas Pétreas

- "**Pré-Comprometimento"** (Jon Elster): as constituições democráticas são mecanismos de autovinculação adotados pela soberania popular, a fim de se proteger de suas paixões e fraquezas. Evita modificar o objetivo no "meio do caminho". Não se deixar levar pelo 'canto das sereias', verdadeira função das cláusulas pétreas.

A maioria possui a tendência de maximizar seus interesses imediatos, ou seja, pensa apenas no momento presente, sem metas a longo prazo. Como exemplo, podemos citar a reforma política que nunca consegue sair do papel.

O professor traz, para elucidar, passagem de David Hume: "*mas muito mais frequente é os homens serem distraídos de seus principais interesses, mais importantes, mais longínquos, pela sedução de tentações presentes, embora muitas vezes totalmente insignificantes. Esta grande fraqueza é incurável na natureza humana*".

Atualmente, Jon Elster não entende mais cláusula pétrea como mecanismo de pré-comprometimento, mas sim como mecanismo de vinculação da maioria presente sobre a maioria futura.

- "**Democracia dualista**" (Bruce Ackerman): existe uma política extraordinária e uma ordinária. A extraordinária ocorre nos momentos de grande mobilização cívica (momentos de intensa manifestação da cidadania), ao contrário da política ordinária (lei, emendas). Portanto, a política extraordinária pode impor regras a serem obedecidas pela ordinária. Se a sociedade atual não concorda veementemente com a CF estabelecida pela política extraordinária, ela deve promover uma grande mobilização cívica e elaborar outra CF.

- **"Peter drunk-Peter sober"** (Stephen Holmes): Pedro bêbado e Pedro sóbrio – a ideia central é que Pedro vai a uma festa com um amigo, mas antes de sair de casa, pede que o amigo pegue a chave do carro e não a devolva. No final da festa, o Pedro bêbado pelo a chave, diante da negativa do amigo, afirma que mudou de ideia. Diante disso, surge a indagação porque a ideia inicial deve prevalecer sobre a última. A questão é não deixar os interesses imediatos, as paixões, colocarem em risco decisões tomadas em momentos imparciais.

4) Finalidades

1ª - Preservar a identidade material da CF. (CF/69, apesar de ter sido feita por emendas, é considerada uma nova CF, pois alterou a identidade da CF/67).

2ª – Preservar princípios, institutos, direitos e valores essenciais.

3ª - Permitem a continuidade do processo democrático (sociedade protegendo-se de suas próprias fraquezas). Não são antidemocráticas, ao contrário, permitem a continuidade da democracia. Evitam que as pessoas que estão, momentaneamente no poder, façam modificações para permanecer no poder.

Norberto Bobbio: "As regras do jogo" – a cláusula assegura a continuidade das regras.

5) Cláusulas Pétreas Expressas: art. 60, § 4º

> ***CF Art. 60*** *§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:*
> *I - a forma federativa de Estado;*
> *II - o voto direto, secreto, universal e periódico;*
> *III - a separação dos Poderes;*
> *IV - os direitos e garantias individuais.*

"Tendente a abolir" → como interpretar essa expressão?

Não significa que não possam ser alteradas, mas sim uma proteção ao NÚCLEO ESSENCIAL contido em cada cláusula pétrea.

STF: o que as cláusulas pétreas protegem não é a intangibilidade literal do dispositivo, mas sim o seu núcleo essencial.

> *STF – ADI 2.024/MC/DF: (...) de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.*

Cita-se, como exemplo, a alteração do art. 16 da CF que é considerado uma cláusula pétrea.

> *STF – ADI 3.685: A modificação no texto o art. 16 pela EC 4/1993 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/2006 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência.*

1ª FORMA FEDERATIVA DE ESTADO

Está consagrada desde 1.891, primeira Constituição.

"*Forma federativa do estado é princípio intangível*", de acordo com o Ministro Sepúlveda Pertence. Não significa que não possa haver modificações em relação a conteúdo da forma federativa, mas sim que esta forma seja retirada do rol de cláusulas pétreas ou tenha sua essência afetada.

O núcleo essencial do princípio federativo é autonomia atribuída aos entes da federação.

ADI 939/DF tratava do IPMF, imposto federal, criado por emenda (intencionalmente para não observar princípios de ordem tributária) que deveria ser cobrado também dos entes federais e estaduais. Para o STF, permitir que um ente federativo imponha impostos a outro, afetando a autonomia dos entes federativos, violando a forma federativa. **Princípio da Imunidade Tributária Recíproca (150, VI) –** STF, é intangível também, decorre da forma federativa.

O que, então, viola a forma federativa de Estado? Só com análise a *posteriori*. Não há como dizer a *priori* o que viola.

2ª VOTO DIREITO, SECRETO, UNIVERSAL E PERIÓDICO

Voto **obrigatório** NÃO é cláusula pétrea expressa, apenas o voto DIRETO, SECRETO, UNIVERSAL e PERIÓDICO.

Há doutrina minoritária defendendo que o voto obrigatório seria uma cláusula pétrea implícita.

3ª SEPARAÇÃO DE PODERES

Cada constituição vai cuidar da relação dos poderes, não há um modelo de constituição a ser seguido. Não há nenhum lugar em que as competências dos poderes sejam delimitadas de forma **ESTANQUE**. A ideia de separação de poderes não foi essa, ela foi criada com o objetivo de limitar o poder para que não ficasse concentrado em apenas um órgão o poder de elaborar e executar as normas.

Montesquieu: todo aquele que tem poder, não encontrando limites, tende a dele abusar. A limitação do poder tem como finalidade proteger as liberdades.

Não pode haver desiquilíbrios entre os poderes, de forma a subordinar um ao outro, o que afetaria a essência da separação de poderes.

Na ADI 3367, ao analisar a criação do CNJ, o STF entendeu que não afetaria a separação de poderes, eis que o a função do CNJ é administrativa (fiscalização) e não jurisdicional.

> *STF – ADI 3.367/DF: Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura.(...) Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente.*

4ª DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Note que a CF não se refere a direitos e garantias **fundamentais**, mas somente aos direitos e garantias **individuais** (espécie de direito fundamental).

Algumas correntes sobre o tema:

1ªC) Ingo Sarlet e Paulo Bonavides – Consideram que não só os direitos e garantias individuais, mas também os DIREITOS SOCIAIS seriam cláusulas pétreas. ARGUMENTO: os direitos sociais também devem ser considerados porque são pressupostos para que as pessoas exercerem os direitos individuais. Ex.: como uma pessoa que não tem direitos sociais básicos, direito à informação, saúde, alimentação, terá a capacidade de exercer os direitos individuais como o voto?

2ªC) Marcelo Novelino (majoritária) – se o DIREITO SOCIAL for ligado à dignidade da pessoa humana, como o mínimo existencial por exemplo, deve ser considerado cláusula pétrea. Então para ele, alguns devem ser considerados e outros que não são importantes não devem ser considerados.

3ªC) Para outros – Carlos Velloso, por exemplo, todos DF são considerados cláusulas pétreas.

STF: os direitos e garantias individuais, apesar de serem sistematicamente elencados no art. 5º não se restringem a ele, encontram-se espalhados por toda a constituição. Ou seja, não são todos DF's que são protegidos pelas cláusulas pétreas, apenas os individuais, entretanto, estes não estão alocados somente no art. 5º.

Vejamos alguns:

Direito ao voto - direito fundamental/direito político – **TODOS direitos políticos** são cláusulas pétreas? Não, somente o voto, visto que se fossem todos não haveria a previsão na própria constituição para o voto, este é garantia individual.

Princípio da Anterioridade Eleitoral – a lei que modifica o processo eleitoral, em um prazo de um ano até as eleições, deve esperar as próximas eleições (art. 16). STF: É cláusula pétrea por ser uma garantia individual do cidadão eleitor, não por ser um direito político (que também é um Direito Fundamental).

Princípio da Anterioridade Tributária (150, III, "b") – É CLÁUSULA PÉTREA, mesmo estando no art. 150, pois é uma garantia individual do cidadão contribuinte.

QP – É possível a instituição de novas cláusulas pétreas por meio de emenda constitucional? Prevalece que o poder reformador, por uma questão lógica, não pode criar outras cláusulas pétreas além das já existentes. Portanto, o poder reformador não pode ampliar o rol do art. 60, §4º da CF.

Diferente é a ampliação do rol de direitos e garantia individuais por emenda constitucional, pois não se introduz nova modalidade de cláusula pétrea, mas aumenta o conteúdo de uma cláusula já existente, que não poderá, por consequência ser abolida. Ademais, pelo princípio da vedação ao retrocesso, os direitos ampliados não poderiam ser abolidos. Por exemplo, a EC 45 colocou o princípio da duração razoável do processo ao rol dos direitos fundamentais, não poderia ser abolido.

5.2.6. Limitações IMPLÍCITAS ao PCDR

Até aqui estudamos as limitações do poder reformador expressas (explícitas) no texto constitucional. Porém, a doutrina também prevê algumas limitações que estão implícitas na CF.

Quanto ao art. 60: ora, se o PCDR pudesse alterar a limitação imposta por um poder superior a ele (PCO) aquela não seria uma limitação, não teria sentido. Por isso, é sustentado que embora não seja expresso, o art. 60 não pode ser alterado, por ser uma **LIMITAÇÃO IMPLÍCITA LÓGICA**.

Dupla Revisão, dupla reforma ou reforma em dois tempos: apesar do nome, refere-se à REFORMA constitucional e não à revisão (veremos abaixo), significa alterar primeiro uma limitação ao poder reformador e, em seguida, alterar o conteúdo da constituição.

Exemplo de dupla revisão: seria revogado o inciso IV do art. 60, deixando os direitos e garantias individuas de serem cláusulas pétreas. Após, seria feita outra emenda à constituição, instituindo a pena de morte para crimes hediondos.

Jorge Miranda admite esta possibilidade. No entanto, a maioria da doutrina no Brasil NÃO admite a dupla revisão, pelo argumento que seria uma forma de se fraudar a constituição.

Outro exemplo, agora de dupla revisão no aspecto material:

-1ª Emenda: Revogar o dispositivo que veda a abolição das cláusulas pétreas.

-2ª Emenda: Instituir emenda tendente a abolir uma das cláusulas.

Outras duas limitações implícitas são apontadas pela doutrina, dizem respeito à vedação da alteração do titular do poder constituinte originário (povo) e à vedação de alteração do titular do poder constituinte reformador (legislador).

Por fim, há a discussão acerca se o sistema presidencialista e a forma republicana seriam cláusulas pétreas implícitas e se poderiam ser alteradas, há três posicionamentos:

1º Posicionamento (minoritário) – pode haver alteração porque não há previsão expressa.

2º Posicionamento (Ivo Dantas) – não, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes. Ademais, se o CONSTITUINTE originário trouxe a previsão para a escolha (art. 2º do ADCT), ele queria que o povo decidisse de forma definitiva, não queria que depois fosse alterado. Assim, para alterar o sistema presidencialista, seria necessário alterar a separação dos poderes, esta sim cláusula pétrea, portanto, indiretamente seria o sistema presidencialista uma cláusula pétrea.

3º MAJORITÁRIO **-** se foi feito plebiscito, não havia certeza, então não seria cláusula pétrea, não queria petrificar o sistema. Portanto, poderá ser alterada, desde que ocorra nova consulta popular.

5.3. PODER CONSTITUINTE DERIVADO REVISOR (PCDREV)

Poder encarregado de fazer a revisão constitucional. Previsto no ADCT, art. 3º. **Via extraordinária de alteração da CONSTITUIÇÃO**, utilizado para alterações gerais.

> *Art. 3º. A **revisão constitucional** será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.*

Passados pelo menos cinco anos da promulgação, teria competência o legislador constitucional para revisar a CF, com o objetivo de adequá-la à realidade social vigente, mediante voto da maioria absoluta do Congresso em sessão unicameral (nota-se aqui um processo menos rígido que o das EC).

O poder revisor só é exercido uma única vez, como o foi em 1994, tendo dele resultado seis Emendas Constitucionais de revisão. Uma vez exercido, o poder revisor teve sua eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada. De acordo com Carlos Ayres Britto, trata-se de uma norma de eficácia exaurida.

Na época, muito se discutiu quanto às limitações materiais do Poder Revisor, mas ficou pacificado o entendimento que suas limitações seriam iguais às do poder reformador, ou seja, aquelas relativas às cláusulas pétreas.

Indaga-se: é possível nova revisão constitucional? Analisando o art. 3º do ADCT, não seria possível nova revisão, tendo em vista que a eficácia foi exaurida. Seria possível, então, uma emenda acrescentar novo dispositivo no ADCT prevendo revisão no futuro? Parte da doutrina entende que não, seria fraude à Constituição, pois o procedimento da revisão é mais simples do que o procedimento para reforma. Na jurisprudência do STF (ADI 981 e ADI 1.722), em questão *obiter dicta* (análise feita de passagem), não é possível.

> *STF, ADI 981 MC: Após 5 de outubro de 1993, cabia ao Congresso Nacional deliberar no sentido da oportunidade ou necessidade de proceder à aludida revisão constitucional, a ser feita uma só vez.*

STF, ADI 1.722 MC: Ao Poder Legislativo, Federal ou Estadual, não está aberta a via da introdução, no cenário jurídico, do instituto da revisão constitucional.

Por fim, Marcelo Novelino entende que seria possível nova revisão, desde que as circunstâncias fáticas e jurídicas justificassem. Cita, como exemplo, possível revisão daqui a 50 anos, para que a Constituição estivesse de acordo com a nova realidade social. Destaca, ainda, que a revisão não pode ser feita com o intuito de burlar o procedimento previsto no texto constitucional para reformas.

5.4. OUTROS "PODERES CONSTITUINTES"

A doutrina ainda menciona

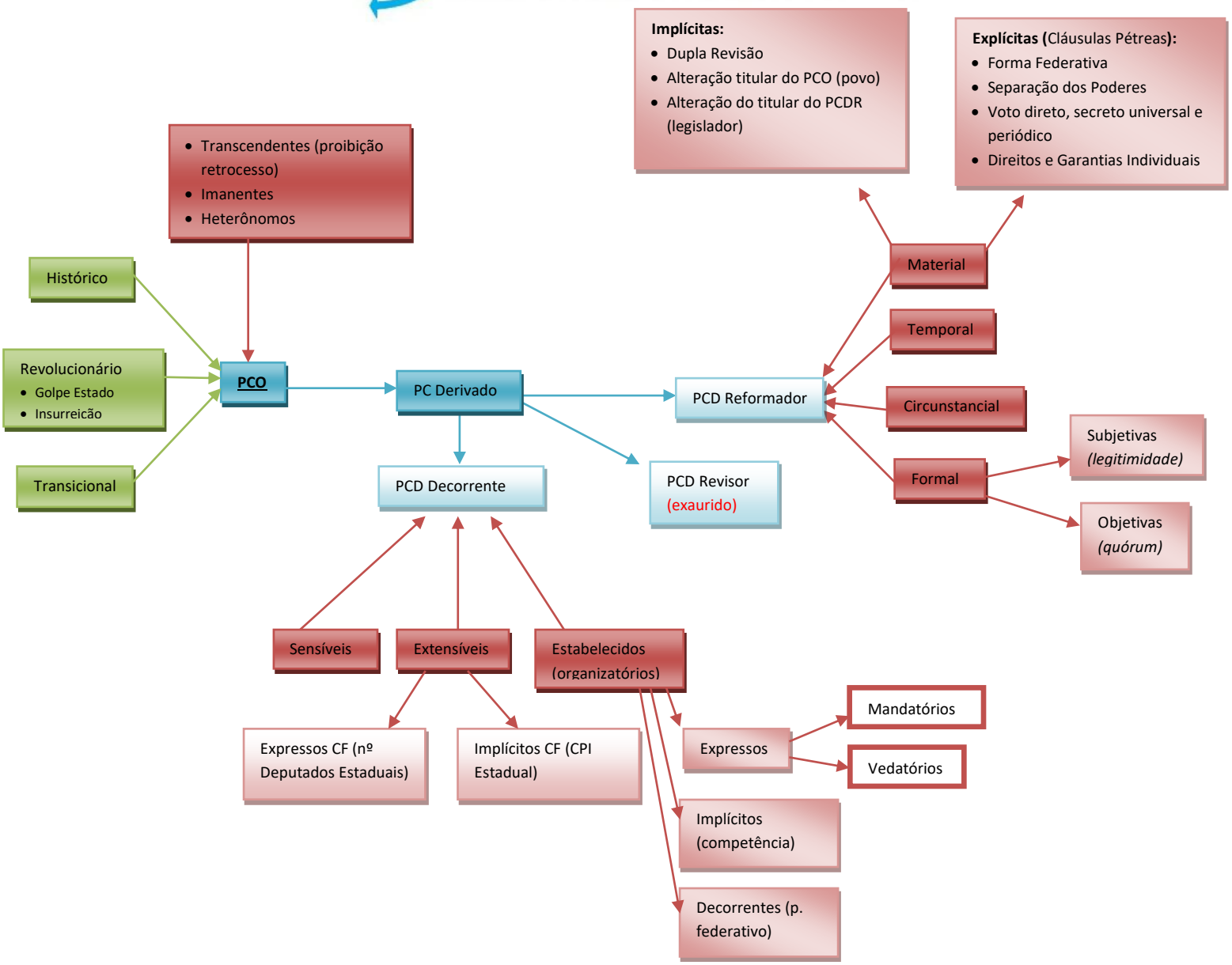
5.4.1. Poder Constituinte "Difuso"

Pode ser caracterizado como um poder de fato e se manifesta por meio das **mutações constitucionais**. **Informal, espontâneo**, devendo respeitar o **texto formal** e os **princípios estruturantes** da constituição.

5.4.2. Poder Constituinte "Supranacional"

Busca sua fonte de validade na cidadania universal, no pluralismo de ordenamentos jurídicos, na vontade de integração e em um conceito remodelado de soberania. Reorganiza a estrutura de cada um dos estados ou adere ao direito comunitário de viés supranacional por excelência, com capacidade, inclusive, para submeter as diversas constituições nacionais ao seu poder supremo. Exemplo: União Europeia.

6. ESQUEMA: LIMITES AO PC



7. DIREITO ADQUIRIDO E CONSTITUIÇÃO

7.1. DIREITO ADQUIRIDO E NOVA CONSTITUIÇÃO: RETROATIVIDADE

STF entende que não se pode alegar direito adquirido em face de uma nova constituição.

O poder constituinte originário pode violar direito adquirido, visto que é juridicamente ilimitado, não está atrelado à constituição anterior. A lei não pode violar.

E a proibição do retrocesso? Em alguns casos, pode-se alegar, entretanto, deve-se lembrar de que não são limites **jurídicos**, são limites **transcendentais.**

STF distingue a retroatividade mínima, média e máxima:

7.1.1. Retroatividade Mínima

A constituição produzirá **EFEITOS FUTUROS** em um ato praticado no passado.

Exemplo: Contrato celebrado em 80, entra CF/88, que possui aplicação imediata. Todos os efeitos produzidos pelo contrato, de 88 em diante, automaticamente, serão atingidos pela nova constituição. Atinge os efeitos futuros, ou seja, da CF em diante de um ato ocorrido no passado. Toda CF quando surge tem essa retroatividade mínima, ela é **automática. Efeito automático.**

Exemplo, art. 17 ADCT.

> *Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.*

7.1.2. Retroatividade Média e Máxima

Só poderão ocorrer se a CF nova EXPRESSAMENTE trouxer essa previsão. Não têm efeito automático.

Exemplos do STF:

Retroatividade Média: partimos do exemplo anterior - contrato celebrado em 80: temos prestações vencidas e pagas e prestações que embora vencidas não foram pagas. Em outras palavras: houve determinada prestação que venceu antes da CF/88, só que embora vencida, não foi paga. Se a CF atinge essa prestação VENCIDA e NÃO PAGA, teremos uma retroatividade média da CF. Ela se refere a prestações vencidas, mas que não foram ainda pagas. Na retroatividade mínima, atingiria somente a prestação que viesse a vencer, decorrente de atos passados.

Na retroatividade média, trata-se do ato que já ocorreu no passado, mas não surgiu todos seus efeitos (ATO PENDENTE).

Retroatividade Máxima: a CF/88 atinge prestações vencidas e que já foram pagas. Partindo do mesmo exemplo: mas suponhamos que desta vez o foi contrato celebrado tendo 30% de juros ao ano, a outro giro, a CF nova estabelece 12% ao ano. A retroatividade média atingiria apenas os juros das futuras prestações não vencidas e não pagas e os juros das prestações já vencidas e não pagas; a retroatividade **máxima** iria atingir inclusive vencidas já pagas, tendo no caso que haver devolução das prestações já pagas atrasadas com o juro anterior (exemplo absurdo, mas bom para visualizar.) Temos retroatividade no art. 231, §6º da CF

> *Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.*
> *§ 6º - **São nulos e extintos**, **não produzindo efeitos jurídicos,** os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.*

7.2. DIREITO ADQUIRIDO E EMENDA CONSTITUCIONAL

Art. 5º XXXVI: é clausula pétrea, pois trata de direito individual.

> ***Art. 5º****XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;*

A polêmica refere-se à vedação desse dispositivo apenas ao legislador ordinário ou também as ECs?

Quem entende que se refere apenas ao legislador ordinário, sustenta que o termo lei é lei em sentido formal, sentido estrito, não abrangendo as EC's. Não estaria o legislador constituinte derivado abrangido pela vedação. Antes da CF/88, era esse o entendimento pacificado no STF. Depois da CF/88, ainda não houve posicionamento do STF sobre o tema.

Um segundo posicionamento, entende que o termo lei não deve apenas abranger leis em sentido formal, mas também emendas à constituição. Entendimento MAJORITÁRIO.

Esta garantia tem por trás o PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. (art. 5º caput, art. 5º XXXVI). Porém, não é um princípio absoluto. Como existe em relativização da coisa julgada, pode-se falar em relativização do direito adquirido, podem outros princípios justificarem a relativização, mas isso deve ser a exceção.

Exemplo: se direito adquirido fosse um direito absoluto, a escravidão nunca poderia deixar de existir então, se um direito adquirido for um direito injusto, devido a outros princípios, este pode ser mitigado.

A CONSTITUIÇÃO

1. CONCEPÇÕES DA CONSTITUIÇÃO

Nada mais são do que uma análise dos fundamentos das constituições.

1.1. CONCEPÇÃO *SOCIOLÓGICA (FERDINAND LASSALLE)*

Principal expoente: Ferdinand Lassalle (Prússia, 1862)

A constituição é a soma dos fatores reais de poder que dirige, que comanda uma nação. É uma **concepção sociológica,** busca fundamento na SOCIOLOGIA**.** A constituição não era o que estava escrito, mas a realidade que se impunha. Aqui, diferencia constituição real/efetiva de constituição escrita.

1.1.1. Constituição escrita/jurídica

É a Constituição escrita. Muitas vezes não reflete a realidade, não passando de uma "folha de papel".

1.1.2. Constituição real/efetiva

É a soma dos FATORES **REAIS DE PODER** que regem uma determinada nação. Na concepção dele, todo estado tem ao lado da constituição escrita, a que realmente vale que é feita por aqueles que detêm o poder na prática (banqueiros, burguesia, monarquia, aristocracia etc.).

Se a constituição escrita não corresponde à constituição real: **"A constituição escrita não passa de uma folha de papel"**.

Busca na sociologia o fundamento da constituição real.

1.2. CONCEPÇÃO POLÍTICA (CARL SCHIMITT)

Principal expoente**: Carl Schimitt**

Busca na vontade POLÍTICA o fundamento da constituição. Adota o conceito decisionista de constituição. Constituição x leis constitucionais.

1.2.1. Constituição propriamente dita

É apenas aquilo que decorre de uma decisão política fundamental, trata-se das matérias constitucionais: **DEO**

Direitos Fundamentais

Estrutura do Estado

Organização dos Poderes

Perceba que decorrem de uma DECISÃO POLÍTICA FUNDAMENTAL.

1.2.2. "Leis Constitucionais"

Todo restante consagrado na constituição (que não faz parte de decisão política fundamental – DEO) são apenas leis constitucionais. Exemplo: colégio do RJ que está na constituição - lei constitucional. Seriam apenas formalmente constitucionais, materialmente não.

As normas relativas aos FINS do estado são apenas FORMALMENTE constitucionais? SIM. Fins do estado = normas programáticas. Fins do estado não é matéria constitucional, estrutura do estado SIM. Art. 1º CF, material e formalmente constitucional. Agora o Art. 242, § 2º é formalmente constitucional, mas não materialmente.

> *CF Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e **tem como fundamentos**:*
> *I - a soberania;*
> *II - a cidadania;*
> *III - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA;*
> *IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;*
> *V - o pluralismo político.*
> *Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*
>
> *Art. 242. O princípio do art. 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam totais ou preponderantemente mantidas com recursos públicos.*
> *§ 2º - O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.*

Para Carl Schimtt, o guardião da constituição deveria ser o presidente do "Reich".

1.3. CONCEPÇÃO JURÍDICA

Principal expoente: **Hans Kelsen** (Teoria Pura do Direito, 1925)

A constituição é o fundamento de validade de todo ordenamento jurídico estatal.

Para Hans Kelsen, o guardião da constituição deveria ser o poder judiciário. A constituição não retira seu fundamento da sociologia, política ou da história, mas sim do próprio DIREITO. Por isso, desenvolve o controle concentrado de constitucionalidade, no sentido da declaração da anulabilidade da norma que é contrária a constituição.

Constituição é um conjunto de normas jurídicas, é uma lei como todas as demais, é formada por várias normas. Se ela é uma lei assim como as demais, seu fundamento só pode estar no DIREITO.

A constituição não se situa no mundo do **"ser"** e sim do **"dever ser"** (o direito tem um caráter prescritivo e não descritivo).

Para Kelsen, há dois sentidos para a fundamentação da Constituição: um sentido **LÓGICO-JURÍDICO** e um sentido **JURÍDICO-POSITIVO**.

1.3.1. Constituição em sentido "LÓGICO-JURÍDICO": Norma Fundamental Hipotética

- Fundamental: porque é nela que está o fundamento da constituição.

- Hipotética: porque não é uma norma posta, é apenas **PRESSUPOSTA.** Não é uma norma positivada, é apenas uma pressuposição, como se a sociedade fizesse uma convenção (pressuposição) que essa norma existe para fundamentar a constituição.

- Conteúdo da norma fundamental hipotética: "Todos devem obedecer a Constituição". Contém este comando, como se fosse um contrato social. Parte da ideia que existe essa norma pressuposta, caso contrário ninguém obedeceria à constituição.

1.3.2. Constituição em sentido "JURÍDICO-POSITIVO: Norma Positivada Suprema

Constituição feita pelo poder constituinte, CF/88, por exemplo. Conjunto de normas jurídicas positivadas.

Segundo José Afonso da Silva, "*de acordo com o primeiro (LÓGICO-JURÍDICO), Constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição "JURÍDICO-POSITIVA", que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau. Umas são normas postas; outra é suposta*".

PLANO LÓGICO-JURÍDICO	PLANO JURÍDICO-POSITIVO
Norma Fundamental Hipotética ("plano do suposto/pressuposto").	Norma posta, positivada.
Fundamento lógico-transcendental da validade da Constituição "jurídico-positiva".	Norma positivada suprema.

1.4. CONCEPÇÃO NORMATIVA

Principal expoente: Konrad Hesse (Livro: Força Normativa da Constituição, 1959)

Para rebater a tese do Ferdinand Lassalle, portanto, é uma antítese à concepção sociológica.

O direito não pode existir somente para justificar relações de poder. Ainda que, algumas vezes, a constituição escrita possa sucumbir à realidade (tese de Ferdinand Lassalle), esta constituição, possui uma "*força normativa"* capaz de conformar a realidade, para isso, basta que exista *"vontade de constituição"* e não apenas vontade de 'poder'.

Para Hesse, então, não há subordinação entre a constituição efetiva e a jurídica, o que existe é um condicionamento recíproco entre elas. Em alguns casos prevalecerá uma, em outros, prevalecerá a outra.

O direito constitucional não serve para dizer o que é, mas para dizer o que DEVE SER, essa é a função normativa da constituição.

1.5. CONCEPÇÃO CULTURALISTA

No Brasil, é sustentada por Meireles Teixeira.

Todas as concepções anteriores, na verdade não são concepções antagônicas, mas sim complementares. Cada uma das concepções seria uma forma diferente de enxergar a constituição, fala-se em constituição total.

De acordo com Meirelles Teixeira: "*conjunto de normas fundamentais condicionadas pela cultura total, e ao mesmo tempo condicionante desta, emanadas da vontade existencial, estrutura e fins do Estado e do modo de exercício e limites do poder político*"

Ao mesmo tempo em que a constituição é condicionada pela cultura de um povo, ela também é condicionante dessa mesma cultura. Por isso, 'culturalista'.

2. CONSTITUIÇÃO NACIONAL X CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- Constituição Nacional refere-se a todos:

* União

* Estado

* DF

* Município

- Constituição Federal → União (art. 59 – refere-se ao ente federal)

3. CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

Analisaremos as principais classificações

3.1. QUANTO À ORIGEM

Refere-se à forma como a constituição foi criada. Utiliza, como critério, a força política responsável pelo surgimento da constituição.

3.1.1. Outorgada/imposta

Juridicamente, é aquela que decorre de um ato unilateral da vontade política soberana do governante. Ou seja, é uma constituição imposta por aquele que detém o poder de fato.

Como exemplo, cita-se a Constituição de 1824 (imposta por D. Pedro I) e a de 1969 (imposta pela junta militar)

3.1.2. Cesarista

É uma constituição outorgada, porém é submetida a uma consulta popular, com o intuito de aparentar legitimidade. O governante, a fim de democratizar a constituição, submete-a a consulta popular: referendo ou plebiscito.

Ex.: constituição da época do Pinochet no Chile.

3.1.3. Pactuada/pactual

É pouco conhecida.

Resulta do compromisso entre soberano e a representação nacional (Assembleia).

Foi o que aconteceu no Séc. XIX, na Europa, quando houve a transição da monarquia absolutista para monarquia representativa.

Ex.: Constituição da França, de 1830.

3.1.4. Democrática/popular/votada/promulgada

Elaborada por um órgão constituinte composto de representantes do povo eleitos para esta finalidade específica.

Destaca-se que, para uma constituição ser democrática, não basta ser feita pelos representantes do povo. É necessário que estes tenham sido eleitos para o FIM ESPECÍFICO de elaborar a constituição, formando a Assembleia Nacional Constituinte (ANC).

Como aconteceu, por exemplo, com a Constituição de 1988, que foi elaborada pela ANC de 87/88, eleita para este fim específico. Teve, contudo, uma peculiaridade já que alguns membros da assembleia eram senadores que já estavam exercendo o mandato (as eleições para senador eram alternadas – 4 anos renovava 1; nos próximos 4 renovavam dois) e teriam pela frente mais quatro anos, continuam para compor a ANC, tendo em vista sua experiência legislativa.

Alguns autores questionaram a situação acima descrita, uma vez que poderia retirar a status democrático da CF/88. O entendimento firmado é que, mesmo diante da peculiaridade, a CF/88 deve ser classificada como uma CONSTITUIÇÃO democrática.

3.2. QUANTO AO MODO ELABORAÇÃO

Utiliza-se o critério do surgimento da constituição.

3.2.1. Histórica

É aquela formada lentamente por meio da gradativa incorporação de usos, costumes, precedentes e documentos escritos à vida estatal.

Exemplo: Constituição Inglesa.

3.2.2. Dogmática

Resulta dos trabalhos de um órgão constituinte sistematizador das ideias e princípios dominantes em determinado momento, naquela sociedade.

Será, sempre, uma constituição escrita.

Exemplo: EUA 1777, CF/88.

3.3. QUANTO À IDENTIFICAÇÃO DAS NORMAS

O modo como a norma constitucional é identificada foi o critério adotado para esta classificação.

3.3.1. Material

A constituição em sentido material é o conjunto de normas estruturais de uma determinada sociedade política. Ou seja, o que identifica uma constituição em sentido material é o conteúdo de suas normas, aquelas que irão estruturar o estado, dispor sobre direitos fundamentais e sobre organização dos poderes, pouco importando o local em que se encontram.

Exemplo: Normas inglesas que tratar deste conteúdo e se encontram espalhadas pelo ordenamento inglês.

Exemplo do Brasil: Voto de liderança, norma materialmente constitucional, trata-se de um costume; Pacto de San José da Costa Rica que proíbe prisão civil por dívida, exceto do devedor alimentar.

3.3.2. Formal

A constituição em sentindo formal é o conjunto de normas jurídicas formalizadas de modo diverso do processo legislativo ordinário. Aqui, o que identifica é o procedimento utilizado para a elaboração da norma.

Por exemplo, a CF/88 trata de temas não constitucionais (Colégio Pedro II), mas seu conteúdo foi formalizado pela Assembleia Nacional Constituinte de 87/88.

Atenção! Todas as normas que foram criadas e que para sua modificação exigem um processo diferente, são chamadas de normas formalmente constitucionais.

OBS.: é possível uma norma formalmente constitucional estar fora do texto da CF/88, no Brasil podemos citar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi aprovada nos termos do art. 5º, §3º da CF (emenda constitucional). Além disso, é materialmente constitucional, pois trata de direitos fundamentais.

3.4. QUANTO À ESTABILIDADE/MUTABILIDADE/PLASTICIDADE

Utiliza-se a consistência das normas constitucionais como critério, a qual será analisada em conjunto com a consistência das normas infraconstitucionais.

Esta classificação possui várias espécies, as duas primeiras não existem mais, possuindo caráter histórico apenas.

3.4.1. Imutáveis

Leis fundamentais antigas criadas com a pretensão de eternidade, tidas como imodificáveis sob pena de maldição dos deuses.

Exemplos: Código de Hamurabi e Lei das 12 Tábuas.

3.4.2. Fixas

Alteráveis apenas pelo mesmo poder constituinte responsável por sua elaboração, quando convocado para isso. Ou seja, não poderia sofrer alterações por outro órgão.

Exemplos: Constituições da época de Napoleão I, na França.

3.4.3. Rígidas

É modificável mediante procedimentos mais solenes e complexos que o processo legislativo ordinário. O grau de dificuldade para alteração é maior, mais dificultoso.

No Brasil, temos:

- Emenda Constitucional= 3/5 (dos parlamentares) e 2 turnos.
- Lei Complementar= + 50% dos parlamentares (maioria absoluta).
- Lei Ordinária= +50% dos parlamentares presentes (maioria simples)

Portanto, a CF/88 é uma constituição rígida.

QP: O fato de a constituição não possuir cláusula pétrea afasta sua rigidez? R: Não! Uma constituição pode ser rígida sem ter cláusula pétrea. Assim, como uma constituição pode possuir cláusula pétrea e não ser considerada rígida.

3.4.4. Super-rígida

É classificação proposta por Alexandre de Morais, para quem uma constituição rígida, com processo de alteração dificultoso, e que possua cláusula pétrea deve ser considerada como SUPER-RÍGIDA.

Obs.: Em prova, havendo as duas opções rígida e super-rígida, deve-se marcar a última. Contendo apenas alternativa rígida, esta deve ser assinalada.

3.4.5. Semirrígida/semiflexível

É uma constituição que possui uma parte rígida e outra parte flexível. Ou seja, algumas normas terão procedimento de alteração mais dificultoso e outras terão o mesmo procedimento de alteração da legislação ordinária.

Exemplo: Constituição de 1824 considerava constitucional apenas as normas que cuidavam da estrutura do estado e organização dos poderes, as demais normas poderiam ser modificadas pelo processo legislativo ordinário.

3.4.6. Flexível/plástica

São as constituições que possuem a mesma origem e formalidade da legislação ordinária. Isto é, são elaboradas pelo mesmo órgão responsável pela elaboração das leis e podem ser alteradas pelo mesmo processo de alteração de uma lei, não há dificuldade.

Geralmente, são flexíveis as constituição costumeiras.

Exemplo: Constituição da Inglaterra, era a mais conhecida.

3.5. QUANTO À FUNÇÃO

Utiliza como critério a função desempenhada pela Constituição dentro do ordenamento jurídico, como instrumento de organização da sociedade e do Estado.

3.5.1. Garantia/quadro/estatutária/orgânica

Trata-se de um instrumento do Governo, responsável pela definição de competências e regulação dos processos. Preocupa-se apenas com as competências, que estruturam os direitos do Estado, e com as liberdades negativas (não atuação do estado).

É o caso da Constituição dos EUA.

3.5.2. Programática/dirigente/diretiva

Contém normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos.

É o caso da Constituição Federal de 1998.

3.5.3. Constituição-balanço/registro

Descreve e registra, periodicamente, o grau de organização política e das relações de poder. Ou seja, de tempos em tempos faz um balanço do estágio em que se encontra a evolução para o socialismo.

3.6. QUANTO À EXTENSÃO

Analisa-se a amplitude das matérias contempladas no texto constitucional.

3.6.1. Concisa/breve/sumária/sucinta/básica/clássica

É aquela que contém apenas princípios gerais ou enunciam regras básicas de organização e funcionamento do sistema jurídico estatal. Nota-se que é aquela que trata apenas de matéria constitucional, na forma de princípios gerais.

Exemplo: Constituição Americana.

Vantagens: estabilidade (não precisam ser alteradas) e flexibilidade.

3.6.2. Prolixas/analíticas/regulamentares

São as constituições que consagram matérias estranhas ao Direito Constitucional ou contemplam normas com regulamentação minuciosas, típicas da legislação ordinárias.

Está presente, desde a Constituição de 1824, nas constituições brasileiras. ´

3.7. QUANTO À DOGMÁTICA

O critério utilizado é a natureza ideológica das normas constitucionais.

3.7.1. Ortodoxa

É a constituição que adota apenas uma ideologia política informadora de suas concepções.

Exemplo: constituições comunistas.

3.7.2. Eclética/compromissória/heterogênea

É a constituição que procura consolidar diversas ideologias políticas, tendo em vista que há uma pluralidade na sociedade. Ademais, deve-se buscar um meio termo, conciliando-se a democracia liberal e a democracia social.

Exemplo: CF/88 consagra livre iniciativa e, ao mesmo tempo, o monopólio.

3.8. QUANTO À ONTOLOGIA

É uma classificação proposta por Karl Loewenstein, possui como critério a correspondência entre o texto constitucional e a realidade do processo de poder.

3.8.1. Normativa

É a constituição que possui normas capazes de efetivamente dominar o processo político. Ou seja, a constituição é capaz de conformar a realidade social, fazendo com que os poderes se submetam a ela.

3.8.2. Nominal

É a constituição incapaz de conformar o processo político as suas normas, sobretudo em matéria de direitos econômicos e sociais.

3.8.3. Semântica

É uma constituição de fachada, utilizada pelos dominadores de fato visando, unicamente, sua perpetuação no poder. Ou seja, seu objetivo não é limitar o poder, mas sim legitimar aqueles que já se encontram no poder.

Exemplos: Constituições Napoleônicas.

4. CLASSIFICAÇÃO DA CF/88

A partir das classificações vistas acima, podemos classificar a CF/88 da seguinte forma:

Quanto à forma: é escrita.

Quanto à sistemática: é codificada, possui forma de código.

Quanto à origem: é democrática.

Quanto à estabilidade: é rígida ou super-rígida.

Quanto à identificação de suas normas: é formal.

Quanto à extensão: é prolixa, como todas as demais constituições brasileiras.

Quanto à dogmática: é eclética.

Quanto à ontologia: há divergência. Para Pedro Lenza, trata-se de constituição normativa. Para Bernardo Gonçalves, trata-se de constituição nominal, pois, embora seja válida juridicamente e consiga conformar o processo político na maioria de suas normas, na parte da ordem econômica e social, ainda não possui força normativa suficiente para conformar a realidade da maneira desejável.

Quanto à função: é dirigente.

Raul Machado Horta: é, ainda, expansiva, pois possui novos temas e confere ampliação a temas pertinentes.

5. A CONSTITUIÇÃO E O SEU PAPEL

Trata-se, aqui, do papel desempenhado pela Constituição dentro do ordenamento jurídico. A análise do papel da constituição é feita com base na verificação da liberdade de conformação (regulamentação) do legislador.

5.1. CONSTITUIÇÃO-LEI

Parte da premissa de que a constituição é um conjunto de normas, como qualquer outro, sem supremacia sobre as demais leis e sem poder de conformação do legislador. Não há diferença da Constituição para as demais leis, contém apenas diretrizes que o legislador pode seguir ou não.

Esta visão é incompatível com a ideia de:

- Rigidez constitucional
- Supremacia constitucional
- Força normativa da Constituição (própria do constitucionalismo contemporâneo).

Não é compatível com o estado democrático de direito.

5.2. CONSTITUIÇÃO-FUNDAMENTO/CONSTITUIÇÃO-TOTAL

Possui como pressuposto a constituição como fundamento das atividades relacionadas ao Estado, bem como com as atividades que regulam à vida social.

A liberdade de conformação do legislador é mínima (restrita), pois a constituição já trata de todos os assuntos. A atividade legislativa vira um mero instrumento da Constituição.

5.3. CONSTITUIÇÃO-MOLDURA (“ORDEM-QUADRO”)

A Constituição estabelece os limites dentro dos quais o legislador pode atuar.

O legislador possui ampla liberdade de conformação.

5.4. CONSTITUIÇÃO DÚCTIL (CONSTITUIÇÃO SUAVE)

Defendida por Gustavo Zagrebelsky.

Parte da premissa de que as sociedades atuais são pluralistas, ou seja, dotadas de certo grau DE relativismo, de ativismo. Por isso, a constituição apenas fornece a base (alicerce) necessária para que o ordenamento jurídico seja construído.

É uma concepção próxima da constituição moldura.

6. HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

6.1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Durante o período de quase dois séculos de história constitucional, o Brasil viveu uma grande instabilidade, com textos que duraram pouco e textos que duraram muito. Mas houve uma característica comum, qual seja: o distanciamento da realidade.

Em regra, os textos, para a época em que foram feitos, eram considerados modernos. Contudo, foram incapazes de conformar a realidade, não conseguiram ser normativos. Havia uma ausência de efetividade.

Curiosamente, o Brasil, mesmo antes da Constituição de 1824, contava com a Constituição de Cádiz. Esta era a Constituição espanhola, aplicada no Brasil, por determinação de D. João VI (Decreto 21/04/1821), até que fosse elaborada uma brasileira. Mas, no dia seguinte, revogou-se tal decreto, tendo a Constituição de Cádiz vigência de apenas um dia.

Desde 1824, o Brasil teve sete constituições: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967/1969* e 1988.

* A CONSTITUIÇÃO de 1969, embora tenha sido decorrente de uma emenda, para a doutrina majoritária, como alterou profundamente o texto constitucional de 1967 e como possuía como fundamento de validade o AI 5 e o AI 6, é considerada uma autêntica constituição.

6.2. CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL (1824)

Também chamada de Constituição Imperial.

6.2.1. Ideologia

A Constituição Imperial possuía uma ideologia liberal/conservadora, foi inspirada na Constituição francesa, de 1814, outorgada por Luís XVIII.

Foi a Constituição mais duradoura no Brasil, esteve em vigor por quase 67 anos, tendo apenas uma única emenda, por isso foi considerada, extremamente, estável.

6.2.2. Estabilidade

Era uma constituição semirrígida, com uma parte rígida e outra parte flexível, nos termos do seu art. 178, *in verbis*:

> *Art. 178 – é só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos cidadãos. Tudo o que não é Constitucional, pode ser alterado sem formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias.*

6.2.3. Extensão

A Constituição Imperial possuía 179, considerada prolixa. Após, todas as demais Constituições também são consideradas prolixas.

Destaca-se que a Constituição Imperial possuía uma limitação temporal de quatro anos, apenas passados este período é que se poderia modificar o texto de 1824, foi a maneira de dar uma maior estabilidade.

6.2.4. Estado

Esta Constituição, como característica exclusiva, trouxe um estado confessional, ou seja, trouxe a religião católica como religião oficial, permitindo outras formas religiosas de maneira restrita.

Ademais, tratava-se de um estado unitário, divido em províncias.

6.2.5. Poder

Adotou uma divisão quadripartite de poder, seguindo o modelo de Benjamin Constant, possuindo Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário e o Poder Moderador (exercido pelo imperador).

6.2.6. Governo

Adotou-se um governo monárquico hereditário, constitucional e representativo.

Foi o único período de monarquia no Brasil.

Obs.: de 1961 a 1963 tivemos um curto período de parlamentarismo republicano.

6.2.7. Controle de constitucionalidade

Não existia controle de constitucionalidade. O guardião da CONSTITUIÇÃO era o Poder Legislativo e não o Poder Judiciário, como, hoje, acontece com o STF (guardião).

6.2.8. Direitos fundamentais

Consagrou alguns direitos fundamentais, vejamos:

a. Aboliu penas cruéis (açoite, tortura, marca de ferro quente);
b. Consagrou o socorro público e a instrução primária gratuita para todos – direitos sociais
c. Consagrou a naturalização tácita – direitos de nacionalidade
d. Sufrágio restrito (censitário, baseado na condição econômica) e eleições indiretas – direitos políticos.

6.3. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1891)

6.3.1. Ideologia

Inspirada na constituição norte-americana (importou inúmeros institutos).

Conciliava, na sua ideologia, o liberalismo republicano e moderado.

6.3.2. Estado

Consagrou o Estado “laico”, sem religião oficial, seguido pelas Constituições posteriores.

Adotou o federalismo dualista (matéria constante no Caderno II) em que há uma repartição estanque de competência, não havia competência comum ou corrente como temos hoje.

6.3.3. Poder

Adotou a tripartição de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) de Montesquieu, abolindo o Poder Moderador.

6.3.4. Governo

Sistema presidencialista.

6.3.5. Controle de constitucionalidade

Trouxe o modelo difuso de controle de constitucionalidade (feito por qualquer órgão do Poder Judiciário), nítida inspiração da jurisprudência norte-americana.

6.3.6. Direitos fundamentais

Destacam-se os seguintes:

a) Aboliu as penas de galés, de banimento e de morte (salvo em caso de guerra);

b) Princípio da Igualdade;

c) Consagrou a "Doutrina brasileira do *Habeas Corpus*" – existiu apenas aqui, o HC era utilizado como remédio constitucional para outras formas de abuso de poder e de ilegalidade, não apenas relacionado com o direito de ir e vir.

d) Naturalização tácita

e) Extinção do sufrágio censitário (baseado na condição econômica)

6.4. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1934)

Foi uma constituição com curta vigência, pouco mais de três anos. Contudo, trouxe inovações que foram perpetradas em outras Cartas, tais como: a inclusão do nome de Deus no preâmbulo; a competência do Senado de suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo; a cláusula da reserva de plenário e a representação interventiva (controle concreto).

6.4.1. Ideologia

Rompeu com a ideologia liberal, adotando a democracia social (Weimar 1919).

Lembrar: fases do constitucionalismo moderno.

6.4.2. Estado

Adotou o federalismo cooperativo, em que há compartilhamento de competências entre os entes federativos.

6.4.3. Poder

Adotou o Unicameralismo no Poder Legislativo, apenas a Câmara dos Deputados exercia este poder. O Senado apenas colaborava no exercício de certas funções.

6.4.4. Governo

Tratava-se de um Governo Presidencialista, com a ampliação das competências atribuídas ao Presidente da República.

Houve a supressão da figura do Vice-Presidente.

6.4.5. Controle de constitucionalidade

O STF passou a ser chamado de Corte Suprema.

Introduziu-se a cláusula da reserva de plenário, segundo a qual somente a maioria absoluta dos membros do tribunal pode declarar a inconstitucionalidade. Ademais, introduziu a chamada representação interventiva, que era proposta pelo PGR perante a Corte Suprema, quando houve violação dos princípios constitucionais sensíveis.

Surge, aqui, o controle concentrado de constitucionalidade, decorrente da competência reservado ao STF pela representação interventiva.

Obs.: Controle concentrado (introduzido pela CONSTITUIÇÃO 1934) e controle abstrato (introduzido pela EC 16/65) não se confundem.

6.4.6. Direitos fundamentais

Tem-se o seguinte:

a) Introdução do mandado de segurança;

b) Consagração da ação popular.

No âmbito dos direitos políticos, incorporou as modificações trazidas pela reforma eleitoral de 1932, que consagrou o escrutínio secreto e permitiu a participação das mulheres.

6.5. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1937)

6.5.1. Ideologia

Adotou uma ideologia anticomunista, antidemocrática liberal.

Possuiu um caráter semântico, ou seja, dizia uma série de coisas que na prática não eram consagrados. Por isso, não possuía efetividade.

Previa a realização de um plebiscito, para que fosse aprovada pelo povo. Nunca foi realizado, por isso, alguns afirmam que não possuiu efeitos jurídicos.

6.5.2. Estado

Era um Estado autoritário e corporativista.

Embora fosse organizado na forma de federação, na prática, para Daniel Sarmento, tratava-se de um Estado Unitário, pois todos os Estados (menos MG) tiveram interventores nomeados por Getúlio Vargas. Não havia autonomia.

6.5.3. Poder

O Presidente da República era a autoridade suprema, concentração imensa de poderes no Poder Executivo.

O Poder Legislativo era exercido pelo Parlamento Nacional, mas na prática não funcionou. O parlamento foi fechado, as leis e emendas eram feitas por Getúlio Vargas, através das chamadas leis constitucionais.

Tínhamos, na prática, uma constituição flexível, eis que não havia diferença no processo de elaboração e alteração das normas constitucionais para as infralegais.

6.5.4. Governo

Vigorou o Estado de Emergência, suspendendo-se direitos e garantias fundamentais.

Os atos do Governo eram imunes ao Poder Judiciário.

6.5.5. Controle de constitucionalidade

Cláusula *notwhithstand*, existente no direito canadense, quando o Poder Judiciário declara uma lei inconstitucional, ela não deixa de ter validade imediatamente. Pode ser discutida no parlamento, caso entenda que não deve ser excluída, não obstante a declaração de inconstitucionalidade, a lei deve manter-se em vigor.

6.5.6. Direitos fundamentais

a) Não contemplou direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada

b) Excluiu o mandado de segurança e nem ação popular

c) Proibiu greve, lock-out e partidos políticos

Embora fosse uma constituição social, os direitos sociais não eram universais, eram exclusivos de determinadas categorias.

6.6. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1946)

Trouxe inúmeros institutos previstos na Constituição de 1934.

6.6.1. Ideologia

Mesclou o liberalismo político, com a reintrodução da democracia e a consagração do Estado social, modelo eclético.

6.6.2. Estado

Manteve-se o Estado Federativo, garantindo-se ampla autonomia aos Estados-membros da Federação.

Caracterizou-se por ser um Estado intervencionista, típica característica do Estado Social.

6.6.3. Poderes

Inicialmente, consagrou o presidencialismo. Contudo, através da EC 4/61, introduziu o parlamentarismo, por um curto período, eis que, após a realização de um plebiscito (correto é referendo), com a EC 6/63 voltou para presidencialismo.

6.6.4. Controle de constitucionalidade

A EC16/65 criou o controle abstrato de constitucionalidade, através da representação de inconstitucionalidade (atual ADI).

6.6.5. Direitos fundamentais

a) Manutenção das liberdades públicas tradicionais (liberdade religiosa, liberdade de locomoção, liberdade de reunião)

b) Ações constitucionais (HC, MS, AP)

c) Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada

d) Inafastabilidade da prestação jurisdicional (inovação).

e) Vedação de penas de morte (salvo guerra extrema), banimento, confisco e caráter perpetuo

f) Voto obrigatório

6.7. CONSTITUIÇÃO DO BRASIL (1967)

Surge após o Golpe Militar, refletindo os valores de um grupo militar moderado. Seu objetivo era realizar uma transição lenta à democracia. Contudo, o AI 5 acabou com tal intenção.

6.7.1. Ideologia

Era social-liberal e ditatorial, consagrou a concentração de poder vertical (União), bem como horizontal (Poder Executivo sobre os demais poderes de forma arbitrária).

É considera uma CONSTITUIÇÃO outorgada, pois embora tenha sido discutida, votada e aprovado pelo Parlamento, este não podia mudar o projeto do Executivo.

6.7.2. Estado

Adotou-se o federalismo de integração, em que havia concentração de poder na União, os Estados-membros eram subordinados ao ente central.

6.7.3. Poderes

Houve um fortalecimento do Poder Executivo, que passou a editar decretos com força de lei (DL), bem como ampliou suas competências.

Previa eleições indiretas.

O AI nº7 – suspendeu eleições parciais para os cargos do executivo ou legislativo.

6.7.4. Controle de constitucionalidade

Os atos do comando supremo da revolução eram excluídos da apreciação judicial.

6.7.5. Direitos fundamentais

Não possuíam efetividade.

6.8. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1969)

É fruto da EC 1/69, todavia a grande maioria da doutrina considera uma nova Constituição, seja porque inovou seja porque invocou o AI 5 e AI 6 como forma de fundamento. Foi outorgada pela junta militar.

Basicamente, manteve a estrutura da CONSTITUIÇÃO de 67, suas alterações foram pontuais.

6.8.1. Poderes

No âmbito do Poder Executivo, ampliou as competências.

No âmbito do Poder Legislativo, reduziu as imunidades dos parlamentares (crimes contra honra e segurança nacional), instituiu a perda de mandato por infidelidade partidária.

Colocou o MP no capítulo do Poder Executivo.

6.8.2. Direitos fundamentais

Houve uma série de retrocessos:

a) Limitou o acesso à justiça;

b) Restringiu a liberdade informação, consagrando a censura

c) Ampliou as hipóteses de pena de morte

Em 1985, foi introduzida a EC 26, a qual previu eleições para ANC, com a finalidade de elaborar uma nova constituição.

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

1. INTRODUÇÃO

De acordo com Dirley da Cunha, "*a hermenêutica é o domínio da ciência jurídica que se ocupa em formular e sistematizar os princípios que subsidiarão a interpretação, enquanto a interpretação é a atividade prática que se dispõe a determinar o sentido e o alcance dos enunciados normativos. (...) Assim, podemos dizer que, apesar de inconfundíveis, há uma relação mútua de dependência entre a hermenêutica e a interpretação jurídica, na medida em que sem a hermenêutica não se interpreta, e sem a interpretação a hermenêutica se torna inútil e desnecessária. No processo de compreensão do Direito, hermenêutica e interpretação são os dois lados da mesma moeda*"

2. CONTRIBUIÇÕES DA DOGMÁTICA ALEMÃ - BÖCKENFÖRDE

Constituições escritas surgiram com as Revoluções liberais. Desde essa época, final do século XVIII até meados do século XX, a constituição era interpretada pelos mesmos elementos desenvolvidos por Savigny para interpretação das leis:

1) Gramatical/literal – revela o sentido pela literalidade do texto.

2) Lógico – premissas da lógica.

3) Histórico – faz a análise do contexto o qual a norma surgiu.

4) Sistemático – a norma não existe isoladamente, faz parte de um sistema.

Com o fim da 2ªGM, surge o ***neoconstitucionalismo***, então aparecem novos métodos de interpretação da constituição elaborados pela doutrina alemã, partindo das seguintes premissas:

1) Direitos Fundamentais: tem normas que se expressam na forma de princípio. (Muito mais complexa a interpretação de um princípio do que uma norma expressa).

2) Eficácia de cada norma constitucional/objeto é muito variada. Ela possui uma variedade imensa em relação ao seu objeto. Possui normas de todos os ramos do direito, essa variedade de objeto/eficácia dificulta a interpretação da constituição.

3) Ideologia (pré-compreensão) – o intérprete acaba deixando que sua interpretação de mundo, sua pré-compreensão, ideologia, interfira na interpretação da Constituição. A ideologia, aspectos religiosos, morais, pré-compreensão de mundo, influencia muito na interpretação principalmente da constituição do que em outros ramos do direito.

4) Origem compromissória: causa grandes conflitos, dificultando sua interpretação.

5) Carga moral e política: o aplicador do direito possui uma margem de ação grande, fazendo com que a ideologia do intérprete seja utilizada quando se interpreta a Constituição.

Em razão destas peculiaridades é que foram elaborados métodos específicos, para tornar mais racional, mais objetiva a interpretação constitucional.

Canotilho: Não existe um método justo. Todos os métodos apesar de partirem de premissas diversas, são complementares.

3. MÉTODO HERMENÊUTICO CLÁSSICO (MÉTODO JURÍDICO) – ERNEST FORSTHOFF

Segundo Ernest Forsthoff, a interpretação constitucional deve ser feita através dos elementos clássicos, tradicionais de interpretação, aqueles desenvolvidos por Savigny (gramatical, sistemático, lógico e histórico), não seria necessário um método próprio.

Parte de uma premissa: "Tese da identidade", segundo a qual a constituição nada mais é do que uma lei (identidade entre Constituição e Lei), um conjunto de normas, assim, não há motivos para métodos específicos de interpretação. Portanto, a constituição deve ser interpretada da mesma forma que as leis.

De acordo com este método, a força normativa da constituição está assegurada pela dupla finalidade atribuída ao texto constitucional, o qual serve de ponto de partida da interpretação e como limite da atuação do intérprete.

CRÍTICA:

Por terem sido desenvolvidos para o direito privado, os elementos clássicos, embora úteis, são insuficientes para dar conta das complexidades que envolvem a interpretação constitucional.

Exemplo: como se interpreta a inviolabilidade do direito à vida pelo elemento gramatical?

4. MÉTODO CIENTÍFICO-ESPIRITUAL (VALORATIVO) – RUDOLF SEMEND

O corpo da lei são as normas, já o espírito são os valores que, consagrados no texto, inspiraram as normas.

Como esse método leva muito em consideração os valores consagrados no texto, muitos o chamam de **método valorativo**. Cita-se, como exemplo, o Preâmbulo da CF/88 que consagra os valores supremos da nossa sociedade que inspiraram a criação da nossa constituição.

É um método ANTIPOSITIVISTA. Não considera apenas o sistema de normas constitucionais, mas sim fatores **"**EXTRACONSTITUCIONAIS**".** Além dos valores subjacentes a constituição, outros fatores extraconstitucionais são considerados, a exemplo da ***realidade social*** ("**método sociológico**")

Método Integrativo – considera a constituição o principal elemento de integração da comunidade (Princípio do Efeito Integrador – ver princípios instrumentais). Aproxima-se do ***elemento sistemático***, sustentado por Savigny.

Pode ser chamado então: integrativo, sociológico, valorativo.

CRÍTICA:

Canotilho entende que há **indeterminação** e **modificabilidade** dos resultados. Como considera não apenas o sistema de normas, mas fatores extraconstitucionais, o resultado da interpretação pode ser maleável, a modificação/mutação dos resultados gera insegurança jurídica, portanto, nunca se poderá esperar uma decisão, mudará de acordo com o momento e a realidade vivida. Permitindo-se interpretações divergentes, enfraquece-se o princípio da ***força normativa*** da constituição.

OBS: Os dois métodos vistos acima consideram a Constituição como um sistema, são métodos SISTEMÁTICOS. Os próximos NÃO partem da ideia de sistema, são métodos que a doutrina chama de APORÉTICOS (a ideia principal não é a ideia de sistema, mas sim de PROBLEMA).

5. MÉTODO TÓPICO PROBLEMÁTICO – THEODORE VIEHWEG

5.1. IDEIA GERAL

Foi desenvolvido originalmente para o Direito Civil, como uma forma de reação ao positivismo jurídico, mas se mostrou aplicável ao Direito Constitucional.

Esse autor foi responsável pelo retorno da tópica ao Direito, na década de 50. Completamente contrário ao positivismo.

Tem este nome porque se baseia em "TOPOS" (Plural "Topoi" – são esquemas de pensamento, formas de raciocínio, de argumentação, pontos de vista), extraídos de vários lugares, como por exemplo:

a) Doutrina dominante;

b) Jurisprudência majoritária;

c) Senso comum.

d) Princípios gerais do direito.

Destaca-se que possui como ponto de partida uma compreensão prévia do intérprete, apoiando-se no consenso ou no senso comum.

São extraídas várias formas de pensamento desses lugares.

Exemplo: poder constituinte, legitimados a propor EC, exceção aos legitimados ordinários. Outro exemplo, é inviolável o sigilo de correspondência, porém o STF tem admitido, em determinados casos, a violação da correspondências de presidiários. STF – "*os direitos fundamentais não devem servir como escudo protetivo para salvaguardar práticas ilícitas*".

É um método PROBLEMÁTICO – porque se baseia na ideia de problema a ser resolvido. Não são métodos para serem utilizados para resolver questões simples, os métodos aporéticos serão utilizados em problemas, casos difíceis, quando temos os "hard cases" (exemplos: aborto na anencefalia etc.), se o caso tem uma solução simples, utiliza-se uma interpretação literal, sistemática.

É um **método ARGUMENTATIVO** - é feita toda uma argumentação em torno do problema para chegar-se ao resultado.

Para o método tópico-problemático, a decisão que vai prevalecer é a que for mais convincente, o que convencer o maior número de locutores, não significa que é o mais correto.

Exemplo: ministros do STF se juntam para decidir um caso concreto, discutem em torno do problema, levando os argumentos favoráveis e contrários a decisão, que será a que for mais convincente.

5.2. PONTOS POSITIVOS DO MÉTODO TÓPICO PROBLEMÁTICO

Complementação de lacunas: Exemplo: quando não se tem previsão legal.

Comprovação dos resultados obtidos por outros métodos: fazendo caminho inverso, caso para norma, testa-se se a solução é a melhor, visto que se fizer o caminho normal, norma para o caso e chegar ao mesmo resultado, comprovou que era a melhor solução.

5.3. CRÍTICAS AO MÉTODO TÓPICO PROBLEMÁTICO

- **Casuísmo ilimitado.** Utilização deste método pode conduzir a um casuísmo ilimitado. Como o método gira em torno do problema, cada caso concreto é resolvido de uma maneira, pois não se baseia nas normas do sistema e sim em argumentos;
- Ele pode conduzir a um casuísmo tão grande, que a norma jurídica, é apenas mais um TOPOS ao lado dos outros, não é um argumento decisivo, é apenas mais um ao lado de vários outros. Acaba gerando uma **insegurança jurídica**.
- A interpretação deve partir da NORMA para a solução do PROBLEMA, e não ao contrário. Segundo a doutrina, o intérprete deve buscar qual a norma que se refere ao caso e a partir da norma dar a solução ao caso concreto, porém, neste método faz-se o caminho inverso, **parte-se do PROBLEMA para a NORMA**. Exemplo: Min. Marco Aurélio quando vai decidir um caso que não tem solução no caso concreto, lei, primeiro pensa, qual a solução justa, e então a partir daí vai ao ordenamento procurar a solução que se adéqua a esse pensamento – cada um tem uma ideia de justiça, permitindo que cada juiz julgue com aquilo que ele ache justo, teremos a justiça no caso concreto de acordo com cada juiz, o que gerará uma insegurança jurídica, **casuísmo**.
- **Pouca importância atribuída à jurisprudência**, assim como a norma é só mais um "topos" neste método, a jurisprudência também. O precedente aqui não é decisivo, é só mais um argumento. Não importa o que tinha como precedente, e nem o que será

o futuro, ele se preocupa com o problema atual. Deve-se saber o posicionamento do guardião da Constituição para poder entendê-la. Jurisprudência está ligada à segurança jurídica, sabe-se que se tomar determinada conduta, será julgado de tal forma.

6. MÉTODO HERMENÊUTICO CONCRETIZADOR – KONRAD HESSE (CONCEPÇÃO JURÍDICA DA CONSTITUIÇÃO)

6.1. IDEIA GERAL DO MÉTODO HERMENÊUTICO CONCRETIZADOR

Desenvolveu um catálogo de princípios interpretativos (postulados normativos). Deve-se associar:

- Hermenêutica – Interpretação
- Concretizador – Aplicação

Na verdade, hermenêutica e interpretação não são a mesma coisa, a hermenêutica fornece elementos para a interpretação, apontando seus caminhos.

Segundo Konrad, interpretação e aplicação consistem em um processo unitário, são inseparáveis. Afirma, ainda, que só poderá ser aplicado o método **hermenêutico concretizador** se houver a interpretação mais a aplicação. Não há como interpretar sem aplicar, nem aplicar sem interpretar a norma.

Assim, interpretação e aplicação constituem um processo unitário.

6.2. ELEMENTOS BÁSICOS DO MÉTODO HERMENÊUTICO CONCRETIZADOR

Norma (não há como interpretar uma lacuna, a norma é indispensável, não tendo norma, então se pode utilizar o tópico-problemático). Lembrando: tópico-problemático parte do caso concreto (problema) para a norma.

Problema a ser resolvido (não pode ser um problema em abstrato, e mais: não deve ter norma clara como solução);

Só é possível utilizar esse método se o intérprete tiver uma compreensão prévia (círculo fechado de intérpretes) tanto da norma quanto do problema**.** A compreensão está ligada ao círculo de intérpretes, não é qualquer um que irá conseguir interpretar a Constituição, sem uma compreensão prévia. Teoria Geral da interpretação.

Aqui, parte-se da norma para o problema. Concretiza-se a norma para, depois, solucionar o problema.

OBS: os métodos aporéticos também são concretistas.

6.3. CRÍTICAS AO MÉTODO HERMENÊUTICO CONCRETIZADOR

a) Enfraquecimento da força normativa.

b) Quebra da unidade da Constituição - Como levam em consideração não apenas o sistema normativo, utilizam fatores extra constitucionais para aplicar a norma ao caso concreto isso acabaria causando uma quebra da unidade.

7. MÉTODO NORMATIVO ESTRUTURANTE – FRIEDERICH MÜLLER

7.1. IDEIA GERAL DO MÉTODO NORMATIVO ESTRUTURANTE

Também é um método CONCRETISTA. Segundo ele, devemos falar em concretização da constituição e não interpretação. A interpretação seria apenas uma das etapas da concretização da constituição.

"Estruturante": estabelece uma ESTRUTURA para a **concretização** da norma constitucional.

Segundo Friedrich Muller, na tarefa de **interpretar-concretizar** a norma constitucional o intérprete-aplicador deve considerar tantos os elementos resultantes da interpretação do texto (**PROGRAMA NORMATIVO**), como os decorrentes da investigação da realidade (**DOMÍNIO NORMATIVO**).

Qual a diferença de **programa normativo** para **domínio normativo**? O programa normativo tanto compreende o texto da norma, como a norma propriamente dita. O domínio normativo compreende a realidade social que está sendo tratada no texto, na norma.

Qual a diferença de **texto** para **norma?** O texto apenas limita e dirige a interpretação, o texto nada mais é que a exteriorização da norma jurídica, a norma jurídica se apresenta através de seu texto. **Então, a função do texto é impor limites a interpretação e direcioná-la. Dessa interpretação, resultará a norma.**

São vários elementos que serão utilizados para essa concretização da norma abstrata:

a) Elementos metodológicos:

- Métodos Interpretativos (clássicos de Savigny: gramatical, lógico, histórico, sistemático) – apenas uma das etapas na concretização;
- Princípios Interpretativos (instrumentais) da constituição.

b) Elementos dogmáticos:

- Doutrina;
- Jurisprudência.

c) Elementos teóricos

- Filosofia;
- Poder constituinte;

- Soberania popular;
- Elementos da Teoria da Constituição.

d) Elementos de Política Constitucional:

Compreende os elementos políticos da Constituição, mas que também devem ser levados em consideração. Por exemplo, a CF assegura o direito à moradia, quando se interpreta tal direito, devem-se levar em consideração as questões orçamentárias.

A interpretação é feita em conformidade com a realidade.

Outro exemplo, é a reserva do possível.

7.2. CRÍTICA AO MÉTODO NORMATIVO ESTRUTURANTE

Segundo Müller, os elementos que estão mais próximo da norma teriam prevalência sobre os mais distantes. Contudo, para Paulo Bonavides, haveria uma limitação a atuação do intérprete.

8. MÉTODO CONCRETISTA DA CONSTITUIÇÃO ABERTA

Citado por Paulo Bonavides foi desenvolvido por Peter Häberle

Obs.: não está na lista do Böckenförde.

Obs.: Gilmar Mendes traduziu este livro, assim como o livro do Hesse. Perceba como esses teóricos influenciam na jurisprudência do STF e na legislação.

8.1. IDEIA GERAL DO MÉTODO DA CONSTITUIÇÃO ABERTA

Peter Häberle propõe uma abertura do *CÍRCULO DE INTÉRPRETES* da Constituição, para além dos intérpretes oficiais. Deve ser uma interpretação aberta, alargando o seu círculo.

Se todos são destinatários da constituição, se todos devem cumprir a constituição, como estas pessoas irão cumprir a constituição sem antes interpretá-las? **Se nós vivemos uma realidade constitucional, devemos ser considerados legítimos intérpretes da CF.** Ainda que o tribunal constitucional seja considerado o intérprete definitivo, os cidadãos e grupos sociais seriam pelo menos, pré-intérpretes da constituição.

A democracia deve estar presente não somente em um momento anterior, na elaboração da CONSTITUIÇÃO, mas também no momento posterior, na interpretação da lei. Trabalha com ideia de democracia dentro da interpretação constitucional.

Influência no direito constitucional brasileiro: ***amicus curiae*** (amigo da corte) e **audiências públicas** (Lei 9.868/99 e 9.882/99), trata-se de formas de a sociedade interferir na interpretação constitucional. É uma interpretação prévia, a definitiva será dada pelo Supremo. Tornam a interpretação mais democrática e garantem uma maior legitimidade às decisões.

8.2. CRÍTICA AO MÉTODO DA CONSTITUIÇÃO ABERTA

O alargamento excessivo do círculo de intérpretes pode conduzir a uma quebra da unidade e ao enfraquecimento da força normativa da Constituição, pois podem levar a interpretações divergentes.

Além disso, Paulo Bonavides afirma que para a utilização do referido método é necessário:

- Existência de um sólido consenso democrático;
- Instituições fortes;
- Cultura política desenvolvida.

Saindo do direito Germânico, vamos para o direito americano.

9. DOGMÁTICA ESTADUNIDENSE

Não são teorias cobradas recentemente em concursos, mas que servem de argumentação para provas dissertativas e provas orais.

Veremos aqui:

1) Interpretativismo e não interpretativismo;
2) Teoria do “reforço da democracia”;
3) Minimalismo e maximalismo;
4) Pragmatismo jurídico;
5) A leitura moral da constituição.

9.1. INTERPRETATIVISMO E NÃO INTERPRETATIVISTO

É um tema de suma importância no direito norte-americano, tanto que em um dos debates presidenciável a primeira pergunta foi sobre isso.

9.1.1. Interpretativismo

Reúne várias correntes que possuem em comum uma visão conservadora da forma de interpretação. Aqui, analisaremos as duas principais.

- Originalismo (Robert Bork) – *Mens legislatoris*.

Ficou conhecido por ter sido rejeitado para a Suprema Corte, em virtude de seu elevado grau de conservadorismo, embora de notável saber jurídico e de reputação ilibada (decisão política). Defende que os magistrados devem seguir o entendimento original dos criadores da constituição,

por ser este o sentido pretendido pela sociedade daquela época. Entendendo que a norma está ultrapassada, deve-se emendar a constituição, mas o juiz não poderá dar outra interpretação.

Assemelha-se a Teoria Subjetiva, pois afirma que o intérprete deve obedecer a vontade do legislador originário, por isso *mens legislatoris.*

- Textualismo – *Mens legis*

Afirma que a interpretação deve ser pautada pelos elementos contidos no texto constitucional.

Corresponde a Teoria Objetiva que busca a vontade da lei, por isso *mens legis*.

O interpretativismo possui como diretrizes a restrição da margem de ação judicial e a promoção da democracia.

9.1.2. Não interpretativismo

Caracteriza-se por uma visão progressista, afirma que cada geração possui o direito de viver a constituição ao seu modo, cabendo ao Poder Judiciário adaptar os valores consagrados aos dias atuais.

O papel do juiz seria desenvolver e atualizar o texto constitucional (verdadeiro protagonista), bem como descobrir os valores consensuais e projetá-los na interpretação constitucional.

9.2. TEORIA DO REFORÇO DA DEMOCRACIA

Desenvolvida por John Hart Ely, é uma teoria bastante citada nas decisões do STF.

Defende que o papel do juiz é promover a proteção de direitos indispensáveis ao bom funcionamento da democracia (por exemplo, direitos políticos) e de grupos em situação de risco, decorrente da insuficiência do processo democrático.

Dentro desta visão, o Poder Judiciário possui a função de desobstruir os canais de mudança política em dois casos:

- Quando os partidos políticos dominantes sufocam canais de mudança para perpetuarem-se no poder.
- Quando for necessária a proteção de direito das minorias. Visões representativas da maioria que sistematicamente colocam as minorias em desvantagens, negando a mesma proteção que é dada a outros grupos.

Tal Teoria afirma, ainda, que a atuação do juiz deve ser semelhante a um árbitro de futebol, no sentido de que o juiz deve agir quando as regras do jogo são violadas para evitar que um dos times leve vantagens indevidas, mas não pode interferir no resultado da partida.

Democracia procedimental: não interessa o conteúdo da decisão, mas, sim, que os canais de mudança estejam sempre abertos para que elas ocorram. Se obstruídos: juiz deve agir para que haja um bom funcionamento da democracia.

9.3. MINIMALISMO (CASS SUNSTEIN)

São decisões voltadas ao estritamente necessário para a resolução de litígios particulares. Ressalta-se que não é uma decisão mal elaborada, mas que deve ser voltada para resolver o caso concreto. O juiz não deve fazer elucubrações teóricas, invocar grandes princípios morais, deve se ater ao estritamente necessário para resolver a controvérsia. É exatamente o contrário do que se ocorre em alguns julgamentos do STF

O minimalismo é marcado pela superficialidade e pela estreiteza.

Segundo Sunstein, os Tribunais devem adotar determinadas posturas:

a) Casos maduros: evitar julgar casos que não estejam maduros (que mereçam maior reflexão na sociedade).

Brasil: filtro da repercussão geral ou admite o recurso, mas o deixa parado. É chamado de "tempo do processo" – julgamento no momento mais oportuno.

b) Evitar declarar opiniões consultivas, pois o juiz não é doutrinador. Por exemplo, se a questão é sobre o aborto de fetos anencéfalos, não cabe discorrer sobre o aborto no primeiro trimestre de gestação.

c) Respeito aos precedentes ("holdings"; "ratio decidendi"): são as razões que levaram o Tribunal a decidir daquela maneira -, mas não, necessariamente, às manifestações pessoais dos julgadores, não determinantes para a decisão do caso concreto ("obter dicta").

d) A decisão deve exercer a "virtude passiva": silêncio em relação às grandes questões cotidianas.

O objetivo do minimalismo é promover a democracia reduzindo a interferência judicial, as questões controversas serão resolvidas na esfera democrática.

Podemos citar as seguintes vantagens do minimalismo:

a) Redução de encargos (número de julgamentos) e dos riscos de erros judiciais.

b) Viabilidade de soluções concretas.

c) Maior flexibilidade para decisões futuras, ou seja, quanto menos temas tratados na decisão maior será a flexibilidade do tribunal para mudar o entendimento sobre futuras decisões.

Ex.: ADI 3510: questionava a Lei de Biossegurança. Voto do relator Ayres Britto trata o direito à vida de forma profunda (decisão maximalista) e cita que "a Constituição só protege o direito da pessoa que nasce viva". Este argumento é perigoso para casos futuros, tendo em vista que o seu argumento, por exemplo, não criminalizaria o aborto em qualquer período da gestação.

9.4. MAXIMALISMO (CASS SUNSTEIN)

São decisões formuladoras de regras gerais para julgamentos futuros e voltadas a fornecer justificativas teoricamente ambiciosas para os resultados. Ou seja, são as decisões em que os juízes desenvolvem grandes teses para justificarem seus votos.

A maior parte das decisões do STF são maximalistas, principalmente as do Ministro Celso de Mello. Bom exemplo encontramos na ADPF 45, sempre utilizada pelo STF em outras decisões, foi uma decisão monocrática de Celso de Mello, em que, apesar da perda de objeto, falou sobre mínimo existencial, reserva do possível, argumentos que não precisavam ser utilizados para decidir.

As principais características do maximalismo são a profundidade e a amplitude das decisões.

Embora Sunstein tenha preferência pelo minimalismo, entende que o maximalismo pode ser uma boa opção para determinadas situações (excepcionais):

a) Funcionamento inadequado do processo democrático;

b) Desconfiança nas demais instituições;

c) Planejamento antecipado.

Por fim, as vantagens do maximalismo são:

- Previsibilidade das decisões.
- Redução de risco de decisões equivocadas em instâncias inferiores.

9.5. PRAGMATISMO JURÍDICO

Possui diversas versões, analisaremos a de Richard Posner (maior jurista já citado no direito norte-americano).

Possui como núcleo central a adjudicação pragmática, segundo a qual a decisão judicial deve visar o resultado mais razoável, levando em consideração as consequências específicas (para o caso concreto) e sistêmicas (para o sistema jurídico).

De acordo com o pragmatismo jurídico, há duas etapas para identificar a norma para a qual o caso concreto se enquadra, vejamos:

1ª) Definição do objetivo da norma, buscada tanto no texto quanto na realidade conformada por ela.

2ª) Escolha do melhor resultado para alcançar o objetivo pretendido pela norma. Não poderá ignorar os debates legislativos.

Em relação à discricionariedade judicial, deve haver limitação, mas não completamente eliminada. Richard Posner salienta que o pragmatismo não é uma máquina de decisões corretas e no mesmo sentido, pois juízos diferentes concedem pesos diferentes para situações semelhantes.

Possui três elementos centrais, vejamos:

- Ênfase nas consequências da decisão: imediatas e futuras/específicas e sistêmicas.

- Razoabilidade: critério final do julgamento pragmático. O juiz deve sopesar as vantagens e desvantagens de uma determinada decisão, a fim de buscar a decisão mais razoável possível.

- Caráter prospectivo: enquanto as teorias formalistas preocupam-se com o passado, ou seja, com "pedigree da norma" (elaborada por órgão competente), o pragmatismo político é voltado para o futuro (prospectivo), busca qual é a melhor decisão a ser dada em relação aos efeitos que aquela decisão trará no futuro. Isso não significa que a norma jurídica ou o precedente não devam ser observados, mas que sua observação deve ser preocupada com o impacto no futuro.

Por fim, embora o pragmatismo político tenha pretensão normativa (dizer como o juiz deve decidir), sua maior importância, talvez, seja descrever como os juízes decidem na prática, parte da realidade do processo decisório (caráter descritivo).

9.6. LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO (RONALD DWORKIN)

Ao tratar da leitura moral, inicialmente, Dworkin, refere-se à relação entre Direito e política, afirmando que direito e política, embora distintos (ao contrário do que sustenta o realismo jurídico norte-americano), não são "mundos" complemente estanques (como pretende a doutrina jurídica tradicional). Para Dworkin, não é possível eliminar por completo as convicções políticas pessoais das decisões judiciais proferidas em casos difíceis. Não existem estratégias interpretativas politicamente neutras.

A leitura moral da constituição é proposta, não para a interpretação de qualquer dispositivo constitucional, mas apenas para *hard cases* (julgamentos de casos difíceis). Em que o julgador deve escolher qual é a "interpretação mais adequada à luz da moral política, da estrutura das instituições e das decisões da comunidade.

Segundo Dworkin, as convicções políticas são indissociáveis da decisão, o julgador não as abandona por completo. Tais convicções não são necessariamente maléficas para a decisão judicial, desde que expostas de maneira clara, aberta e sincera. As convicções pessoais são as responsáveis por decisões com resultados distintos.

Cita-se, como exemplo, o caso das ações afirmativas relativas às cotas nas universidades norte-americanas. O Estado de Michigan elaborou uma lei que proibia a adoção de ações afirmativas pelas universidades públicas. No Tribunal Federal de Apelação a decisão foi 8x7, os que votaram pela inconstitucionalidade foram nomeados por presidentes democratas e os sete juízes que votaram pela constitucionalidade haviam sido nomeados pelos republicanos. Na Suprema Corte a questão se inverteu, acompanhando os valores de cada juiz (maioria era republicano).

Há, obviamente, limites para atuação dos juízes, vejamos:

"Integridade do direito": exige que as normas da comunidade sejam criadas e interpretadas de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça, com equidade na correta proporção. Para que haja essa interpretação, três dimensões precisam ser observadas:

- Principiológica: as decisões judiciais devem ser pautadas por princípios e não por acordos ou diretrizes políticas. São os princípios consagrados na Constituição que devem orientar a interpretação judicial.

- Vertical: respeito aos precedentes e as principais estruturas do arranjo institucional. Ou seja, os juízes de tribunais inferiores, para que haja uma integridade do direito, precisam observar os precedentes dos tribunais superiores.

- Horizontal: o juiz deve conferir, ao princípio aplicado por ele, a devida importância nos casos subsequentes. Não pode decidir uma coisa hoje e amanhã mudar o seu entendimento. Respeito aos próprios precedentes.

Para explicar a integridade do direito, utiliza a metáfora do "romance em cadeia" ("chain novel"). Segundo Dworkin, a construção do direito, a narrativa jurídica, é semelhante a um romance em cadeia. O juiz é como se fosse um dos autores, o qual interpretará o roteiro anterior (precedente) da melhor forma possível, a fim de dar continuidade e consistência àquela história de forma coerente. O mesmo deve ser feito pelo juiz seguinte.

Completude do material jurídico: regras, princípios e diretrizes políticas ("polices"). A decisão não pode ser "ex post factum". O juiz deve se basear no material jurídico pré-existente.

Em relação à discricionariedade judicial, considera inadmissível, tendo em vista que o material jurídico é completo, ainda que não exista norma específica. Afirma, ainda, que para todo caso há apenas uma "única resposta correta", que é aquela cuja teoria pode ser melhor justificada. Segundo Novelino, o problema está em definir para quem é a melhor justificada, eis que as visões são distintas, mesmo dentro do STF.

Juiz Hércules: modelo de jusfilósofo onisciente: jurista dotado de habilidade, conhecimento, paciência e perspicácia sobre-humanos capaz de encontrar as respostas corretas, mesmo para os casos mais difíceis. O próprio Dworkin reconhece que o "juiz Hércules" só existe na ficção.

Por fim, esta teoria é alvo de sérias críticas, eis que considerada uma teoria elitista e, antidemocrática porque os juízes não são eleitos para esta função, a escolha dos valores fundamentais deve ser feita pelos representantes do povo.

PRINCÍPIOS INTERPRETATIVOS (PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS OU POSTULADOS NORMATIVOS)

Inicialmente, destaca-se que os princípios interpretativos se encontram inseridos na hermenêutica constitucional, mas para fins didáticos serão analisados em tópico separado.

Além disso, estes princípios foram contribuições da dogmática alemã, desenvolvidos por Konrad Hesse (método hermenêutico concretizador) e por Friederich Müller (método normativo estruturante).

1. PRINCÍPIO DA UNIDADE

Cabe ao intérprete harmonizar as tensões e as contradições existentes entre normas constitucionais (antagonismo de ideia). Cabe ao intérprete manter a unidade constitucional.

Como o poder constituinte pode elaborar normas que estão em conflito entre si? A Assembleia Constituinte é fruto de diferentes ideologias e não um consenso, por isso acabam surgindo normas constitucionais contraditórias entre si. Por exemplo: proteção ao direito de propriedade e função social da propriedade. (Art. 5º XXI e XXII) como harmonizar estes princípios?

A ideia do princípio da unidade é uma especificação da INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. Assim, como o dispositivo de uma lei não existe isoladamente, ao fazer sua interpretação, deve-se considerar o sistema ao qual pertence. No exemplo acima, há autores afirmando que o direito à propriedade só será garantindo quando esta cumprir sua função social; outros entendem que o direito à propriedade sempre será garantindo, mas quando não cumprir sua função social será limitado.

A obra “Normas Constitucionais Inconstitucionais? ”, de Otto Bachof, citando o alemão Krüger, traz dois importantes apontamentos sobre o assunto, vejamos:

- Há normas que, mesmo sendo feitas pelo PCO, podem ser considerados inconstitucionais ou invalidadas, quando violarem normas de sobredireito, ou seja, normas que estão acima do direito.

Por exemplo, o Tribunal Alemão deixou de aplicar norma constitucional que previa o bloqueio de bens de judeus.

- Há hierarquia de normas, dentro da própria constituição podemos ter normas superiores e normas inferiores, ambas feitas pelo Poder Constituinte Originário. No caso de conflito, a norma inferior poderia ser invalidada.

No Brasil, em duas oportunidades, suscitou-se a hierarquia entre as normas constitucionais. No primeiro caso, quando se tratava do número de parlamentares federais proporcional à população dos Estados (mínimo de sete e máximo de oitenta). No segundo caso, quando houve o ajuizamento da ADI 4097, pelo Partido Socialista Cristão, questionando a constitucionalidade do art. 14, §4º, da CF (inelegibilidade entre os inalistáveis e os analfabetos), por violação aos princípios da não discriminação, do sufrágio universal e da isonomia, normas consideradas superiores. O Relator

(César Peluso), em decisão monocrática, entendeu que o pedido era juridicamente impossível, eis que o STF não poderia declarar a inconstitucionalidade de uma norma feita pelo PCO. Utilizou, como um dos fundamentos de sua decisão, o princípio da unidade, pois não há hierarquia entre as normas da CF, as tensões devem ser harmonizadas pelo intérprete. Inelegibilidade do analfabeto deve ser vista como uma exceção ao sufrágio universal, em razão da impossibilidade de uma pessoa analfabeta ocupar um cargo público.

Barroso:* Por força do princípio da unidade, **inexiste hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível, *in concreto*, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham. **Conceitos como os de ponderação e concordância prática são instrumentos de preservação do princípio da unidade**, também conhecido como princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição.

**Gilmar Mendes:* "A tese da inicial, que defende a viabilidade da declaração da inconstitucionalidade de norma constitucional constante do texto originário, não encontra suporte algum no ordenamento brasileiro, perante o qual a jurisprudência do STF assentou, igualmente, a inadmissibilidade do controle de constitucionalidade de norma constitucional originária, enfatizando que a tese da hierarquia entre normas constitucionais originárias, que dá azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras, é incompatível com o sistema de constituição rígida".

2. PRINCÍPIO DO EFEITO INTEGRADOR

Na solução de problemas jurídicos constitucionais deve ser dada primazia às soluções que favoreçam a **unidade política e social**, por ser a constituição o principal elemento integrador da sociedade. (**Especificação do princípio da unidade**).

Sendo a Constituição o principal elemento de integração da comunidade, quando suas normas são interpretadas, esta é uma finalidade que deve ser buscada pelo intérprete, isto é, fazer com que haja um efeito criador e conservador da unidade política e social.

3. PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA (OU HARMONIZAÇÃO)

Impõe ao intérprete o dever de coordenar e combinar bens jurídicos em colisão, realizando a redução proporcional de cada um deles. O intérprete deve fazer uma concordância prática de cada um deles (direitos fundamentais) reduzindo proporcionalmente o âmbito de atuação de cada um deles para que ambos sejam aplicados em conjunto.

Pode se confundir com o da unidade, mas há diferença. O princípio da unidade é utilizado quando há um conflito **abstrato** de normas. Para a utilização do princípio da concordância prática não há conflito abstrato, mas sim colisão no **caso concreto**.

Exemplo1: liberdade de informação versus direito à privacidade, abstratamente não há conflito, mas concretamente pode ter, como no caso dos paparazzi.

Exemplo2: CF/88 consagra, de um lado, as liberdades de reunião, de associação e de manifestação do pensamento. De outro, a liberdade de locomoção. Diante disso, seria razoável que

um grupo de manifestantes, na sexta-feira, às 18h, fechasse completamente a Av. Paulista, para realizar uma manifestação? Embora eles possuam o direito de manifestação e de reunião, tais direitos não são absolutos, pois encontram limites em outros direitos que a Constituição, igualmente, consagra, a exemplo da liberdade de locomoção. Concordância prática a ser operada: permitir a manifestação limitando a ocupação a apenas uma das vias.

Robert Alexy: o princípio da concordância prática é equivalente ao seu modelo de sopesamento de princípios.

4. PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE (CONVIVÊNCIA DAS LIBERDADES PÚBLICAS)

Parte da presunção que não existem princípios absolutos, pois todos encontram limites em outros princípios também consagrados na constituição. Para que as liberdades possam conviver, elas não podem ser absolutas, devem encontrar óbices.

Há quem defenda Princípio da Dignidade Humana como absoluto. Porém, na ADPF 54, (discussão quanto ao aborto de portadores de anencefalia), prevaleceu a possibilidade da expulsão do feto se constada a enfermidade (ver adiante). Argumentos: Não há Crime (dignidade da pessoa humana da mãe) x Crime (dignidade da pessoa humana do feto).

Para que os princípios possam CEDER em relação uns aos outros, para ter a CEDÊNCIA RECÍPROCA, os princípios devem ser relativos. Se forem absolutos, nenhum cederá então não haverá a harmonização, há princípios que são mais valorativos, que outros, mas não há princípio absoluto.

Cuidado: ainda que a doutrina e jurisprudência digam hipóteses de princípios absolutos, na verdade são regras, que são aplicadas na medida exata do que prescrevem, o que dá a impressão de que são absolutas. Exemplo: proibição de extradição de brasileiro nato, proibição da tortura, trabalho escravo.

5. PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA (Hesse)

5.1. CONCEITO

Na interpretação da Constituição o intérprete deve dar preferência às soluções que, densificando as suas normas, tornem-nas mais **eficazes** e **permanentes**, proporcionando-lhes uma força otimizadora.

Na solução dos conflitos deve-se conferir máxima concretização às normas constitucionais.

Funciona mais como um apelo ao intérprete do que como uma forma, propriamente dita, de interpretação da Constituição.

5.2. REFLEXOS

5.2.1. "Efeito transcendente" dos motivos determinantes (fundamentação)

O argumento é a força normativa da constituição.

5.2.2. Objetivação do controle difuso (processo subjetivo)

O STF é guardião da constituição, portanto, a última palavra no que tange à interpretação é sua. **Interpretações divergentes enfraquecem a força normativa da CF**. Logo, mesmo que uma decisão judicial tenha transitado em julgado, caso adote uma interpretação diferente da feita pelo STF, poderá ser relativizada.

5.2.3. Relativização da Coisa Julgada

Importante destacar alguns aspectos relativos a este reflexo, vejamos:

1º) O STF só admite a relativização da CJ por meio de ação rescisória, dentro do período de dois anos, salvo nos casos de inexigibilidade de título judicial.

2º) A Súmula 343 do STF refere-se à interpretação de lei, por isso continua válida. Note que o STF se utilizou da distinção entre duas situações (*distinguishing*), pois havendo divergência entre interpretação da CF será possível, em regra, a ação rescisória.

> *Súmula 343/STF: "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais".*

3º) O STF, recentemente, fez uma diferenciação entre três tipos de situações, vejamos:

a) Juiz decide contrariamente a um precedente do STF: caberá ação rescisória.

b) Juiz decide e não há manifestação do STF sobre o tema, posteriormente, o Supremo decide de forma contrária ao entendimento do juiz: caberá ação rescisória.

c) Não há consenso entre as Turmas do STF (1ªT entende "A" e a 2ªT entende "B"), juiz decide conforme o entendimento da 1ªT. Posteriormente, o Plenário adota o entendimento que prevalecia na 2ª T: NÃO cabe ação rescisória.

> *STF - AR 2.422/DF: [...] uma alteração posterior de jurisprudência pelo Supremo Tribunal Federal (STF) não legitima o pedido rescisório, notadamente em razão de, à época de sua prolação, a interpretação sobre o tema ser controvertida no próprio Tribunal. Em consonância com o instituto da prospective overruling, a mudança jurisprudencial deve ter eficácia ex nunc, porque, do contrário, surpreende quem obedecia à jurisprudência daquele momento. Ao lado do prestígio do precedente, há o prestígio da segurança jurídica, princípio segundo o qual a jurisprudência não pode causar uma surpresa ao jurisdicionado a partir de modificação do panorama jurídico.*

d) Juiz decide no mesmo sentido de um precedente do STF, posteriormente, o Supremo modifica o seu entendimento: NÃO caberá ação rescisória.

STF - RE 590.809: "Não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente".

Observação: conflito de princípios: segurança jurídica x justiça formal e isonomia – realização da concordância prática.

O CPC/15 trouxe dois dispositivos bem semelhantes, um para particular e outro para Fazenda Pública, tratando o tema da inexigibilidade de um título judicial formado por um entendimento contrário ao adotado pelo STF, consagrando o princípio da força normativa da Constituição.

CPC, art. 525, § 12º: Para efeito do disposto no inciso III do § 1o deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Segundo Novelino, o problema encontra-se no §15 do art. 525 e §8º do art. 535 (Fazenda Pública), pois afirma que se a decisão do STF, que fixou o entendimento, for dada após a decisão que se quer rescindir, caberá ação rescisória, mas o prazo será contato a partir do transito em julgado da decisão proferida pelo STF. Perceba que a interpretação literal do dispositivo causa uma grande insegurança jurídica, já que uma decisão transitada em julgado hoje, poderia ser rescindida após décadas (decisão do STF). A harmonização entre a segurança jurídica, a justiça formal e isonomia não subsistiria: justiça formal e isonomia em detrimento da segurança jurídica. Por isso, o dispositivo deverá ser interpretado conforme a Constituição ou será declarado inconstitucional.

§ 15º: Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

6. PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE (EFICIÊNCIA OU INTERPRETAÇÃO EFETIVA)

6.1. CONCEITO

Conhecido também como **princípio da eficiência** ou **princípio da interpretação efetiva,** impõe que na interpretação das normas constitucionais se atribua o sentido que lhes empreste a maior efetividade possível, significa a realização do direito, "o **desempenho concreto de sua FUNÇÃO SOCIAL".**

Diferença para o princípio da força normativa: o Princípio da Máxima Efetividade seria utilizado apenas para interpretação dos DIREITOS FUNDAMENTAIS. (Art. 5º, § 1º da CF).

Art. 5º 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 à propriedade, nos termos seguintes:
§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

6.2. DIFERENÇA ENTRE AS CATEGORIAS DE NORMAS

É importante fazer a distinção entre validade, vigência e eficácia da norma. Antes, ressalta-se que existente é a norma produzida por uma autoridade aparentemente competente. Desta forma, se a lei foi feita pelo CN, ela existe, mesmo que seja declarada inconstitucional, posteriormente.

A promulgação é o atestado que a norma existe.

6.2.1. Validade

Analisa-se se a norma foi produzida de **acordo com seu fundamento**, ou seja, de acordo com a **norma superior a ela**. Trata-se de uma relação de conformidade entre a norma inferior e a norma superior, tanto em seu aspecto formal quanto em seu aspecto material. Se assim o for, ela, a princípio, é **VÁLIDA**.

Prima facie, toda norma é válida até que seja declarada sua inconstitucionalidade, por conta da presunção de constitucionalidade das leis.

6.2.2. Vigência

Ocorre quando da publicação da norma, observada a *vacatio legis* da lei de introdução. Esta vigência pode ocorrer com a publicação, ou ocorrer em

um período entre a publicação e vigência, é o “vacatio legis”. Quanto maior a complexidade da lei, maior é a vacatio legis.

Depois da vigência vem a *eficácia*.

6.2.3. Eficácia (eficácia jurídica)

É a aptidão (capacidade) da norma para produzir os efeitos que lhe são próprios. Divide-se em:

- Eficácia positiva: aptidão da norma para ser aplicada diretamente ao caso concreto, sem a intervenção do legislador. Por exemplo, a idade mínima de 35 anos para ser Senador.
- Eficácia negativa: aptidão para obstaculizar ou invalidar normas que lhe são contrárias, dependerá da intervenção do legislador. Por exemplo, o direito de greve do servidor público.

Toda norma constitucional possui eficácia negativa, mas nem todas possuem eficácia positiva.

6.2.4. Efetividade (eficácia social)

É o efetivo cumprimento da função social para o qual a norma foi criada. Assim, norma efetiva é aquela que foi criada para determinado fim e que consegue alcançá-lo, cumprindo sua função social.

Às vezes pode-se ter uma norma que tem eficácia, mas não tem efetividade.

**Dirley da Cunha Jr*: a eficácia jurídica, que interessa ao Direito, indica a possibilidade de aplicação da norma. A eficácia social, que interessa à Sociologia, mas também ao direito em certo sentido, indica a sua efetiva aplicação. Isso quer dizer que toda norma é dotada de eficácia jurídica, mas nem toda é provida de eficácia social. A eficácia jurídica é condição da eficácia social.

Segundo a teoria Tridimensional, o aspecto fático do Direito, ou seja, sua materialização no mundo dos fatos, corresponde à sua eficácia social, pois "a vigência se refere à norma; a eficácia se reporta ao fato, e o fundamento expressa sempre a exigência de um valor."

6.3. CONSIDERAÇÕES FINAIS QUANTO À MÁXIMA EFETIVIDADE

***Barroso**: Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. **Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social**.

***Canotilho**: é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA) é hoje, sobretudo invocado no âmbito dos DF (no caso de dúvida prefere-se a interpretação que reconheça a maior eficácia aos DF).

Remédios constitucionais (*habeas corpus*, *habeas data*): visam garantir efetividade aos direitos fundamentais.

7. PRINCÍPIO DA CONFORMIDADE FUNCIONAL (OU DA 'JUSTEZA' – CANOTILHO)

Para Canotilho, tem por finalidade, impedir que os órgãos encarregados da interpretação constitucional cheguem a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório funcional estabelecido pela constituição.

Os órgãos que vão interpretar a constituição devem agir com justeza, ajustar às funções que a constituição estabeleceu, não podem subverter essa organização funcional.

Exemplo: entendimento do STF que violaria o princípio da conformidade funcional - Art. 52, inc. X da CF.

> *Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:*
> *X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;*

Esta decisão é em controle difuso. Assim, como se sabe, decisões em controle difuso de constitucionalidade têm efeitos *inter partes* (ao contrário das decisões em controle concentrado, que têm efeitos erga omnes), no entanto, quando Eros Grau e Gilmar Mendes dizem que o papel do Senado é de apenas dar publicidade a essa decisão do STF (o STF não dependeria do Senado para dar efeitos erga omnes em controle difuso), sugerem uma "mutação constitucional" de forma a subverter a conformidade funcional dada pela CF no que diz respeito ao controle difuso.

Ressalta-se que, embora a maioria dos Ministros nunca tenha aderido aos argumentos do Ministro Gilmar Mendes, os efeitos do controle incidental e controle abstrato foram equiparados. Nas ADI's 3406 e 3470, o STF entendeu que no controle difuso a decisão também deveria ter efeitos *erga omnes* e vinculante, como ocorre no controle concentrado abstrato. Ficando esvaziado, portanto, o papel do Senado.

Obs.: A maioria dos Ministros entendeu que há efeito *erga omnes* e vinculante. Contudo, em relação à mutação do papel do Senado (embora seu papel tenha ficado esvaziado), apenas Gilmar Mendes e Celso de Melo manifestaram-se expressamente a respeito.

> *STF – ADI's 3.406 e 3.470: A partir da manifestação do ministro Gilmar Mendes, o Colegiado entendeu ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental. O ministro Gilmar Mendes observou que o art. 535 do Código de Processo Civil reforça esse entendimento (...) Asseverou se estar fazendo uma releitura do disposto no art. 52, X, da CF, no sentido de que a Corte comunica ao Senado a decisão de declaração de inconstitucionalidade, para que ele faça a publicação, intensifique a publicidade. O ministro Celso de Mello considerou se estar diante de verdadeira mutação constitucional que expande os poderes do STF em tema de jurisdição constitucional.*

Por fim, boa parte da doutrina critica a mutação constitucional sustentada pelo Ministro Gilmar Mendes, afirmando que violaria o Princípio da Justeza, já que o STF estaria exorbitando os limites constitucionalmente estabelecido para o exercício da sua função. Em outras palavras, estaria perturbando o esquema organizatório funcional estabelecido pela Constituição, já que haveria uma invasão de competência atribuída a um órgão legislativo (Senado Federal).

Em suma, para parte da doutrina, tal mutação seria inconstitucional, não podendo ser admitida como legítima.

PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO

1. TESES

1.1. TESE DA EFICÁCIA IDÊNTICA AOS DEMAIS PRECEITOS

O preâmbulo teria a mesma normatividade, o mesmo caráter vinculante que os demais dispositivos da CF. Entendem que poderia ser parâmetro para o controle de constitucionalidade.

Não é a tese encampada pelo STF.

1.2. TESE DA RELEVÂNCIA JURÍDICA ESPECÍFICA OU INDIRETA

O preâmbulo participa das características jurídicas da constituição, mas não se confunde com seu articulado.

Também não é adotado pelo STF.

1.3. TESE DA IRRELEVÂNCIA JURÍDICA DO PREÂMBULO

Segundo este posicionamento, o preâmbulo não pertence ao direito, pertence à história ou à política. **STF** adotou.

Exemplo: Estado do Acre. Único estado que não coloca "promulgamos sobre a proteção de Deus" no preâmbulo de sua Constituição Estadual. Foi ajuizada uma ADI – dizendo que o preâmbulo da CF brasileira era de observação obrigatória e que a CE do Acre estaria violando esta norma, portanto inconstitucional. O STF entendeu que o preâmbulo não é norma de observação obrigatória, não tem caráter normativo, não é vinculante.

OBS: Não possuindo caráter normativo, pode servir como parâmetro para o controle de constitucionalidade? NÃO serve como parâmetro para o controle de constitucionalidade.

Importância do preâmbulo: DIRETRIZ HERMENÊUTICA, diretriz interpretativa.

Quando a CF fala que são os valores supremos, é uma importante diretriz hermenêutica para interpretarmos a constituição, são os fins que a CF busca alcançar, devemos interpretar a CF de acordo com esses fins.

Hermenêutica: Método científico-espiritual (valor) – buscar o espírito da lei.

Para Novelino, portanto, não deveria ser considerado IRRELEVANTE o preâmbulo (eis que tem importância para interpretação).

NORMAS CONSTITUCIONAIS

1. ESPÉCIES NORMATIVAS

Inicialmente, ressalta-se que a doutrina clássica distinguia normas de princípios, pois estes não eram vistos como uma espécie de norma jurídica (gênero). Eram apenas conselhos, não eram vinculantes. Por outro lado, as normas eram vistas como comandos que, obrigatoriamente, deveriam ser seguidos.

Atualmente, em razão da distinção contemporânea feita por Ronald Dworkin e Robert Alexy, as normas jurídicas possuem duas espécies: princípios e regras. Portanto, os princípios são normas vinculantes e obrigatórias.

1.1. PRINCÍPIOS

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (visão clássica), o princípio é "*um mandamento nuclear do sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-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 confere a tônica e lhe dá sentindo humano*".

Pela definição acima (clássica), percebe-se que princípios e normas se diferenciam pelo caráter fundamental dos princípios, considerados a base do ordenamento jurídico. Tanto que para CABM, a violação de um princípio é pior do que a violação de uma norma.

Por outro lado, a doutrina contemporânea define princípios como:

HUMBERTO ÁVILA – são normas que estabelecem fins a serem buscados, relaciona-se à natureza dos princípios. Por exemplo, art. 3º da CF consagra fins e objetivos a serem alcançados.

HAGE e PECZENIK – são normas que fornecem "razões contributivas" para a decisão. Ou seja, aquilo que está contido em um conteúdo de um princípio não é determinante para decisão, apenas contribuem para a decisão, pois deverá ser feita a análise de um conjunto de princípios e não de um isoladamente. Por exemplo, a CF consagra a inviolabilidade da vida privada, garantindo a indenização quando houver uma violação. Contudo, há casos em que a intimidade, a vida privada, a imagem de alguém pode ser afetada e será considerada legítima. Desta forma, na análise do caso concreto o juiz deve levar em consideração a vida privada, mas também considerar outros princípios, a exemplo da segurança jurídica, liberdade de expressão. Haverá a ponderação de princípios.

OBS.: De toda ponderação de princípios surge uma regra.

RONALD DWORKIN - princípios são normas que trazem em si uma "exigência de justiça, de equidade ou alguma outra dimensão de moralidade". Ou seja, são os valores político-morais acolhidos por uma comunidade dentro de um determinado momento histórico. Não admite ponderação de princípios, aquilo que o princípio prevê deve ser aplicado de forma definitiva.

ROBERT ALEXY – normas que ordenem que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existente. Princípio é um mandamento de otimização. Assim, a honra, a intimidade e a vida privada deve ser protegida na maior medida possível, considerando as outras normas que tratam sobre o assunto. Por exemplo, a liberdade de informação e o direito à privacidade, dois princípios consagrados na CF, corriqueiramente entram em colisão, para definir qual irá prevalecer, deve-se fazer uma ponderação, analisando inúmeros aspectos do caso concreto.

Por sua grande importância, no ordenamento jurídico brasileiro, trataremos de alguns aspectos da Teoria de Robert Alexy, vejamos:

a) **Mandamentos de otimização** (*prima facie*) – o princípio contém mandamento provisório, ou seja, um mandamento que poderá ou não ser definitivamente imposto;

b) **Lógica do "mais ou menos"** – a aplicação de um princípio não ocorre em uma medida exata, poderá ocorrer, dependendo do caso concreto, sua aplicação em maior ou menor intensidade;

c) **Peso relativo** – o peso de um princípio sempre irá depender das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas. Por exemplo, há casos em que a intimidade irá prevalecer sobre a liberdade e em outros ocorrerá o inverso.

d) **Ponderação** – analisa-se o peso de cada princípio no caso concreto, verificando qual dos princípios possui um peso relativo maior, determinando qual deverá prevalecer no caso concreto ou, até mesmo, aplicando os dois.

Para visualizar o aspecto *prima facie* dos princípios, indaga-se: o grafiteiro pode usar um monumento público para expor sua arte (pichar um prédio público)? A CF, em seu art. 5º, IX, consagra a livre expressão da liberdade artística, independentemente de censura, assim, *prima facie*, seria possível. Porém, para analisar se irá prevalecer, outros princípios devem ser analisados. Não pode, por exemplo, grafitar em propriedades privadas (CF garante o direito à propriedade). Igualmente, a CF garante o direito à cidade (bem-estar dos habitantes), não podendo ser feita em monumentos urbanos (há, inclusive, regra proibindo).

1.2. REGRAS

Analisaremos a definição de regras com base na visão dos autores citados acima, exceto Celso Antônio Bandeira de Mello (visão clássica).

HUMBERTO ÁVILA – são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder, relacionado à natureza do comportamento prescrito. Por exemplo, idade mínima de 35 anos para o cargo de Senador.

HAGE e PECZENIK – são normas que fornecem razões definitivas para a decisão. Ou seja, já determinam o resultado a ser alcançado. Assim, no caso da idade mínima para Senador não há nenhuma ponderação a ser feita.

ROBERT ALEXY – são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Ou seja, se aconteceu a hipótese prevista pela regra, ela deve ser aplicada, a não ser que seja uma regra inválida ou que exista exceção prescrita.

Por sua grande importância, no ordenamento jurídico brasileiro, trataremos de alguns aspectos da Teoria de Robert Alexy, vejamos:

a) **Mandamentos definitivos** (medida exata) – as regras devem ser compridas na medida exata de suas prescrições.

b) **Lógica do "tudo ou nada"** (Ronald Dworkin) – ocorrendo a hipótese prevista na regra, sendo esta válida, deve ser aplicada para a resolução do caso concreto;

c) **Subsunção** – procedimento que descreve como a regra é aplicada ao caso concreto. Parte-se da premissa maior (regra) para a premissa menor (fato previsto), chegando-se à subsunção lógica (aplicação da regra ao fato).

Obs.: Para se chegar à regra é necessário interpretar, por isso nem sempre será um procedimento simples.

1.2.1. Derrotabilidade ou superabilidade de regras

São os casos em que, mesmo uma regra sendo válida, deixará de ser aplicada, podendo ser superada por outros princípios envolvidos.

O afastamento de uma regra válida poderá ocorrer em três situações excepcionais, vejamos:

a) **Inconstitucionalidade em concreto** (Min. Barroso usa em suas obras e em algumas decisões já fez referência) – uma regra pode ser válida, mas em um caso concreto, para uma situação específica, é considera inconstitucional, por violar algum princípio. Por isso, não poderá ser aplica.

O Min. Sepúlveda Pertence considerou a inconstitucionalidade em concreto da regra que vedava a concessão de medida liminar em face da Fazenda Pública. Entendeu que é constitucional, mas que em determinadas situações não poderá ser aplicada, pois haverá inconstitucionalidade em concreto.

> *STF - ADI 223 MC/DF: a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, **em cada caso concreto**, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional.*

b) **Manifesta injustiça** – utiliza-se a Fórmula de Radbruch, segundo a qual o direito extremamente injusto não é direito. Assim, havendo uma manifesta injustiça na aplicação da regra, no caso concreto, poderá ser afastada.

c) **Situações excepcionalíssimas e imprevisíveis** – casos não previstos pelo legislador. Cita-se, como exemplo, a hipótese de o regulamento da CBF prever que o Clube que não se apresentasse ficaria excluído por 10 anos do futebol. Contudo, no caso do acidente com o time da Chapecoense não seria razoável aplicar tal regra, tendo em vista

se tratar de uma situação excepcional, a qual não poderia ter sido prevista pelo legislador.

Foi o que ocorreu com a EC 107/2020, que alterou a data das eleições municipais em virtude da pandemia do Covid-19, previu expressamente que "não se aplica o art. 16 da CF ao disposto nesta emeda". Perceba que, em regra, uma emenda constitucional não pode excepcionar uma cláusula pétrea. Contudo, a EC 107/2020 foi editada em razão de uma situação excepcional, justificando a **derrotabilidade ou superabilidade das regras**.

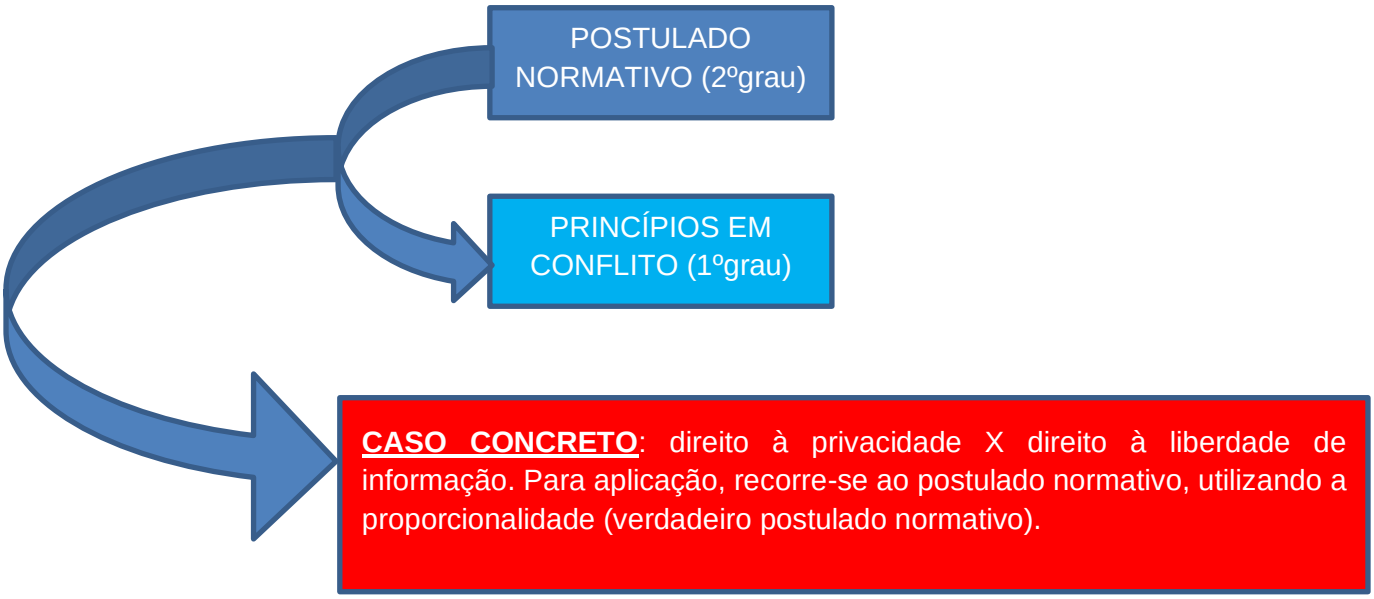
Além disso, há na derrotabilidade uma ponderação entre os princípios subjacentes: Princípio da Justiça + Princípios que justificam o afastamento da regra X Princípio da Segurança Jurídica + Princípios subjacentes à regra que será afastada.

Em suma: a Derrotabilidade é a não aplicação de regras válidas ante a circunstâncias específicas do caso concreto.

1.3. POSTULADOS NORMATIVOS

HUMBERTO ÁVILA – são deveres de segundo grau que, situados no âmbito das metanormas, estabelecem a estrutura de aplicação e prescrevem modos de raciocínio e argumentação no tocante as normas.

Ressalta-se que o postulado normativo não é uma norma, mas sim uma metanormas. Ou seja, trata-se uma norma que trata da aplicação de uma outra norma, não prevê o resultado do caso concreto, mas estabelece a estrutura de aplicação das normas de primeiro grau.



2. CLASSIFICAÇÃO QUANTO À EFICÁCIA

Analisaremos a classificação de José Afonso da Silva (JAS), inicialmente.

2.1. NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA PLENA

São as normas que possuem aplicabilidade direta, imediata e integral.

Segundo Novelino, o problema da classificação de JAS é que ele afirma que não poderá haver restrição, mas a norma de eficácia plena poderá ser regulamentada. Contudo, nem sempre é possível diferenciar restrição de regulamentação, até porque toda vez que algo é regulamentado, certas coisas ficarão de fora, de certa maneira haveria uma restrição.

2.1.1. Aplicabilidade direta

É a norma que não depende de nenhuma outra vontade (por exemplo, do legislador) para ser aplicada ao caso concreto.

Cita-se, como exemplo, as normas que tratam de imunidades dos parlamentares. Serão aplicadas diretamente, não precisam de uma lei para complementar o seu comando.

2.1.2. Aplicabilidade imediata

A norma não depende de nenhuma condição para ser aplicada.

Por exemplo, uma condição temporal como ocorre com o art. 34 do ADCT, que previu a entrada em vigor do novo sistema tributário após cinco meses da promulgação da CF.

2.1.3. Aplicabilidade integral

Não se admite restrição. Desta forma, são normas que deverão ser aplicadas na sua integralidade, sem que o legislador a restrinja.

Não poderia, por exemplo, o legislador criar normas para restringir as imunidades dos parlamentares, seria inconstitucional.

2.2. NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA CONTIDA (REDUTÍVEL OU RESTRINGÍVEL)

São as normas que possuem uma aplicabilidade direta (igual ao item 2.1.1), imediata (igual ao item 2.1.2), mas, **possivelmente**, não será integral.

Por isso, Maria Helena Diniz e Michel Temer denominam de norma de eficácia redutível ou restringível.

Cita-se, como exemplo, o art. 5º, XIII da CF que trata sobre o exercício das profissões. Inicialmente, é uma norma de eficácia plena, ou seja, enquanto não houver lei especificando as qualidades profissionais será livre o exercício de qualquer profissão.

> *Art. 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão* **(até aqui, trata-se de norma de eficácia plena)**, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;*

O Estatuto da OAB regulamenta o exercício da profissão de Advogado, sendo necessário, além da conclusão do curso de Direito, a aprovação no Exame de Ordem. Questionou-se tal exigência no STF, que entendeu ser uma norma constitucional, atendendo a prescrição contida no art. 5º, XIII da CF.

2.3. NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA

São totalmente antagônicas as duas anteriores, pois possuem aplicabilidade indireta (dependem de outra vontade), mediata (dependem de condição) para serem aplicadas ao caso concreto.

Segundo Novelino, é como se fosse necessária uma "ponte" para que sejam aplicadas ao caso concreto.

O art. 34 do ADCT previu que o Sistema Tributário Nacional só seria aplicado após cinco meses, tratava-se de uma condição temporal. Igualmente, o direito de greve, previsto no art. 37, VII, depende de lei específica. Conforme entendimento do STF, a lei específica não tem a intenção de restringir o direito de greve, mas é uma lei necessária para definir tal direito, sem esta lei o direito de greve não pode ser exercido, pois se trata de exigência da própria CF, depende de vontade do legislador.

> *Art. 5º, VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;*

Como até hoje não há lei específica, o STF acabou suprindo a vontade do legislador, estabelecendo os requisitos para que o direito de greve fosse exercido, via mandado de injunção.

As normas de eficácia limitada dividem-se em duas espécies: normas de princípio institutivo e normas de princípios programáticos.

2.3.1. Normas de princípios institutivo

Também conhecida como norma de princípio organizatório. São aquelas que dependem de um ato intermediador legislativo, para dar forma ou estrutura a instituições previstas por ela. Ela determina a criação de um órgão, instituição, pessoa jurídica, mas não estabelece a forma, deixa para que a lei a faça.

EX: art. 102, §1º – ADPF. Prevê que a arguição de descumprimento de preceito fundamental será processada e julgada pelo STF na forma da lei. Antes da lei estabelecer a estrutura da ADPF, alguém poderia ajuizar uma ADPF? Não, apenas após o advento da Lei 9.882/99 passou a ser possível o ajuizamento.

> *§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.*

As institutivas podem ser:

- Impositivas: impõe obrigação. Exemplo: ADPF.
- Facultativas: impõe faculdade. Exemplo: art. 154.

> ***Art. 154.*** *A União* ***poderá*** *instituir:*
> *I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;* ***(impostos residuais da união)***

Não *gera uma omissão inconstitucional (não cabe MI nem ADI por omissão)* se não fizer, pois é uma norma facultativa.

2.3.2. Normas de princípio programático

São aquelas que estabelecem diretrizes ou programas de ação a serem implementados pelos poderes públicos. É uma norma de resultado.

Diz qual fim deve buscar e não qual meio.

Exemplo: Art. 3º CF – objetivos fundamentais da República, prevê quais são, mas não quais meio para se chegar neles.

> *Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*
> *I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;*
> *II - garantir o desenvolvimento nacional;*
> *III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;*
> *IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

É utilizada em dois casos:

- Para se adiar uma decisão para o futuro, quando não há consenso se joga a decisão para frente.

- Constitucionalização ÁLIBI (é um dos tipos de constituição simbólica): muitas vezes um direito é consagrado na constituição apenas para demonstrar uma identidade de valores entre o constituinte e a sociedade, mas sem a intenção de implementá-los na prática. É uma satisfação para a sociedade, de mostrar uma identidade.

2.4. OUTRAS ESPÉCIES

2.4.1. Normas constitucionais de eficácia absoluta ou supereficazes

É a classificação de Maria Helena Diniz.

São normas que não podem sofrer restrição nem por lei nem por emenda constitucional. Diferencia-se da norma de eficácia plena, pois pode ter sua aplicabilidade integral restringida por emenda constitucional.

São exemplos: as cláusulas pétreas. Desta forma, por exemplo, o art. 14 da CF não pode ser restringido nem por lei e nem por emenda constitucional.

2.4.2. Normas constitucional de eficácia exaurível e de eficácia exaurida

É a classificação de Bulos.

A norma de eficácia exaurível é aquela que terá sua eficácia extinta após ser aplicada a um caso concreto. Ex.: art. 3º do ADCT antes da revisão.

> *Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.*

3. FENÔMENOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL INTERTEMPORAL

3.1. DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO

A Teoria da Desconstitucionalização entende que com o surgimento de uma nova constituição, duas situações distintas ocorrem com as normas constitucionais anteriores, quais sejam:

a) A constituição propriamente dita fica inteiramente revogada;

b) As leis constitucionais, cujo conteúdo for compatível com a nova ordem constitucional, são recepcionadas como normas infraconstitucionais, por isso o nome desconstitucionalização.

Foi desenvolvida por Esmein, baseado na teoria de Carl Schmitt, que defende a concepção política de constituição, fazendo uma diferença entre constituição propriamente dita (apenas aquilo que decorre de uma decisão política fundamental – quais direitos fundamentais serão consagrados, forma de estado e a competência dos poderes) e leis constitucionais (todo o restante).

Por exemplo, art. 242, § 2º, CF – o colégio Pedro II será mantido na órbita federal – está previsto na constituição, mas é apenas uma lei constitucional, sendo uma norma formalmente constitucional (possui a forma de uma norma constitucional, pois está inserido na CF, mas não possui o conteúdo de uma norma constitucional). Havendo uma nova constituição, será recepcionado como uma norma infraconstitucional, havendo uma desconstitucionalização.

A maioria da doutrina não admite, salvo se houver previsão expressa no texto constitucional.

O art. 147 da CE/SP, de 1967, trouxe expressamente a Teoria da Desconstitucionalização.

A CF/88 não trouxe previsão, adotou a revogação por normação geral. Ou seja, revogou inteiramente a constituição anterior.

3.2. RECEPÇÃO

Esta teoria trata da relação entre uma constituição nova e as normas infraconstitucionais anteriores. Surgindo uma nova constituição as leis infraconstitucionais, serão:

a) Recepcionadas, desde que materialmente compatíveis;

b) Não recepcionadas (revogadas para alguns), desde que sejam materialmente incompatíveis.

A incompatibilidade formal superveniente, em regra, não impede a recepção, mas faz com que o ato adquira uma nova roupagem, um novo status, a exemplo do que ocorreu com o CTN, sua alteração só poderá ser feita por lei complementar.

Quando a norma possui uma competência nova estabelecida pela CF, não poderá haver recepção. Por exemplo, a CF determina a competência dos Estados para tratar sobre gás canalizado. Havendo nova CF que determina a competência da União, não poderá haver recepção, pois a União teria que recepcionar 27 leis (de cada Estado). Contudo, admite-se o inverso, ou seja, a competência era da União e passou para os Estados (poderão recepcionar).

Em suma, o ente federativo menor pode recepcionar uma lei do ente maior. Mas o ente maior não poderá recepcionar uma lei do ente menor.

Ressalta-se que há a possibilidade de recepção material de normas constitucionais, ocorrendo quando a nova Constituição, expressamente, prevê que irá recepcionar normas da Constituição anterior com caráter de norma constitucional, a exemplo do que ocorreu com o Sistema Tributário Nacional (art. 34 do ADCT).

3.3. CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE

Trata-se de norma que nasceu inconstitucional, mas é constitucionaliza por uma emenda ou pelo advento de uma constituição posterior. É uma teoria que se baseia na mudança de parâmetro.

O direito brasileiro admite a constitucionalidade superveniente? Para responder a esta indagação é necessário saber qual teoria adotou-se aqui: ATO ANULÁVEL (Kelsen) ou ATO NULO (EUA).

De acordo com Kelsen, a lei inconstitucional é um ato anulável, ou seja, depende de uma decisão judicial para ser inconstitucional. A decisão possui um caráter constitutivo. Assim, com a mudança de parâmetro, é possível a constitucionalização superveniente.

Para a teoria do ato nulo, a lei já nasce morta, a decisão judicial apenas declara a inconstitucionalidade.

O STF não admite a constitucionalidade superveniente, uma vez que uma lei inconstitucional é um ato nulo (ADI 2.158 e ADI 2.189).

3.4. EFEITO REPRISTINATÓRIO TÁCITO

Ressalta-se que há quem trata repristinação tácita como sinônimo de efeito repristinatório tácito, mas, aqui, faremos distinção.

REPRISTINAÇÃO – é o fenômeno pelo qual se reestabelece uma condição anterior.

EFEITO REPRISTINATÓRIO TÁCITO – é a restauração automática da vigência de uma norma aparentemente revogada.

REPRISTINAÇÃO TÁCITA – é restauração automática da vigência de uma norma efetivamente revogada.

Obs.: Há provas que usam como sinônimos, mas algumas fazem distinção. Atentar-se para o que a questão está pedindo.

A repristinação tácita é vedada tanto em âmbito infraconstitucional (art. 2º, §3º da LINDB) quanto constitucional. Admite-se a repristinação expressa.

> *Art. 2º, § 3º Salvo disposição em contrário, a lei* revogada *não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.*

Editou-se uma lei A, posteriormente, uma lei B revoga a lei A e, após, uma lei C revoga a lei B. Com a revogação da lei B, a lei A não volta a ter vigência, salvo se a lei C determinar expressamente que é admitida a repristinação.

Igualmente, a repristinação tácita não é admitida no âmbito constitucional, em razão dos princípios da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais.

Contudo, há possibilidade de admitir-se o efeito repristinatório tácito, vejamos:

- Lei 9.868/99, art. 11, § 2º

> *Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.*
> *§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.*
> *§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.*

Neste caso, há uma Lei A que é revogada por uma Lei B, está é suspensa em uma decisão do STF proferida em uma ADI, através de medida cautelar. Aqui, a Lei A automaticamente restaura a sua eficácia, salvo previsão expressa em sentido contrário. É tácito, pois a decisão do STF não menciona o efeito repristinatório.

No caso de decisão de mérito, a ideia é basicamente a mesma. Lei A é revogada por uma Lei B, esta é objeto de ADI, sendo declarada inconstitucional em uma decisão de mérito. Como a natureza do ato inconstitucional é de um ato nulo, significa que já nasceu com vício de origem,

portanto, não poderia ter revogado a lei A que volta a produzir efeitos novamente. Apenas, quando houver modulação temporal dos efeitos, não se aplica.

Em suma, toda vez que o STF der uma decisão de mérito, em controle abstrato, declarando uma lei inconstitucional, não havendo modulação de efeitos (efeito *ex nunc* ou prospectivo), a inconstitucionalidade será desde a origem da lei, terá efeito retroativos (*ex tunc*), assim não poderia ter revogado uma lei válida, que voltará a produzir efeitos.

É tema recorrente em concursos.

3.5. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Conforme visto, quando analisamos o Poder Constituinte, a reforma da Constituição é um processo formal, havendo limitações ao poder reformador (art. 60 da CF).

Foi criada por um autor chamado Laband e desenvolvida por Jellinek, visa se contrapor à reforma constitucional, tendo em vista que constitui um processo informal ao passo que a reforma é um processo formal, ambas alteram o conteúdo da CF.

Mutação constitucional é um processo informal de alteração do conteúdo da CF sem que haja qualquer modificação em seu texto, ou seja, o conteúdo da constituição é modificado, mas o texto permanece o mesmo.

Norma é produto da interpretação do texto.

Há dois mecanismos que permitem a mutação constitucional, são eles:

a) Costumes – o costume constitucional é uma norma constitucional não escrita. Havendo mudança no costume, há uma mudança de interpretação do texto constitucional sem que seja alterado. Ocorre, em regra, nos países de Common Law.

Em sistemas como o brasileiro, é difícil de ocorrer, tendo em vista que as Constituições são prolixas. Novelino cita, como exemplo, o voto de liderança no Brasil (voto simbólico pela liderança dos partidos, quando há consenso sobre determinada matéria).

b) Interpretação – comum em países de Civil Law, ocorre quando há uma mudança de interpretação no texto constitucional, sem que ocorra sua alteração.

Exemplo paradigmático ocorreu no HC 82.959, em que o STF mudou a interpretação acerca do art. 5º, XLVI, da CF. Antes do julgamento do HC, o STF considerava que a proibição de progressão de regime para os crimes hediondos ou equiparados não ofendia a individualização da pena, considerava constitucional. Contudo, no julgamento do referido HC, o STF mudou a interpretação sobre o sentindo do princípio da individualização da pena, entendendo que a proibição de progressão seria inconstitucional.

> ***STF HC 82.959*** *– (...) Nova inteligência do princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), em evolução jurisprudencial assentada na inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.*

Observe o entendimento do STF acerca da mutação constitucional:

> *STF – HC 90.450: A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.*

Com base nisso, surge à questão se esta é uma decisão legítima ou não. Canotilho aponta dois critérios, vejamos:

a) A mutação tem que ser enquadrável dentro do programa normativo (texto do dispositivo), ou seja, deve ser possível dentro dos limites do texto, sob pena de ser ilegítima, uma vez que o STF passaria a legislar.

   Dentro deste critério, o entendimento de Gilmar Mendes e Eros Grau, para que o Senado apenas conferisse publicidade as decisões do Supremo, conferindo efeito *erga ommes*, seria ilegítima.

b) Não pode violar os princípios estruturantes da CF, ou seja, não pode usurpar competências. Neste critério, a decisão dos referidos ministros também seria ilegítima.

Por fim, salienta-se que para ocorrência de mutação constitucional, não basta uma mudança de interpretação doutrinária. A mutação ocorre quando há a mudança na jurisprudência do Tribunal Constitucional (guardião da Constituição).

TEORIA GERAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Obs.: O tema Controle de Constitucionalidade é o mais recorrente em concursos públicos. Assim, ao estudar este tópico, dedique atenção especial. Fizemos o possível para deixá-lo bem didático, complementando com doutrina e com muitos informativos, todos retirados do queridinho Dizer o Direito.

1. SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

A TGCC é baseada na ideia de hierarquia, de supremacia constitucional. A Constituição apresenta duas espécies de supremacia: supremacia MATERIAL e supremacia FORMAL.

1.1. SUPREMACIA MATERIAL

É corolário do objeto clássico das constituições, ou seja, das chamadas matérias constitucionais, as quais são os fundamentos do Estado de Direito. Por isso, segundo a doutrina, estão acima das leis.

VAMOS RELEMBRAR?! MATÉRIAS TÍPICAS CONSTITUCIONAIS - Direitos e garantias constitucionais, estrutura do Estado e organização dos poderes.

A **supremacia material** é um atributo de toda constituição. Não gera consequências jurídicas.

1.2. SUPREMACIA FORMAL

É a que interessa ao controle de constitucionalidade.

É uma característica EXCLUSIVA das constituições rígidas. A **supremacia formal** decorre da rigidez (isto é muito importante para o controle de constitucionalidade).

A rigidez constitucional decorre exatamente da previsão de um processo especial e agravado, reservado para alteração das normas constitucionais, significantemente distinto do processo comum e simples, previsto para a elaboração e alteração das leis complementares e ordinárias. Essa diferença de regime, consistente na exigência de um processo especial e demasiadamente complexo para a alteração das normas constitucionais, confere à CF o status de **norma jurídica fundamental**, **suprema em relação a todas as outras**.

A superioridade será tanto em relação à forma quanto em relação ao conteúdo.

Em relação à forma, deve observar o procedimento estabelecido pela constituição. Por exemplo, a CF determina que leis complementares devem ser aprovadas por maioria absoluta, esta é uma formalidade para sua aprovação, havendo a inobservância, haverá a inconstitucionalidade da referida lei.

Em relação ao conteúdo, em virtude do princípio da unidade do ordenamento jurídico, deve ser respeitado o texto da CF, caso uma lei contrarie seu conteúdo será considerada inconstitucional.

Obs.: O controle de constitucionalidade só se manifesta, portanto, nos lugares que adotam constituições rígidas. Não obstante isso, é possível imaginar, como bem sublinha Clémerson Martin Clève, a existência do controle de constitucionalidade nos Estados que adotam Constituições flexíveis, pelo menos em relação à inconstitucionalidade formal. A dizer, a inconstitucionalidade formal pode se verificar em face de uma constituição flexível, uma vez que fixado nesta um procedimento para a elaboração das leis, qualquer violação desse procedimento consistirá em inconstitucionalidade. Por outro lado, embora plausível a inconstitucionalidade formal, não é cogitável a inconstitucionalidade material perante as constituições flexíveis (na hipótese, qualquer modificação na legislação infraconstitucional conformará a constituição, que não exige procedimento especial de alteração).

1.3. LEI COMPLEMENTAR X LEI ORDINÁRIA

1.3.1. Hierarquia entre normas

Há hierarquia? Doutrina não é pacífica. Mas na jurisprudência do STF e STJ é pacífico o entendimento: Não há hierarquia entre LC e LO, pois ambas possuem campos materiais distintos estabelecidos pela constituição.

1.3.2. Diferenças

	LEI COMPLEMENTAR	LEI ORDINÁRIA
Iniciativa	Art. 61, legitimados são os mesmos. *Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a **qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados**, **do Senado Federal** ou do **Congresso Nacional**, ao **Presidente da República**, ao **Supremo Tribunal Federal**, aos **Tribunais Superiores**, ao **Procurador-Geral da República** e **aos cidadãos**, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.*	Art. 61, legitimados são os mesmos. *Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a **qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados**, **do Senado Federal** ou do **Congresso Nacional**, ao **Presidente da República**, ao **Supremo Tribunal Federal**, aos **Tribunais Superiores**, ao **Procurador-Geral da República** e **aos cidadãos**, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.*
Quórum de VOTAÇÃO (nº de parlamentares que devem estar presentes): art.47	Quórum de maioria absoluta. Mais de 50% dos membros. Se não estiverem presentes na sessão mais de 50% da câmara ou do senado, não há votação.	Quórum de maioria absoluta. Mais de 50% dos membros. Se não estiverem presentes na sessão mais de 50% da câmara ou do senado, não há votação.

Quórum de <u>APROVAÇÃO</u> (nº necessário de votos para aprovar a deliberação, o projeto de lei): art. 69 e 47	Maioria absoluta, + de 50% dos **<u>membros</u>**.	Maioria relativa ou simples: + de 50% dos **<u>presentes</u>**.

1.3.3. <u>Diferença do quórum de aprovação</u>

1) Diferença FORMAL

> *Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, **<u>as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos</u>**, presente a maioria absoluta de seus membros.*

Regra geral (vale para CPI, CCJ), maioria relativa (mais de 50% dos presentes).

> *Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por **<u>maioria absoluta</u>**.*

Regra da **LC**: a aprovação deverá se dar pelo voto de mais de 50% do número total de parlamentares (isto é, ter mais de 50% dos presentes para dar início à votação e ter mais de 50% dos votos de todos os parlamentares para aprovação).

2) Diferença MATERIAL

-LC = **matéria reservada** (expressa).

-LO = **matéria residual**, é o que sobra.

Para ser complementar deve estar expresso na CF que o tema deverá ser tratado por **Lei complementar**. Se a constituição fizer menção somente à "lei" ou "lei específica", ou qualquer outro, o constituinte está se referindo à **Lei ordinária**.

1.3.4. <u>Questionamentos pertinentes</u>

-Pode lei ordinária tratar de lei complementar? **NÃO.** Quando a matéria é RESERVADA à lei complementar, ela não pode ser tratada por lei ordinária, por medida provisória (art. 62), por lei delegada, nem por tratados internacionais que não sejam de direitos humanos.

-***Pode lei complementar tratar de matéria residual?*** **Pode acontecer**, a lei complementar pode tratar de matéria residual sem ser invalidada. JUSTIFICATIVA: **economia legislativa**, se uma matéria foi aprovada por maioria absoluta, a maioria relativa está inclusa nessa maioria, portanto pode ser considerado, não há porque a anular.

Se a lei complementar trata de matéria de lei ordinária, ela será FORMALMENTE lei complementar, porém MATERIALMENTE será uma lei ORDINÁRIA.

-***Esta lei complementar tratando de matéria de ordinária (materialmente ordinária) poderá ser anulada por uma lei ordinária?*** **SIM**, pelo fato de ela ser materialmente ordinária, pelo conteúdo, em um momento futuro poderá ser revogada por lei ordinária (STF).

1.3.5. ADI → Objeto deve estar ligado à Constituição

O Supremo Tribunal Federal tem adotado o entendimento de que o conflito entre lei complementar e lei ordinária não se resolve com base no princípio da hierarquia, mas pela análise do campo material delimitado pela Constituição. Trata-se de espécies normativas formalmente distintas em relação ao quórum de aprovação, sendo a matéria a ser tratada por lei complementar reservada pela própria Constituição (âmbito material constitucionalmente previsto). Portanto, havendo incompatibilidade de conteúdo das duas espécies normativas, é admissível o cabimento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por haver uma violação direta da Constituição.

1.4. LEI FEDERAL X LEI ESTADUAL X LEI MUNICIPAL

1.4.1. Regra

Em regra, a constituição estabelece uma repartição **horizontal** (embora haja repartição vertical, ver em Organização do Estado).

União (arts. 21,22,48...)	Estados (art. 25,1º)	Município (art. 30)

Não há hierarquia, pois possuem **campos materiais** distintos. No conflito deve-se analisar qual delas invadiu a matéria de outra, qual atribuiu matéria que não era de sua competência.

1.4.2. E no caso de conflito de lei federal x lei municipal?

STJ era quem julgava em última instância = RESP (decaiu com a EC/45). Hoje é o STF = Recurso Extraordinário. (CF 102, III, d)

> *Art. 102. Compete ao* **Supremo Tribunal Federal**, *precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*
> *III - julgar, mediante* **recurso extraordinário**, *as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:*
> **d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.**

OBS: não há hierarquia na repartição horizontal.

1.4.3. Repartição Vertical: art. 24

-União = Normas Gerais (entes abaixo não podem fazer normas que contrariem, devem respeitar)

-Estados = competência suplementar supletiva, ou suplementar complementar. (Ver em Organização do Estado).

-Municípios = interesses locais

2. PARÂMETRO PARA CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (NORMA DE REFERÊNCIA)

2.1. CONCEITO

O parâmetro é a **norma constitucional ofendida**. É diferente do objeto do controle, que é o ato normativo infraconstitucional. Lembrar que, para haver o controle de constitucionalidade, não interessa o conteúdo da norma, mas sim, o tipo de norma que foi violada. O que veremos logo abaixo é qual o tipo de norma constitucional pode servir de referência para que o controle de constitucionalidade seja exercido.

2.2. ESPÉCIES DE NORMA DE REFERÊNCIA

► **Preâmbulo:** segundo o **STF**, **não serve como parâmetro**, porque não é considerada norma jurídica. Logo, toda a Constituição Federal pode servir de parâmetro para controle de constitucionalidade, exceto o parâmetro.

► **Parte permanente - Arts. 1º ao 250**: todos são normas formalmente constitucionais. Assim, toda a parte permanente, sem exceção, poderá servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade. Desta forma, a norma que trata acerca do Colégio Pedro II servirá como parâmetro da mesma forma que a norma que trata sobre o princípio da igualdade, pois ambos são formalmente constitucionais.

► **ADCT**: de acordo com o STF, apenas as normas de eficácia exaurível (aquelas que ainda não exauriram sua eficácia) servem de parâmetro. As normas de eficácia exaurida não podem ser utilizadas como parâmetro.

► **Princípio implícito pode servir de parâmetro para o controle.** Ex.: princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (não estão expressos, mas podem ser deduzidos do texto constitucional).

Obs.: Ordem constitucional global – princípios implícitos + parte escrita da constituição formal (Canotilho).

► **Tratados de direitos humanos**

No Brasil, além da CF/88, há outra norma cujo texto encontra-se fora da Constituição e que possua supremacia formal? SIM, com a EC 45/2004, tivemos a introdução, no art. 5º, § 3º, dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Eles têm o mesmo status que as emendas constitucionais, pois elaborados da mesma forma (art. 5º, § 3º, CF). É exemplo a "Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência", promulgada pelo Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009 e o seu protocolo facultativo, bem como o Tratado de Marraqueche. Portanto, se alguma lei, por exemplo, ofender esse tratado, é possível haver controle de constitucionalidade.

> *Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*

Hierarquia dos tratados – atual entendimento do STF:

No RE 466.343/SP, segundo a maioria dos ministros, o STF entendeu que tratados e convenções internacionais de direitos humanos aprovados com quórum simples têm status infraconstitucional, mas caráter supralegal. Logo, estão abaixo da CF/88, mas acima das leis. (ex: Pacto de São José da Costa Rica). Esses tratados estão localizados no 2º nível da pirâmide, abaixo daqueles aprovados com 3/5 e 2 turnos de votação. No 3º nível, estão leis e os tratados e convenções internacionais que não tratem de direitos humanos (que têm status de lei ordinária).

Piovesan já sustentava que o art. 5º, §2º da CF conferia aos tratados de direitos humanos a supralegalidade.

SÓ PODEM SERVIR COMO PARÂMETRO:

- CF/88 (menos o Preâmbulo)
- Princípios implícitos
- Tratados E convenções internacionais de direitos humanos (3/5 + 2 turnos → EC)

• Controle de *convencionalidade*: é aquele que ocorre quando servem de parâmetro os tratados e convenções internacionais que não forem aprovados com 3/5 e 2 turnos (Valério Mazzuoli). Ocorre o controle de convencionalidade das leis.

2.3. BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

É expressão com origem no direito francês, cunhada pelo autor francês Louis Favoreu, é utilizada para se referir às normas com status constitucional. Na França, fazem parte do bloco de constitucionalidade: a CF de 1958 (escrita e formal como a nossa), a Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão (DUDHC), o preâmbulo da CF/1946, os princípios extraídos da jurisprudência (Conselho Constitucional – ex.: princípio da continuidade do serviço público) e outras normas de status constitucionais (que não estão no texto constitucional).

No Brasil, a expressão "bloco de constitucionalidade" não tem muita razão de ser, é muito utilizada pelo Min. Celso de Mello. Contudo, não existe um consenso sobre o sentido da expressão:

- Em sentido estrito = o termo "bloco de constitucionalidade" é usado no mesmo sentido de parâmetro (Min. Celso de Melo), normas formalmente constitucionais. É chamado de paradigma de conforto.
- Em sentido amplo = o termo "bloco de constitucionalidade" abrange não só aquelas normas que servem como parâmetro para o controle, mas também as que têm conteúdo constitucional (APENAS conteúdo – ou seja, elas têm o conteúdo, mas não têm a forma, normas materialmente constitucionais) e, inclusive, as normas com vocação para conferir eficácia às normas constitucionais. Ex.: Pacto de São da Costa Rica.

É a aplicação da Constituição Material ao controle de constitucionalidade. Há uma ampliação do parâmetro.

O bloco de constitucionalidade, por meio do qual o parâmetro é constituído não só pela Constituição escrita e posta, como também pelas leis com valor constitucional formal (emendas à Constituição e, nos termos do art. 5º, § 3º (EC 45/2004), os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros); pelo conjunto de preceitos e princípios decorrentes da Constituição, inclusive implícitos (não escritos) e, ainda, ampliativamente, segundo alguns, pelos princípios integrantes daquilo que a doutrina vem chamando de "ordem constitucional global". Essa última perspectiva, contudo, que abarcaria os valores supra positivos, não vem sendo aceita como parâmetro de constitucionalidade para o direito brasileiro.

Salienta-se que as Emendas Constitucionais 106/2020 e 107/2020 possuem caráter **temporário e excepcional**, por isso não foram incluídas no texto da Constituição. Contudo, são normas formalmente constitucionais, podendo ser parâmetro para o controle de constitucionalidade. Integral o bloco de constitucionalidade.

3. FORMAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Toda a classificação é subjetiva. Não há classificação errada ou certa, mas útil ou inútil. Logo, deve ela ser útil e coerente, tendo um critério único para todas as espécies. Segue a classificação que o professor entende ser a mais adequada.

3.1. QUANTO AO TIPO DE CONDUTA PRATICADA PELO PODER PÚBLICO

Essa classificação não levará em consideração o parâmetro, mas o objeto do controle – o que o Poder Público fez que gerou a inconstitucionalidade.

3.1.1. Inconstitucionalidade por AÇÃO

Ocorre quando o poder público pratica uma conduta incompatível com a constituição.

Ex.: HC 82.959/SP. Norma elaborada pelo poder público (lei dos crimes hediondos), proibindo a progressão de regime (inconstitucional em razão da violação do princípio da individualização da pena).

> *PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES 4 HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO*

AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795).

3.1.2. Inconstitucionalidade por OMISSÃO

Ocorre quando o poder público deixa de praticar uma conduta (*non facere* ou *non* praestare) exigida pela constituição ou a conduta é adotada de forma insuficiente. Estas condutas deveriam ser adotadas para tornar plenamente aplicáveis as normas constitucionais carentes de intermediação.

FENÔMENO DA EROSÃO DA CONSCIÊNCIA CONSTITUCIONAL (Celso de Mello em seus votos) – quando o parlamento se abstém do dever de legislar, viola a integralidade da constituição e estimula a erosão, eis que a indiferença do legislador atrofia a constituição, que seria apenas uma folha de papel sem importância.

> *STF - ADI 1.484: Quando o parlamento se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, viola a própria integridade da constituição, estimulando o preocupante 'fenômeno da erosão da consciência constitucional'. A indiferença dos destinatários do poder perante a Lei Fundamental, anota Karl Loewenstein (1970), consiste em uma atitude psicológica capaz de conduzir à atrofia dessa consciência.*

Ex.: MI 712. Direito de greve do servidor público – art. 37, VII, CF ("o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica").

Não pode o cidadão deixar de exercer um direito garantido pela constituição em razão da omissão do legislador. Para esses casos de omissão constitucional, há dois instrumentos aptos a assegurar o controle – mandado de injunção (MI) e ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

Importante analisar o Estado de Coisas Inconstitucional que decorre da omissão legislativa, bem como de ações do poder público.

Obs.: na parte de direitos fundamentais, novamente, trazemos explicação do ECI, retirada do Dizer o Direito.

3.1.3. Estado de Coisas Inconstitucional (ECI)

O ECI é uma expressão criada na Corte Colombiana que foi trazida ao Brasil na ADPF 347, ao analisar-se o sistema carcerário brasileiro.

1) Pressupostos para a configuração

O ECI possui três pressupostos, denominados por Marcelo Novelino de fático, político e jurídico, vejamos cada um deles:

- **FÁTICO** = violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais que afetam um número elevado e indeterminado de pessoas. Só haverá ECI quando a violação for coletiva,

não será individualizada. Por exemplo, na Colômbia as FARC's estavam expulsando as pessoas de suas residências.

Ressalta-se que o ECI afeta tanto a dimensão subjetiva (titular do direito) quanto a dimensão objetiva dos direitos fundamentais (coletividade). Por exemplo, o direito à vida é um direito subjetivo de cada cidadão de não ser condenado a morte (salvo no caso de guerra declarada). Por outro lado, alguns entendem que o feto e o embrião não são titulares do direito à vida, pois este direito inicia-se somente com o nascimento com vida. No entanto, isso não significa que o feto e o embrião não estejam protegidos pelo ordenamento jurídico, quando a Constituição diz que o direito à vida é inviolável, também se refere ao direito à vida do feto e do embrião que são importantes para a comunidade (dimensão objetiva)

No caso de violação sistêmica e generalizada há uma proteção deficiente ou insuficiente da dimensão objetiva de um determinado direito fundamental. Portanto, o direito fundamental não é protegido de maneira adequada, incide o princípio da proibição da proteção deficiente.

- **POLÍTICO** = conjunto de ações e omissões reiteradas tendentes a perpetuar ou agravar a inconstitucionalidade. Ou seja, os poderes públicos ao invés de contribuírem para que o problema seja solucionado, acabam agravando a crise. O melhor exemplo é o sistema carcerário brasileiro, tendo em vista que presos não votam e que o investimento em qualidade de vida para os segregados não é visto com bons olhos pela sociedade, afinal para o senso comum e defendido pela maioria dos parlamentares em busca de voto, "bandido bom é bandido morto" (verdadeiro absurdo).

- **JURÍDICO** = necessidade de medidas estruturais para a solução das falhas. Por exemplo, a crise no sistema carcerário brasileiro é global, não é apenas do Executivo ou do Legislativo ou do Judiciário, mas sim é decorrente de um conjunto de falhas dos três poderes, devendo ser adotadas medidas estruturais.

2) Medidas judiciais

As medidas judiciais são adotadas com o intuito de proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ou seja, são medidas voltadas a resolver um "litígio estrutural" que é caracterizado pelo alcance a um número amplo de pessoas e órgãos, bem como implica ordens de execução complexa (medidas não ortodoxas). Cita-se, como exemplo, reformulação dos ciclos orçamentários e de políticas públicas.

Para isso, exige-se uma atuação proativa do Poder Judiciário, são adotadas medidas capazes de superar os desacordos políticos institucionais, a falta de coordenação dos órgãos públicos, os temores dos custos políticos da decisão e de corrigir a sub-representação de grupos minoritários e discriminados (presos, por exemplo).

O Poder Judiciário não especifica qual é o tipo de medida a ser adotada. Formula "ordens flexíveis", ou seja, cria determinados parâmetros, dentro dos quais o Legislativo e o Executivo devem atuar. Em suma, o Poder Judiciário deixa uma margem de criação legislativa e de execução que devem ser esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes. Além de formular ordens flexíveis, para que haja um bom funcionamento desta decisão, é necessário um monitoramento contínuo, a fim de garantir os resultados.

O Poder Judiciário atua como um coordenador do "diálogo institucional" entre os Poderes, tomando a iniciativa de coordenar os Poderes Públicos para que eles possam dialogar a respeito daquela questão.

Críticas:

Basicamente, são as mesmas críticas que se faz ao Ativismo Judicial.

- O Poder Judiciário estaria invadindo a esfera dos demais Poderes (violação ao princípio da separação dos poderes). No entanto, é preciso compreender que quando os Poderes Públicos se omitem, o Poder Judiciário é obrigado a atuar de forma proativa. É necessária para que as distorções e o descumprimento da Constituição possam ser superados. Assim, não é possível analisar a questão da separação de Poderes pensando como Montesquieu (Judiciário como boca da lei).

- Déficit de legitimidade democrática do Poder Judiciário. No entanto, atualmente, a democracia não é vista apenas no seu aspecto formal (premissa majoritária), mas também no aspecto substancial, ao exigir o respeito aos direitos básicos de todos, inclusive das minorias. A maioria não pode impor sua vontade, deve-se observar os direitos básicos das minorias.

3.2. QUANTO À NORMA CONSTITUCIONAL OFENDIDA

Análise do parâmetro, e não do objeto do controle.

3.2.1. Inconstitucionalidade MATERIAL ou NOMOESTÁTICA

Ocorre quando há uma incompatibilidade entre o conteúdo do ato infraconstitucional e o conteúdo da constituição.

A norma deve ser invalidada em razão do princípio da unidade do ordenamento jurídico.

Ex.: violação de direito fundamental (art. 5º).

3.2.2. Inconstitucionalidade FORMAL ou NOMODINÂMICA

Forma como a norma foi elaborada; formalidade a ser observada na sua criação; está relacionada ao processo de criação da norma, que é algo dinâmico.

DIVIDIDA EM TRÊS ESPÉCIES:

a) Inconstitucionalidade **FORMAL PROPRIAMENTE DITA**:

Violação de norma constitucional referente ao **processo legislativo**. Dividida em:

- SUBJETIVA = **sujeito (in) competente**. Sujeito: é a pessoa competente para elaborar o ato.

Ex: iniciativa de lei (art. 61, § 1º, CF – listagem dos assuntos que dependem de iniciativa exclusiva do Presidente da República para a proposição de projeto de lei).

Sujeito incompetente gera vício de iniciativa.

Súmula 05/STF (SUPERADA) → **STF HOJE:** o vício de iniciativa é insanável e, portanto, não pode ser suprido pela sanção do Chefe do Executivo. O vício de origem é insanável.

> *Art. 61, § 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:*
> *I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;*
> *II - disponham sobre:*
> *a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;*
> *b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;*
> *c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;*
> *d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;*
> *e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;*
> *f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.*

> ***ADI 3739*** *EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 1. Servidor público. Jornada de trabalho. Redução da carga horária semanal. 2. Princípio da separação de poderes. 3. Vício de iniciativa. Competência privativa do Chefe do Poder Executivo 4. Precedentes. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 3739, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00022 EMENT VOL-02282-04 PP-00707).*

- **OBJETIVA** = demais fases do processo legislativo. Ocorre quando o quórum não é observado, por exemplo.

Ex: de acordo com o art. 69, CF, uma lei complementar só pode ser aprovada por maioria absoluta. Se alguma lei for feita sem observar aquele quórum exigido na CF, terá ela uma inconstitucionalidade formal objetiva.

b) Inconstitucionalidade **FORMAL ORGÂNICA**:

Violação de norma constitucional que estabelece **competência legislativa** para tratar de alguma matéria. É um termo utilizado pela doutrina (o Supremo só usa as designações “inconstitucionalidade formal” e “material”). Ex: ADI 2220/SP. Essa ação tinha como parâmetro o art. 22, I, da CF, e em face dele questionava a constitucionalidade de dispositivo da Constituição Estadual de SP, que previa o julgamento dos crimes de responsabilidade por Tribunal Especial, quando, na verdade, somente a União poderia legislar sobre o assunto (competência do art. 22, I, da CF é privativa da União).

> *Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
> *I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;*

> ***ADI 2220/ SP** EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. ARTS. 10, § 2º, ITEM 1; 48; 49, CAPUT, §§ 1º, 2º E 3º, ITEM 2; E 50. CRIME DE RESPONSABILIDADE. COMPETÊNCIA DA UNIÃO. 1. Pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto e de interesse de agir do Autor, quando sobrevém a revogação da norma questionada em sua constitucionalidade. Ação julgada prejudicada quanto ao art. 10, § 2º, item 1, da Constituição do Estado de São Paulo. 2. A definição das condutas típicas configuradoras do crime de responsabilidade e o estabelecimento de regras que disciplinem o processo e julgamento das agentes políticos federais, estaduais ou municipais envolvidos são da competência legislativa privativa da União e devem ser tratados em lei nacional especial (art. 85 da Constituição da República). Precedentes. Ação julgada procedente quanto às normas do art. 48; da expressão "ou nos crimes de responsabilidade, perante Tribunal Especial" do caput do art. 49; dos §§ 1º, 2º e 3º, item 2, do art. 49 e do art. 50, todos da Constituição do Estado de São Paulo. 3. Ação julgada parcialmente prejudicada e na parte remanescente julgada procedente. (ADI 2220, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 06-12-2011 PUBLIC 07-12-2011).*

c) Inconstitucionalidade **FORMAL por VIOLAÇÃO A PRESSUPOSTOS OBJETIVOS**

Ex: **medidas provisórias e a não observância de seus requisitos objetivos** (art. 62, CF). Pode haver controle sobre medidas provisórias em caráter excepcional. Ex: criação do Instituto Chico Mendes através de MP é caso de ofensa aos requisitos objetivos da MP, pois inexiste urgência, já que há o IBAMA para cuidar do assunto. ADI 4029.

> *Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.*

3.3. QUANTO À EXTENSÃO

3.3.1. Inconstitucionalidade TOTAL

Vício que atinge toda a lei ou todo o dispositivo.

Por exemplo, a Assembleia de determinado Estado cria uma lei de competência da União.

3.3.2. Inconstitucionalidade PARCIAL

Apenas uma parte da lei ou do dispositivo é declarada inconstitucional.

Deve-se analisar o que foi pedido na ação. Por exemplo, se o pedido da ADI foi inconstitucionalidade de toda a lei, e o Supremo vê vício apenas em alguns dispositivos, será caso de inconstitucionalidade parcial.

Uma palavra ou expressão do dispositivo podem ser declaradas inconstitucionais? Sim! Admite-se a declaração de apenas uma palavra ou expressão, desde que autônoma e não modifique o sentido do restante do dispositivo.

Não confundir inconstitucionalidade parcial com veto parcial, que não permite o corte de apenas uma expressão ou palavra (art. 66, §§1º, 2º e 3º, da CF). Se o chefe do executivo vetar de forma parcial a lei, não poderá ser em relação à expressão ou palavra, devendo ele vetar a lei inteira ou um dispositivo inteiro.

Além disso, poderá haver inconstitucionalidade parcial quando o poder público deixar de adorar medidas suficientes para a proteção da norma constitucional, é a proteção insuficiente. Por exemplo, apenar o crime de homicídio com pena de multa haverá uma proteção insuficiente do direito à vida.

3.4. QUANTO AO MOMENTO EM QUE OCORRE A INCONSTITUCIONALIDADE

É muito importante essa classificação para o controle abstrato.

3.4.1. Inconstitucionalidade ORIGINÁRIA

Ocorre quando o objeto (ato impugnado – dispositivo da lei/do ato normativo) é incompatível com a constituição desde a sua origem, ou seja, o objeto surge depois do parâmetro violado, a lei já nasceu inconstitucional.

Por exemplo, uma lei de 1999 que é incompatível com a CF/88.



Ex: ADI 347/SP (dispositivo criado em 1989).

3.4.2. Inconstitucionalidade SUPERVENIENTE

Ocorre quando o objeto nasce constitucional, mas, em razão de uma mudança no parâmetro, torna-se incompatível com a norma constitucional.

Por exemplo, a Lei 9.868/99 regulamentou a ADI e a ADC. Em seu art. 13 tratou dos legitimados ativos para propor a ADC (Presidente, PGR e mesa da CD e do SF), fez isso porque em 1993 foi editada a EC 3/93 (criou a ADC), a qual trouxe diferença entre os legitimados para

propor ADI e ADC. Perceba que quando a Lei 9.868/99 foi editada usou como parâmetro a redação dada pela EC 3/93, portanto, originariamente, era constitucional. Posteriormente, com a EC 45/04, o art. 103 da CF foi alterado, prevendo a mesma legitimidade ativa tanto para ADC quanto para ADI, ocasionando a inconstitucionalidade superveniente do art. 13 da Lei 9.868/99.

No Brasil, admite-se a inconstitucionalidade superveniente?

Primeiramente, ressalta-se que em Portugal admite-se a inconstitucionalidade superveniente de forma a expressa (art. 282, §2º):

> ***Constituição Portuguesa de 1976**, art. 282, § 2º alude que: "Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última".*

Já no Brasil, não se utiliza a inconstitucionalidade superveniente, pois se usa a lógica kelseniana (nulidade desde o início) – a inconstitucionalidade só ocorre quando os poderes públicos praticam uma conduta violadora da constituição.

Ex: ADPF 130. Teve como objeto a Lei de Imprensa (feita na ditadura militar). Quando essa lei foi feita, era compatível com a constituição da época, que era seu fundamento de validade. Acabou se tornando incompatível quando do surgimento da CF/1988. Como é chamada tecnicamente no Brasil a inconstitucionalidade superveniente? O **STF** trata como uma hipótese de **NÃO RECEPÇÃO**. Para o Supremo, a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela CF/1988, logo, não diz que a lei de imprensa sofria de inconstitucionalidade.

Na prática, adotando essa lógica, a lei de imprensa jamais poderia ser questionada através de ADI, mas por meio de ADPF porque não se fala em inconstitucionalidade (CONCURSOS – 1ª FASE).

Obs.: O STF, em algumas oportunidades, usa a expressão "revogação" (ADI 718/MA). Segundo Novelino, é uma expressão equivocada, pois a revogação, tecnicamente, ocorre quando um mesmo Poder faz outro ato de mesma densidade normativa revogando o anterior.

Observe o disposto no RE 396.386/SP.

> *STF - É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis.*

Alguns autores admitem a inconstitucionalidade superveniente em casos de **mutação constitucional** e **inconstitucionalidade progressiva**.

É preciso lembrar-se da distinção feita amplamente pela doutrina atual entre enunciado normativo ou dispositivo normativo (que é o texto) e norma (resultado da interpretação do texto).

Norma é o resultado da interpretação do texto. Interpreta-se o texto e após aplica-se a norma. Ex: HC 82.959/SP (caso de **mutação constitucional**). A lei de crimes hediondos é de 1990. Quando foi editada, o princípio da individualização da pena já existia na CF? Já existia, só que o Supremo interpretava o dispositivo (art. 5º, XLVI) de modo diferente. O texto continuou o mesmo,

mas a sua interpretação mudou. Agora o STF considera que a lei 8072/90, no ponto questionado, é inconstitucional, pois violaria aquele princípio.

Concluindo-se pela impossibilidade de constitucionalidade superveniente, o que ocorre com eventual processo de controle de constitucionalidade já em curso quando do surgimento do novo texto constitucional? Em outros termos, o acontece com o processo quando ocorre alteração do parâmetro durante seu curso? R: No que concerne ao aspecto processual, tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal, em diversas situações, posicionou-se pela extinção anômala do processo, por perda superveniente do objeto.

IMPORTANTE!

Em algumas decisões, todavia (a exemplo do que ocorreu nos julgamentos das ADI 509/MT, 2014; ADI 1.835/SC, 2014; ADI 2.158/PR, 2010; ADI 2.189/PR, 2010), **o STF superou a preliminar de prejuízo, sob o fundamento de não ser possível desconsiderar os efeitos produzidos pelas normas impugnadas e seguiu no julgamento das ações diretas**.

Foi o que ocorreu no julgamento da ADI 3943, que reafirmou a legitimidade da Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública. Conforme anotou a relatora do processo, Ministra Cármen Lúcia, para aferir se a alteração do parâmetro do controle de constitucionalidade seria substancial a ponto de obstar a atuação jurisdicional deste Supremo Tribunal Federal em controle concentrado, concluo que, a despeito de "ser irretocável, no âmbito lógico-jurídico, a exigência da atualidade do parâmetro de controle", **a questão constitucional posta em apreciação nesta ação deve ser enfrentada porque importa em delinear o modelo constitucional brasileiro de acesso à Justiça, delimitando-se as atribuições da Defensoria Pública, instituição essencial à construção do Estado Democrático de Direito.**

RESUMO = ordenamento jurídico brasileiro não admite a constitucionalidade superveniente. A lei inconstitucional é um ato nulo, sendo o vício de origem insanável. Dessa forma, a modificação do parâmetro constitucional não tem o condão de convalidar uma lei originariamente inconstitucional. Quanto ao aspecto processual, o Supremo Tribunal Federal, tradicionalmente, posicionou-se pela prejudicialidade da ação em casos nos quais a norma constitucional tida por contrariada seja alterada por emenda constitucional superveniente, acarretando sua extinção anômala. Em alguns julgamentos, todavia, a corte decidiu pela possibilidade de manutenção do processo quando não for possível desconsiderar os efeitos produzidos pelas normas impugnadas, mesmo diante de alteração do parâmetro.

3.4.3. Inconstitucionalidade PROGRESSIVA

São situações intermediárias entre a inconstitucionalidade absoluta e a constitucionalidade plena, nas quais as circunstâncias fáticas justificam a manutenção da norma durante determinado período de tempo. A norma fica em uma "zona cinzenta".

Por exemplo, o art. 68, CPP, não é mais papel do MP ajuizar a ação ex delicto para as pessoas pobres, é papel da Defensoria Pública, conforme prevê a CF. Por isso, o STF entendeu que o dispositivo é dotado de inconstitucionalidade progressiva, era constitucional e a medida em que a Defensoria for sendo implementada será considerado inconstitucional.

> *STF – RE 135.328/SP: "Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista".*

Norma posterior à CF/1988, em relação à qual o STF considerou existente a inconstitucionalidade progressiva: Lei AJG. Diferença nas estruturas do MP e da Defensoria Pública que justifica a constitucionalidade. A norma se tornará progressivamente inconstitucional, conforme mudem as circunstâncias fáticas.

> *STF - HC 70.514/RS: "EMENTA: [...] 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei nº 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei nº 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública."*

3.5. QUANTO AO PRISMA DE APURAÇÃO

Analisa a relação entre o parâmetro e o ato impugnado.

3.5.1. Inconstitucionalidade DIRETA, IMEDIATA ou ANTECEDENTE

Ocorre quando o ato impugnado (ou seja, o objeto) está ligado diretamente à constituição. Não há atos interpostos entre a violação e o parâmetro. "CF – lei". (Pirâmide: topo=CF, nível 2 = leis, nível 3 = decreto). Lei poderia ser questionada via ação direta de inconstitucionalidade.

3.5.2. Inconstitucionalidade INDIRETA ou MEDIATA

Ocorre quando há um ato interposto entre o objeto impugnado e o parâmetro violado.

Ex: decreto que regulamenta a lei, que por sua vez regulamenta a constituição. Incompatibilidade entre o decreto e a CF é indireta.

Importante para fins de cabimento de ADI:

a) **Inconstitucionalidade INDIRETA CONSEQUENTE** – ocorre quando a inconstitucionalidade do objeto é uma consequência da inconstitucionalidade de outro ato intermediário.

Ex: lei estadual tratou de uma matéria que era de competência da União. Essa lei é inconstitucional (inconstitucionalidade formal orgânica). É expedido um decreto regulamentando a lei estadual. A inconstitucionalidade do decreto é uma consequência da inconstitucionalidade da lei. Mesmo que o STF não seja questionado a respeito do decreto, mas apenas da lei, ele poderá declarar inconstitucional do decreto **por arrastamento**.

Ex: ADI 4451 MC-REF (referendo da medida cautelar dessa ADI) – trata da proibição de programas humorísticos às vésperas de eleição e a liberdade de expressão. Fala de um dispositivo inconstitucional, cuja inconstitucionalidade atingiu, por arrastamento, outro dispositivo da mesma lei.

> *STF - ADI 2.578/MG: "[...] Diversa seria a situação, no entanto, se os diplomas normativos em questão (Lei estadual nº 10.254/90 e Resolução nº 463/90) houvessem sido editados após a promulgação da EC nº 49/2001 e nesta tivessem o seu próprio fundamento de existência, de validade e de eficácia. É que, em tal situação (de todo inocorrente no caso ora em exame), a declaração de inconstitucionalidade da norma fundante (EC nº 49/2001) importaria, por necessário efeito consequencial, em "inconstitucionalidade por arrastamento ou consequente" dos diplomas normativos nela fundados..."*

Na hipótese acima, admite-se ADI porque o ato que viola diretamente a Constituição pode ser objeto da ADI e, como os demais tem a inconstitucionalidade decorrente dele, eles também podem ser impugnados.

b) **Inconstitucionalidade INDIRETA REFLEXA ou OBLÍQUA** – ocorre quando o ato viola diretamente uma lei e apenas indiretamente a constituição. A lei é constitucional, só que apesar disso, o decreto é incompatível com a lei. Assim, o decreto atingirá, reflexamente, a constituição.

Ex: art. 84, IV, CF. Caso de inconstitucionalidade indireta reflexa "para sua fiel execução". O decreto é ilegal, porque viola a lei, e, indiretamente, é inconstitucional. O decreto não poderá ser objeto de uma ADI.

Ex: ADI 3132 e ADI 996-MC. Alguns autores chamam essa inconstitucionalidade indireta reflexa, de MEDIATA.

> *STF - ADI 3.132/SE: Ação direta de inconstitucionalidade: descabimento: caso de inconstitucionalidade reflexa. Portaria nº 001-GP1, de 16.1.2004, do Presidente do Tribunal de Justiça de Sergipe [...]. Caso em que a portaria questionada, editada com o propósito de regulamentar o exercício de atividade fiscalizatória prevista em leis federais (...) e estadual (...), retira destas normas seu fundamento de validade e não diretamente da Constituição. Tem-se inconstitucionalidade reflexa - a cuja verificação não se presta a ação direta - quando o vício de ilegitimidade irrogado a um ato normativo é o desrespeito à Lei Fundamental por haver violado norma infraconstitucional interposta, a cuja observância estaria vinculado pela Constituição".*

Afasta a possibilidade de existência simultânea de normas com o conteúdo incompatíveis entre si. (Princípio da unidade do ordenamento jurídico). Se o ordenamento jurídico é um todo unitário, não pode haver dissonâncias.

4. FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

4.1. QUANTO À NATUREZA DO ÓRGÃO

4.1.1. Controle jurisdicional

Exercido pelos órgãos jurisdicionais.

4.1.2. Controle político

É aquele exercido por órgãos sem poder jurisdicional.

Ex: Pres. República pode exercer controle de constitucionalidade, o Congresso Nacional também pode. Quando exercem o controle não se trata de controle jurisdicional, mas um controle político – um controle jurídico de natureza política (em razão do órgão que exerce o controle de constitucionalidade) – isso não quer dizer que o parâmetro é político.

1) Sistema jurisdicional

É aquele adotado nos países em que a função principal de exercer o controle é atribuída ao Poder Judiciário (não quer dizer que é o único que pode exercer o controle, mas que é a última instância, quem dá a "última palavra"). Ex: Brasil, EUA (surgiu esse sistema).

2) Sistema político

É aquele adotado nos países em que o controle de constitucionalidade não é atribuído a um órgão do Judiciário. Ex: França (quem exerce o controle é o Conselho Constitucional).

Existem duas jurisdições no sistema francês: a jurisdição administrativa, que cuida das matérias de direito público – direito constitucional, administrativo, tributário etc. (não faz parte do Poder Judiciário); e a jurisdição comum, que cuida das matérias de direito privado – direito civil, empresarial etc.

Só a partir de 2010 é que começou a existir o controle repressivo de constitucionalidade (de leis que já foram aprovadas).

3) Sistema misto

É aquele em que determinados tipos de lei que se submetem a um controle jurisdicional e outros que se submetem a um controle político. Ex: Suíça. Lá, quem exerce o controle sobre as leis locais é o Judiciário, porém, em relação às leis nacionais, quem exerce o controle não é o Judiciário, mas o próprio Legislativo.

4.2. QUANTO AO MOMENTO

Essa classificação refere-se ao momento em que o controle de constitucionalidade é exercido, diferentemente da classificação vista acima, quando se falou quando ocorre a inconstitucionalidade.

Há uma controvérsia na doutrina, inclusive entre os Ministros do Supremo, sobre o momento exato a partir do qual o controle deixa de ser preventivo e passa a ser repressivo (se no caso da lei seria com a publicação ou com a promulgação). Exemplo:

• Min. Marco Aurélio: a partir da publicação (RE 346.084). Prevalece.

• Min. Cezar Peluso: a partir da promulgação (antes da publicação).

4.2.1. Preventivo

É aquele exercido durante o processo legislativo com o intuito de evitar uma violação da Constituição. Ex: MS preventivo, HC preventivo.

No Brasil, esse controle pode ser exercido pelos três poderes:

1) LEGISLATIVO

Principal órgão de controle é a CCJ (Comissão de Constituição e Justiça). Todo poder legislativo tem uma comissão dessas, nos âmbitos estadual e municipal. Existe uma comissão tanto na Câmara (Comissão de Constituição, Justiça e Redação) como no Senado (Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania).

Ex: projeto de lei do executivo para descriminalização do aborto nos três primeiros meses de gestação. Não foi aprovado na CCJ da Câmara por considerarem inconstitucional, não tendo apresentação de qualquer recurso ao "parecer terminativo", e, por isso, nem chegou a ir para o plenário.

Destaca-se que o Poder Legislativo também exercerá controle preventivo no caso de delegação atípica (art. 68, §3º da CF).

2) EXECUTIVO

Veto jurídico é utilizado para exercer o controle – art. 66, § 1º, CF "inconstitucional" = caso em que há uma abordagem jurídica de fundo, é o veto jurídico; "contrário ao interesse público" = é o veto político, exemplo do valor do salário mínimo, veto ocorre por falta de orçamento.

No caso de EC, há possibilidade de veto jurídico? NÃO, só pode em caso de projeto de lei, não sendo possível o veto jurídico em caso de projeto de emenda constitucional.

3) JUDICIÁRIO

Raramente exerce o controle preventivo de constitucionalidade, já que aqui o principal órgão a fazer o controle é o legislativo.

A única hipótese de exercício do controle preventivo de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, no direito brasileiro, é a impetração de mandado de segurança por parlamentar da respectiva Casa em que esteja tramitando o projeto de lei por inobservância do devido processo legislativo constitucional.

Ressalta-se que apenas o Parlamentar da Casa, na qual o projeto esteja em tramitação, poderá impetrar o mandado de segurança nesse caso.

Quando o parlamentar impetra um MS, qual é o objetivo do controle – o controle é abstrato (para assegurar a supremacia da constituição) ou concreto (para assegurar um direito subjetivo)? É um controle concreto que tem como principal finalidade assegurar um direito líquido e certo de quem participa do processo legislativo, que é o parlamentar.

MS 31.816-MC (STF) – parlamentar discutia a ordem de vetos no processo legislativo sobre os royalties. Claro que em todo controle há uma preocupação com a supremacia da constituição, mas, no caso do controle concreto, a preocupação principal é com o direito subjetivo de quem participa do processo legislativo. No Brasil não há consulta (consulta ao Supremo para saber se o projeto de lei é ou não constitucional).

> *STF - MS 31.816-MC/DF: "Devido processo legislativo. Controle judicial. Cabimento. Legitimidade ativa ad causam exclusiva do parlamentar em exercício. Mandado de segurança conhecido. Limites constitucionais ao poder de deliberação legislativa acerca do veto presidencial. Art. 66, §§ 4º e 6º, da CF/88. Sobrestamento das demais proposições até a deliberação do veto pendente. possibilidade."*

Término do mandato do parlamentar: por ser um direito subjetivo, o mandado de segurança será extinto sem julgamento de mérito por perda do objeto (perda superveniente da legitimidade)

> *STF – MS 27.971/DF: EMENTA: [...] PERDA SUPERVENIENTE, PELO IMPETRANTE, DE SUA CONDIÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DE PARLAMENTAR. IMPOSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO MANDAMENTAL. LEGITIMAÇÃO ATIVA "AD CAUSAM" QUE DEVE ESTAR PRESENTE, JUNTAMENTE COM AS DEMAIS CONDIÇÕES DA AÇÃO, NO MOMENTO DA RESOLUÇÃO DO LITÍGIO (CPC, ART. 462)."*

INFO 711 STF: É possível que o STF, ao julgar MS impetrado por parlamentar, exerça controle de constitucionalidade de projeto que tramita no Congresso Nacional e o declare inconstitucional, determinando seu arquivamento? Em regra, não. Existem duas exceções nas quais o STF pode determinar o arquivamento da propositura: a) Proposta de emenda constitucional que viole cláusula pétrea; b) Proposta de emenda constitucional ou projeto de lei cuja tramitação esteja ocorrendo com violação às regras constitucionais sobre o processo legislativo.

4.2.2. Repressivo

É aquele exercido após a publicação da lei. Definição do marco inicial para esse controle: RE 346.084 (depois da publicação já pode ser feito o controle repressivo de constitucionalidade).

1) LEGISLATIVO

Art. 49, V, CF → "poder regulamentar", "limites de delegação legislativa".

Duas possibilidades de controle repressivo pelo legislativo: primeiro em relação a decretos e regulamentos. Nessa hipótese, o decreto não pode tratar de um assunto não contido na lei (art.

84, IV, CF). Caso o decreto exorbite os limites da lei, tratando de um assunto não contido nela, o senado pode sustar a parte que vai além.

A segunda possibilidade está no art. 68, CF – leis delegadas. Nesse caso, o presidente da república solicita a delegação ao Congresso Nacional para formular determinada lei. Art. 68, § 2º, CF "seu conteúdo"..."termos de seu exercício". Se o presidente da república ultrapassar os limites – ou do poder regulamentar ou da delegação legislativa – congresso nacional pode decretar a inconstitucionalidade, **apenas daquilo que ultrapassou os limites**.

O decreto legislativo, elaborado pelo Parlamento, para sustar o ato do Executivo que exorbitou os limites do poder regulamentar ou da delegação legislativa, poderá ser objeto de ADI? Sim, pois os atos sustados por ele são atos normativos. Logo, o decreto legislativo também será um ato normativo.

> *ADI 748/RS: "O decreto legislativo, editado com fundamento no art. 49, V, da Constituição Federal, não se desveste dos atributos tipificadores da normatividade pelo fato de limitar-se, materialmente, a suspensão de eficácia de ato oriundo do poder executivo. Também realiza função normativa o ato estatal que exclui, extingue ou suspende a validade ou a eficácia de uma outra norma jurídica. A eficácia derrogatória ou inibitória das consequências jurídicas dos atos estatais constitui um dos momentos concretizadores do processo normativo."*

Art. 62, CF → em relação à medida provisória, o congresso nacional pode analisar três aspectos em relação à inconstitucionalidade da MP: quanto à forma (pressupostos constitucionais = relevância + urgência); aspecto material da medida provisória, p.ex. quando a matéria não pode ser tratada por medida provisória (no caso de matéria penal ou no caso de uma matéria ter de ser tratada por lei complementar); conteúdo incompatível com a CF.

Súmula 347/ STF → trata do Tribunal de Contas. Embora ele não faça parte do Legislativo, é um órgão auxiliar do Poder Legislativo na função fiscalizatória, e por isso pode realizar o controle de constitucionalidade. Quando está atuando em sua função fiscalizatória, como, p. ex., na apreciação de determinada prestação de contas feita pelo governador do estado X, o Tribunal de Contas pode fazer o controle de constitucionalidade em relação à lei na qual se baseiam as contas, que pode ser considerada inconstitucional.

Esta súmula tem sido questionada pelo Min. Gilmar Mendes em alguns julgados, mas a súmula continua valendo. O Tribunal de Contas, ao exercer esse controle de constitucionalidade, tem de observar a cláusula da reserva de plenário (art. 97, CF)? **Não se aplica ao TC a cláusula da reserva de plenário, pois não se trata de órgão do Poder Judiciário**. Quando fala em "tribunal", o art. 97 refere-se a um tribunal do Judiciário, pois é um dispositivo localizado na parte que trata do Poder Judiciário, logo, não é qualquer tribunal que deve observar a cláusula.

2) EXECUTIVO

O chefe do Poder Executivo pode negar cumprimento a um ato normativo que entenda ser inconstitucional, desde que a negativa seja motivada e que seja dada publicidade.

Por que o Executivo e o Judiciário são obrigados a cumprir as leis feitas pelo Legislativo, já que não há hierarquia entre os Poderes da República? Por causa do princípio da legalidade. No

caso concreto, o juiz pode não aplicar a lei se entender que ela é inconstitucional, já que está submetido à Constituição em primeiro lugar. No caso do Executivo, ocorre a mesma coisa, mas é preciso dar publicidade ao ato e motivar seu ato, sob pena de responder por crime de responsabilidade. O descumprimento só é admitido enquanto não houver uma decisão do STF com efeito vinculante (enquanto a lei tem a presunção relativa de inconstitucionalidade).

Posicionamentos doutrinários:

- Mesmo após a CF/88, esta possibilidade continua existindo. Esse entendimento é majoritário. STF: ADI 221-MC. STJ: REsp 23.121.
- Há autores que sustentam que, após a CF/88, esta hipótese não seria mais admitida pelo fato de a constituição atribuir legitimidade ativa ao presidente e ao governador para propor ADI (art. 103, CF). Antes da CF/88, se justificava a negativa de cumprimento, porque só havia um legitimado para apresentar ação por inconstitucionalidade.
- Há autores que sustentam que a possibilidade de negativa permanece, mas que deve ser acompanhada da propositura da respectiva ADI. Posição do professor Novelino, por considerá-la a mais coerente.

3) JUDICIÁRIO

Irá exercer o controle através do controle difuso e do controle concentrado. São termos utilizados para o controle feito pelo Judiciário apenas.

Não confundir controle misto com o sistema jurisdicional – o Brasil adota o sistema jurisdicional de controle combinado ou misto. Qual o sistema adotado no BR? O sistema jurisdicional, pois cabe ao Judiciário dar a "última palavra". Mas o Judiciário é exercido de que forma? É exercido através do controle misto ou combinado (é a modalidade pela qual o controle ocorre).

4.3. QUANTO À COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

É classificação válida para o Poder Judiciário (por isso "competência").

4.3.1. Controle difuso

É aquele que pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal. Também chamado pela doutrina de "controle aberto", porque não existe uma restrição quanto ao órgão que irá exercer esse tipo de controle.

Também é conhecido como sistema norte-americano, porque o surgimento desse tipo de controle costuma ser atribuído à decisão proferida por Marshall (em 1803), no caso mais conhecido de todos os tempos: caso "Marbury X Madison" (decisão que criou as bases teóricas do controle de constitucionalidade). Precedentes àquele caso: "Hayburn's Case (1792) – decisão da Corte de Circuito Norte-americana que declarou a lei inconstitucional, e não da Suprema Corte (embora tivesse muitos juízes que faziam também parte da Suprema Corte) e "Hylton's Case" (1796) –

decisão da Suprema Corte norte-americana, que declarou a constitucionalidade da lei. “Common Pleas” (1610) é um precedente anterior utilizado na fundamentação de Marshall.

No Brasil, o controle difuso foi consagrado pela primeira vez **na Constituição de 1891**.

4.3.2. Controle concentrado

É aquele atribuído apenas a um determinado órgão do Poder Judiciário. Também chamado de “controle reservado” ou “sistema austríaco” ou “sistema europeu”. Ele é reservado pela Constituição para ser exercido por apenas um Poder – reservado para o STF, quando o parâmetro é a Constituição Federal, e reservado ao TJ quando o parâmetro é a Constituição Estadual.

É um sistema que foi criado na Áustria em 1920 por Hans Kelsen. Esse tipo de controle foi adotado por vários países da Europa, por isso também é chamado de “sistema europeu”. Foi introduzido no direito brasileiro pela emenda constitucional 16/65 quando estava em vigor a **Constituição de 1946**. Quais são os instrumentos utilizados hoje para o exercício do controle concentrado? ADI, ADC, ADO, ADPF e ADI INTERVENTIVA.

4.4. QUANTO À FINALIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

Pode ser dividido em duas espécies: controle concreto/incidental/por via de exceção/por via de defesa E controle abstrato/por via direta/por via de ação principal.

4.4.1. Controle concreto

Aquele que tem por finalidade principal assegurar a proteção de direitos subjetivos. Não existe nenhum requisito específico, porque é um tipo de controle feito incidentalmente em qualquer processo, não havendo um tipo de ação específica para realizar o controle concreto ou difuso.

Pode ser de ofício pelo juiz, sem provocação pela parte, sem que ela questione a constitucionalidade de uma lei. Há certa divergência em torno disso, mas prevalece no STF que o controle difuso pode ser feito de ofício pelo juiz.

A pretensão é deduzida em juízo através de um processo constitucional subjetivo. Pode ser em HC, em MS, em ação ordinária, em processo trabalhista etc.

4.4.2. Controle abstrato

Aquele cuja finalidade precípua (não é exclusiva, mas principal) consiste em assegurar a supremacia da constituição, evitando que seja violada. Finalidade secundária é a proteção de direitos subjetivos.

A pretensão é deduzida em juízo através de um processo constitucional objetivo. Aqui não se fala em contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, partes formais.

► Como conjugar os tipos “difuso e concentrado” de controle com os tipos “concreto e abstrato”?

REGRA ABSOLUTA: controle difuso – concreto = diante de uma situação concreta suscita-se a inconstitucionalidade.

REGRA GERAL: controle concentrado – abstrato = geralmente o controle concentrado é um controle abstrato; não é uma regra absoluta, pois há exceções.

EXCEÇÕES: controle concentrado – concreto → são apontadas 03 ações:

ADI INTERVENTIVA (ou “representação interventiva”, como fala a CF).

ADPF incidental (lei 9.882/99, art. 1º, § único).

MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR PARLAMENTAR em caso de inobservância do devido processo legislativo constitucional.

Há quem entenda que o controle exercido pelo plenário ou pelo órgão especial de um tribunal (cláusula da reserva de plenário, art. 97, CF) seria uma espécie de controle difuso e, ao mesmo tempo, abstrato.

CONTROLE CONCENTRADO-ABSTRATO

Há, basicamente, quatro instrumentos de controle concentrado abstrato, quais sejam:

- ADI
- ADC
- ADPF
- ADO

Neste tópico, não analisaremos a ADO, uma vez que será feita sua análise com o mandado de injunção. As outras três ações serão estudas em conjunto, já que possuem inúmeros pontos em comum.

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

1.1. PREVISÃO LEGAL

Há duas leis que regulamentam as ações de controle concentrado abstrato, são elas:

a) Lei 9.868/99 dispõe sobre ADI, ADC e ADO (estudaremos adiante)

b) Lei 9.882/99 dispõe sobre ADPF.

Destacamos que é muito importante para sua prova a leitura das referidas leis, traremos os principais artigos.

1.2. ANÁLISE DE QUESTÕES FÁTICAS

No controle abstrato é possível haver apuração de questões fáticas, ou seja, de questões concretas, já que se está falando de um controle em tese? O termo “controle abstrato” não é o mais indicado para designar este tipo de controle, pois se admite a análise de questões fáticas, o tribunal só poderá julgar com a análise de determinadas questões, a exemplo da ADPF 54 (aborto de anencéfalos), bem como da ADI 3510 (pesquisa com células-tronco embrionárias). O termo mais adequado seria controle por via principal. Portanto, a apuração de questões fáticas é perfeitamente possível, mesmo sendo, em tese, um controle abstrato. Neste sentido, o art. 9º, 1º da Lei 9.868/99.

> *Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.*
> *§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.*

1.3. CARÁTER DÚPLICE (OU AMBIVALENTE)

A ADI e a ADC são ações que possuem a mesma natureza, mas com sinal trocado. Ou seja, se uma for julgada procedente a outra será julgada improcedente, já que uma requer a inconstitucionalidade da lei e a outra requer a declaração de constitucionalidade.

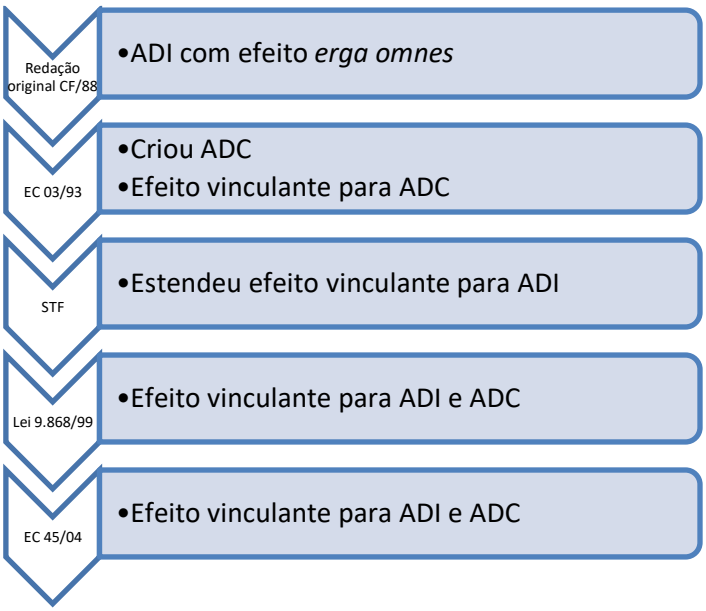
Por isso, podem ser reunidas e julgadas no mesmo processo, nos termos do art. 24 da Lei 9.868/99, vejamos:

> *Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.*

1.4. EFEITO VINCULANTE

A ADC não foi criada originariamente pela CF/88, foi introduzida pela EC 3/93, que criou ainda o efeito vinculante para ADC, até então havia apenas efeito *erga omnes.* O STF passou a aplicar o efeito vinculante para a ADI. Posteriormente, a Lei 9.868/99 estendeu o efeito vinculante da ADC para ADI, questionou-se a constitucionalidade. A EC 45/04 colocou fim às controvérsias, uma vez que trouxe o efeito vinculante tanto para ADI quanto para ADC.

Em suma:



1.5. CONSTITUCIONALIDADE DA ADC E CONTROVÉRSIA JUDICIAL RELEVANTE

É certo que há uma presunção de constitucionalidade das leis.

Quando a ADC foi criada, alguns juristas criticaram a sua constitucionalidade, uma vez que violaria inúmeros princípios (contraditório, ampla defesa), bem como o princípio da presunção de

constitucionalidade das leis, pois não há sentido declarar a constitucionalidade de algo que já é constitucional. Tais argumentos, foram rechaçados pelo STF, em uma questão de ordem (ADC 01).

Em relação aos princípios processuais, o STF afirmou que a ADC é um processo constitucional objetivo, não existem partes formais. Assim, não há que se falar em contraditório, ampla defesa.

Com relação à presunção de constitucionalidade das leis, STF entendeu que se trata de uma presunção relativa. Com a declaração do STF passa a ser uma presunção quase absoluta vinculando todos os demais órgãos, exceto o próprio STF e do Legislativo.

Para evitar que o STF acabasse virando apenas um órgão consultivo, a Lei 9.868/99, em seu art. 14, III, criou um pressuposto de admissibilidade para a ADC, qual seja: CONTROVÉRSIA JUDICIAL RELEVANTE. Assim, deverá haver uma controvérsia no âmbito do Poder Judiciário para que o STF possa declarar a constitucionalidade da lei.

> *Art. 14. A petição inicial indicará:*
> *III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.*

Para elucidar, o Prof. Marcelo Novelino cita o exemplo da "MP do apagão" editada pelo Presidente FHC. À época o AGU ingressou com uma ADC e juntou, aproximadamente, sete decisões, proferidas em ACP, que declaravam de forma incidental a inconstitucionalidade da MP. Inicialmente, o STF entendeu que o baixo número de decisões não era suficiente para demostrar a controvérsia judicial relevante. Posteriormente, emendou-se a inicial a fim de demostrar que existiam mais decisões, ocasionando a controvérsia.

Por fim, destaca-se que não se exige um número mínimo de decisões, mas sim que a controvérsia seja efetivamente relevante.

1.6. ADPF: CARÁTER SUBSIDIÁRIO

Assim como a ADC, há na ADPF um pressuposto de admissibilidade, qual seja: não haver nenhum outro meio eficaz para sanar a lesividade, nos termos do §1º do art. 4º da Lei 9.882/99, vejamos:

> *Art. 4º, § 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.*

Para que o meio seja considerado eficaz, deve possuir a mesma amplitude, imediaticidade e efetividade da ADPF. Por exemplo, cabendo uma ADI não será cabível a ADPF, diferente se caber um MS, que não possui os mesmos efeitos.

Em regra, o meio eficaz será uma ação de controle abstrato (ADI, ADC e ADO). Obviamente, nada impede que outra ação seja considerada um meio eficaz, como entendeu o STF na ADPF 128, em que o objeto era uma Súmula Vinculante, uma vez que há na lei que regulamenta a SV dispositivo expresso prevendo que qualquer legitimado pode pedir a revisão ou cancelamento do enunciado de uma SV, meio tão eficaz, amplo e imediato quanto a ADPF (caráter subsidiário).

1.7. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

Aplica-se às ações de controle concentrado abstrato (já foi cobrado no TRF2, TJ/SE, AGU, TJ/BA).

A fungibilidade pode ser entre:

- ADI e ADO

> *ADI 875/DF – Ações Direitas de Inconstitucionalidade (ADI 875/DF, ADI 1987/DF, ADI 2727/DF e ADI 3243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão".*

- ADPF e ADI

> *STF ADPF 132 – 1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como Ação Direta de Inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto.*

Além disso, em razão do princípio da fungibilidade é possível a conversão de ADI em ADPF.

> *ADI 4.163/SP – 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Impropriedade da ação. Conversão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. Admissibilidade. Satisfação de todos os requisitos exigidos à sua propositura. Pedido conhecido, em parte, como tal. Aplicação do princípio da fungibilidade. Precedente.*

A única hipótese em que o STF não admite a fungibilidade é no caso de erro grosseiro.

1.8. CUMULAÇÃO DE AÇÕES

É, perfeitamente, possível a cumulação de ações ou de pedidos. Assim, em uma mesma ação poderemos ter um pedido de inconstitucionalidade e um pedido de declaração de constitucionalidade.

Observe o quadro retirado do Dizer o Direito:

O legitimado poderá ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) requerendo a inconstitucionalidade do art. XX da Lei ZZZ e, na mesma ação, pedir que o art. YY seja declarado constitucional? É possível, em uma mesma ação, cumular pedido típico de ADI com pedido típico de ADC?

SIM. O STF entendeu que é possível a cumulação de pedidos típicos de ADI e ADC em uma única demanda de controle concentrado.

A cumulação de ações, neste caso, além de ser possível, é recomendável para a promoção dos fins a que destinado o processo objetivo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, destinado à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional.

A cumulação objetiva permite o enfrentamento judicial coerente, célere e eficiente de questões minimamente relacionadas entre si.

Rejeitar a possibilidade de cumulação de ações, além de carecer de fundamento expresso na Lei 9.868/1999, traria como consequência apenas o fato de que o autor iria propor novamente a demanda, com pedido e fundamentação idênticos, ação que seria distribuída por prevenção.

STF. Plenário. ADI 5316 MC/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 21/5/2015 (Info 786).

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ajuizou a ADI 5316 contra a EC 88/2015 formulando dois pedidos principais:

- A declaração de inconstitucionalidade da expressão "nas condições do art. 52 da Constituição Federal" contida no art. 100 do ADCT, introduzido pela EC 88/2015 (pedido típico de ADI); e
- A declaração de constitucionalidade da exigência de lei complementar para que a aposentadoria compulsória aos 75 anos fosse estendida para juízes e Desembargadores, nos termos do inciso II do § 1º do art. 40 da CF/88 e do art. 100 do ADCT, com redação dada pela EC 88/2015 (pedido típico de ADC).

Outro exemplo, é o caso da ADPF 378 (explicação do Dizer o Direito, retirada do Info 812). O Partido Comunista do Brasil (PCdoB) ingressou, no STF, com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) pedindo o reconhecimento da ilegitimidade constitucional de dispositivos e interpretações da Lei nº 1.079/50.

Cabia ADPF neste caso?

SIM. O STF entendeu que os três pressupostos para a admissibilidade da ação estão presentes:

1º) Violação a preceito fundamental. O autor da ação alega violação a preceito fundamental considerando que diversos dispositivos da Lei nº 1.079/50 seriam incompatíveis com a CF/88, dentre eles o sistema de governo, os princípios da separação de poderes, da soberania popular, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa etc., todos incluídos naquilo que podemos chamar de "preceitos fundamentais". Vale ressaltar que o STF possui entendimento de que compete a ele definir o que seja preceito fundamental a partir de um esforço hermenêutico.

2º) Resultante de ato do Poder Público. Os preceitos questionados da Lei nº 1.079/50 são atos estatais que podem ser objeto de ADPF, uma vez que esta pode ser manejada inclusive em relação a atos anteriores à Constituição.

3º) Subsidiariedade. Está presente também o requisito da subsidiariedade. Isso porque a ADPF questiona lei anterior à CF/88, de forma que não seria possível, neste caso, propor ADI.

Mas na ADPF proposta pelo PC do B são impugnados também dispositivos dos Regimentos Internos da Câmara e do Senado e estes são posteriores à CF/88. Logo, caberia ADI. Além disso, na ADPF 378, o partido pede que o STF supra omissão inconstitucional da legislação (pedido ligado à ADI por omissão). O fato de haver esses outros pedidos (relacionados com ADI e com ADI por omissão) não torna a ADPF inadmissível?

NÃO. As ações diretas de inconstitucionalidade (ADI genérica, ADC, ADI por omissão, ADPF) são fungíveis entre si. Em razão dessa fungibilidade, é possível propor uma única ação direta, no caso, a ADPF, cumulando pedidos para: a) não recepção de norma anterior à Constituição (Lei nº 1.079/50); b) declaração da inconstitucionalidade de normas posteriores (regimentos internos); c) superação da omissão parcial inconstitucional.

Não seria razoável exigir que fossem propostas três ações diferentes para atingir os três objetivos acima, sendo que todos eles estão interligados e devem ser apreciados e decididos conjuntamente. Neste caso, diante da proibição de ADI contra normas anteriores à CF/88, a ADPF é a ação que melhor engloba essas três pretensões.

1.9. POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE ACORDO

A finalidade principal da ADI, ADC e da ADPF é garantir a supremacia da Constituição, protegendo a ordem constitucional objetiva.

Apesar disso, é possível a celebração de acordo, foi o que decidiu o STF na ADPF 165/DF, desde que desde que fique demonstrado que há no feito um conflito intersubjetivo subjacente (implícito), que comporta solução por meio de autocomposição.

Além disso, na homologação deste acordo, o STF não irá chancelar ou legitimar nenhuma das teses jurídicas defendidas pelas partes no processo. O STF irá apenas homologar as disposições patrimoniais que forem combinadas e que estiverem dentro do âmbito da disponibilidade das partes. A homologação estará apenas resolvendo um incidente processual, com vistas a conferir maior efetividade à prestação jurisdicional.

2. LEGITIMIDADE ATIVA

Está prevista no art. 103 da CF, é a mesma para ADI, ADC, ADPF e para ADO.

> *Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:*
> *I - o Presidente da República;*
> *II - a Mesa do Senado Federal;*
> *III - a Mesa da Câmara dos Deputados;*
> *IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;*
> *V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;*
> *VI - o Procurador-Geral da República;*
> *VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;*
> *VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;*
> *IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.*

Não se admite:

a) Desistência, nos termos do art. 5º da Lei 9.868/99. Tendo em vista que os legitimados não atuam para defender direito próprio, visam garantir a supremacia da CF.

> *Art. 5º Proposta a ação direta, não se admitirá desistência.*

b) Assistência. É previsto no Regimento Interno do STF.

c) Intervenção de terceiros, nos termos do art. 7º da Lei 9.868/99. No entanto, há a possibilidade de participação do *amicus curiae* (maioria entende que é espécie de intervenção de terceiros)

> *Art. 7o Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.*
> *(...)*
> *§ 2o O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.*

2.1. DISTINÇÃO ENTRE LEGITIMADOS

O art. 103 da CF ampliou consideravelmente o rol de legitimados. Até a CF/88, havia apenas um legitimado (PGR) e uma ação.

Segundo o STF, existem legitimados ativos UNIVERSAIS e ESPECIAIS.

2.1.1. Legitimados Universais

Não precisam demostrar a pertinência temática. Ou seja, nexo de causalidade entre o objeto impugnado e o interesse que o legitimado ativo representa.

União – sempre será UNIVERSAL

São legitimados universais:

a) Presidente da República;

Obs.: VICE não tem legitimidade, salvo se na titularidade do cargo, quando será realmente presidente ou governador.

b) Mesa do Senado Federal;

c) Mesa da Câmara dos Deputados;

Obs.: Mesa do CONGRESSO NACIONAL pode ajuizar estas ações (membros da câmara dos deputados e do senado federal)? INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA: CF não fala em mesa do Congresso, então não tem legitimidade, deve ser a da câmara ou do senado somente.

d) Procurador-Geral da República;

e) Conselho Federal da OAB (nenhum outro conselho é legitimado universal, apenas o da OAB)

> *STF - ADI 641 MC: "O rol do artigo 103 da Constituição Federal é exaustivo quanto a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Os denominados Conselhos, compreendidos no gênero 'autarquia' e tidos como a consubstanciar a espécie corporativista não se enquadram na previsão constitucional relativa as entidades de classe de âmbito nacional.[...] Daí a ilegitimidade 'ad causam' do Conselho Federal de Farmácia e de todos os demais que tenham idêntica personalidade jurídica - de direito público"*

f) Partidos Políticos com representação no CN.

STF – a legitimidade do Partido Político deve ser aferida no momento da propositura da ação. Não importa que depois se perca o representante, a ação contínua (a partir de 2004).

> *STF – ADI 2.618 Agr-AgR/PR: "EMENTA: Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Partido político. 3. Legitimidade ativa. **Aferição no momento da sua propositura**. 4. Perda superveniente de representação parlamentar. Não desqualificação para permanecer no polo ativo da relação processual. 5. Objetividade e indisponibilidade da ação. 6. Agravo provido."*

2.1.2. Legitimados Especiais

Precisam demonstrar a chamada **pertinência temática**. Tem que demonstrar na inicial que o objeto impugnado viola um interesse daqueles que ele representa. Nexo entre o objeto questionado e o interesse da categoria ou pessoas que ele representa: esse nexo é a pertinência temática.

Exemplo: CRM - só tem legitimidade se demonstrar que a norma impugnada viola interesse da classe dos médicos.

Exemplo: governador deve mostrar que o objeto impugnado viola interesses do estado.

Estado – sempre será ESPECIAL

São legitimados especiais:

a) Governador do DF e dos Estados;

b) Mesa da Assembleia Legislativa e da Câmara Legislativa (DF);

c) Confederação Sindical.

Obs.: as centrais sindicais não entram no conceito de confederação sindical. Não possuem legitimidade para impugnar leis ou atos normativos.

STF – ADI 1.442/DF: "No plano da organização sindical brasileira, somente as confederações sindicais dispõem de legitimidade ativa "ad causam" para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX), falecendo às centrais sindicais, em consequência, o poder para fazer instaurar, perante o Supremo Tribunal Federal, o concernente processo de fiscalização normativa abstrata. Precedentes

STF - ADI 271: CUT. Falta de legitimação ativa. constituída por pessoas jurídicas de natureza vária, e que representam categorias profissionais diversas [...] não é uma entidade que congregue os integrantes de uma determinada atividade ou categoria profissional ou econômica, e que, portanto, represente, em âmbito nacional, uma classe. Por outro lado, não é a autora uma confederação sindical

d) Entidade de Classe (Âmbito Nacional, presente em 1/3 ou 09 Estados)

Deve ser representativa de apenas uma categoria, seja de categoria profissional seja de categoria econômica.

Importante destacar que o STF, em mudança de entendimento, passou a admitir também a entidade de classe representante de categoria social.

*STF – ADPF 527/DF: 1. De acordo com a jurisprudência do STF, **as entidades de classe de âmbito nacional** devem reunir os seguintes requisitos para configuração da legitimidade ativa para propor ação direta: **(i) comprovação de associados em nove Estados da federação; (ii) composição da classe por membros ligados entre si por integrarem a mesma categoria econômica ou profissional; (iii) pertinência temática entre seu objetivo social e os interesses defendidos em juízo**. [...] 2. Superação da jurisprudência. A missão precípua de uma suprema corte em matéria constitucional é a proteção de direitos fundamentais em larga escala. Interpretação teleológica e sistemática da Constituição de 1988. Abertura do controle concentrado à sociedade civil, aos grupos minoritários e vulneráveis. 3. Considera-se classe, para os fins do 103, IX, CF/1988, o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica, profissional ou pela defesa de interesses de grupos vulneráveis e/ou minoritários cujos membros as integrem.*

*STF – ADI 4.406 (julgamento: 18.10.2019): 1. Legitimidade ativa ad causam da Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições de Ensino Superior – ANDIFES (art. 103, IX, da Constituição da República). **Ampliação da interpretação do conceito de "entidade de classe", na linha da atual tendência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Reconhecimento da pertinência temática com o objeto da demanda. Entidade representativa, em âmbito nacional, dos interesses das universidades e instituições de ensino superior federais. [...] A interpretação de entidade de classe deve, pois, ser ampla, a fim de abarcar outras configurações associativas que ultrapassem o conceito de categoria empresarial, corporativa ou profissional. A classe, aqui, refere-se às universidades e instituições de ensino superior federais, com uma finalidade institucional acadêmica em harmonia com a defesa do direito fundamental à educação.*

Em caso de atividade relevante, mesmo não estando presente em 1/3 dos Estados, deve-se reconhecer a legitimidade.

> *STF – ADI 2.866 MC/RN: "[...] 2. Legitimidade ativa. 3. Inaplicabilidade, no caso, do critério adotado para a definição do caráter nacional dos partidos políticos (Lei nº 9.096, de 19.9.1995: art. 7º), haja vista a relevância nacional da atividade dos associados da ABERSAL, não obstante a produção de sal ocorrer em poucas unidades da federação. 4. Plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade."*

Às vezes, determinada lei afeta mais de uma entidade de classe. Se for inconstitucionalidade formal, será declarada para todos. Nestes casos, o STF admite que toda lei seja declarada inconstitucional, mesmo que a pertinência temática seja apenas para parte da lei.

> *STF – ADI 4.364/SC: "[...] 1. A exigência de pertinência temática não impede, quando o vício de inconstitucionalidade for idêntico para todos os seus destinatários, o amplo conhecimento da ação nem a declaração de inconstitucionalidade da norma para além do âmbito dos indivíduos representados pela entidade requerente."*

> *STF – ADI 3.710/GO: "O ato normativo atacado prevê a isenção de pagamento por serviço de estacionamento não apenas em estabelecimentos de ensino, mas também em outros estabelecimentos não representados pela entidade autora. Tratando-se de alegação de inconstitucionalidade formal da norma atacada, torna-se inviável a cisão da ação para dela conhecer apenas em relação aos dispositivos que guardem pertinência temática com os estabelecimentos de ensino."*

Por fim, o STF admite como legitimado a associação de associação, formadas por pessoas jurídicas.

Esquematizando:

LEGITIMAÇÃO	PODER EXECUTIVO	PODER LEGISLATIVO	PODER JUDICIÁRIO	MP	OUTROS
UNIVERSAL ("*União*")	Presidente da República	Mesa da Câmara de Deputados e Senado Federal	X	PGR (antes da CF/88 era único legitimado)	-**Partido Político** (representação no CN) -**OAB** (Conselho Federal)
ESPECIAL ("*Estadual*")	Governador (Estados e DF)	Mesa da Assembleia Legislativa e da Câmara Legislativa (DF)	X	X	-**Confederação Sindical**. -**Entidade de Classe** (Âmbito Nacional, presente em 1/3 ou 09 Estados)
			Princípio da Inércia		

Por fim, destaca-se que somente os Partidos Políticos, Confederação Sindical e Entidade de Classe **não tem capacidade postulatória**, dependem de advogado para ajuizar a ação. Todos os demais possuem capacidade postulatória.

3. PARÂMETRO DE CONTROLE

O parâmetro é a norma de referência, ou seja, a norma que será invocada quando for feito o pedido de inconstitucionalidade.

Importante salientar que a causa de pedir é aberta, isto é, o STF não fica subordinado a causa de pedir nas ações de controle concentrado abstrato. Nestas ações, a causa de pedir é a violação de determinado dispositivo da CF.

Obs.: PEDIDO = declaração da inconstitucionalidade de determinada lei.

CAUSA DE PEDIR = violação a determinado dispositivo constitucional.

Assim, por exemplo, pode-se propor uma ADI contra a LC 105, usando como parâmetro o art. 5º, XII. O STF pode declarar a inconstitucionalidade com base no art. 5º, X.

> *STF - ADI 2.396/MC: "[...] 4. ADIN. Cognição aberta. O Tribunal não está adstrito aos fundamentos invocados pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expendidos na inicial."*

> *STF - ADI 3.576/RS: "[...] ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE PEDIR ABERTA. ART. 167, IV, DA CARTA MAGNA."*

3.1. ADI E ADC

Pode-se invocar, como parâmetro, qualquer norma formalmente constitucional. Assim, salvo o preâmbulo, todas as normas da CF e as normas do ADCT de eficácia exaurível podem ser invocadas como parâmetro.

Ademais, os princípios expressos e implícitos, bem como as normas contidas em tratados e convenções internacionais de direitos humanos, desde que aprovados por 3/5 e em dois turnos de votação, podem ser utilizados como parâmetro na ADI e na ADC.

3.2. ADPF

Apenas preceito fundamental da CF pode ser invocado como parâmetro.

Preceito fundamental é a norma que possui determinada fundamentalidade. Ou seja, é imprescindível à identidade e ao regime adotado pela constituição. Cita-se, como exemplo:

a) Título I da CF - Princípios fundamentais;

b) Título II da CF – direitos e garantias fundamentais (preceitos);

c) Princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII);

d) Cláusulas pétreas (expressas ou implícitas).

O STF, na ADPF 1, afirmou que caberá ao próprio Supremo definir o que será ou não considerado preceito fundamental, na análise do caso concreto.

4. OBJETO

Para o objeto, ao contrário do que ocorre com o parâmetro, vale a regra da adstrição. Ou seja, o STF fica vinculado ao que foi pedido. Assim, por exemplo, pede-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei X, não pode o STF declarar a inconstitucionalidade do art. 10.

> *STF - ADI 2.182/DF: "1. Questão de ordem: pedido único de declaração de inconstitucionalidade formal de lei. Impossibilidade de examinar a constitucionalidade material."*

Há, contudo, algumas exceções. Vejamos:

a) Interdependência – por vezes, determinados dispositivos não fazem sentido autonomamente dentro de uma lei, precisam de outros para fazer sentido. Nestes casos, o STF pode declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo e por arrastamento de outro, a fim de que não fique "solto" na lei. Haverá inconstitucionalidade por arrastamento horizontal.

> *STF – ADI 4.451 MC-REF/DF: "[...] 8. Suspensão de eficácia do inciso II do art. 45 da Lei 9.504/1997 e, por **arrastamento**, dos § 4º e § 5º do mesmo artigo, incluídos pela Lei 12.034/2009."*

b) Inconstitucionalidade consequente – ocorre quando determinado ato é inconstitucional como consequência da inconstitucionalidade da lei. Por exemplo, declara-se a inconstitucionalidade de um decreto que regulamentava uma lei considerada inconstitucional. Haverá inconstitucionalidade por arrastamento vertical.

c) Revogação por ato de semelhante conteúdo – ocorre quando determinada lei é impugnada no STF e é revogada por outra lei de conteúdo quase idêntico. Nestes casos, pode declarar a inconstitucionalidade da nova lei.

> *STF – ADI 3.147-ED/PI: "A derrogação do ato normativo originalmente atacado (Decreto 11.435/2004 do Estado do Piauí) não impede a formulação de juízo de inconstitucionalidade do ato superveniente com semelhante conteúdo (Decreto 11.248/2006) e, como o anterior, afrontoso à Súmula Vinculante/STF 2.*

4.1. PERSPECTIVAS

4.1.1. Material

ADI E ADC

De acordo com o art. 102, I da CF, poderão ser objetos da ADI e ADC leis, inclusive de efeitos concretos (lei que é materialmente um ato administrativo, com destinatário certo ou objeto determinado) ou atos normativos (dotado de generalidade e abstração), vigentes e eficazes, que violem diretamente a Constituição.

> *Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*
> *I - processar e julgar, originariamente:*
> *a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;*

> *STF - ADI 4.049/DF-MC: "[...] a lei não precisa de densidade normativa (lei de efeitos concretos) para se expor ao controle abstrato de constitucionalidade, devido a que se trata de ato de aplicação primária da Constituição. Para esse tipo de controle, exige-se densidade normativa apenas para o ato de natureza infralegal".*

De acordo com o STF, não podem ser objeto de ADI ou ADC:

a) Atos tipicamente regulamentares.

Os decretos regulamentares ainda que tenham exorbitado os limites da regulamentação legal não podem ser objeto de ADI ou ADC. "Tipicamente regulamentar" – um ato normativo primário entre ele e a CF.

OBS: o decreto regulamentar autônomo (fundamento direto na CF poderá ser objeto). Em suma, atos infralegais (portarias, decretos) poderão ser objeto, desde que dotados de generalidade e que violem diretamente a CONSTITUIÇÃO.

b) Normas constitucionais originárias

Não se submete ao controle de constitucionalidade.

STF não tem competência para analisar estas normas (**princípio da unidade constitucional:** não há hierarquia entre normas originárias).

Obs.: é diferente no caso de Emendas Constitucionais que são oriundas do poder reformador.

c) Leis ou normas de efeitos concretos já exauridos

Não estão mais ameaçando a Supremacia da Constituição, tendo em vista que não possuem mais aptidão para produzirem efeitos.

d) Leis temporárias

Há, contudo, duas exceções:

- Impugnação em tempo adequado e inclusão em pauta antes do exaurimento da sua eficácia;

- Quando, apesar do lapso temporal fixado, continua produzindo algum tipo de efeito.

e) Normas revogadas

Não estão mais ameaçando a supremacia da constituição, por isso não se justifica a propositura de ADI ou de ADC.

Há, contudo, duas exceções:

- Fraude processual – ocorre quando, por exemplo, uma Assembleia edita uma lei objeto de ADI, antes do julgamento revoga a lei e edita outra lei idêntica.
- Julgamento tiver sido iniciado pelo STF e não há comunicação de que a lei foi revogada.

f) Questões "interna corporis"

São questões que devem ser resolvidas internamente dentro daquele poder. A doutrina costuma chamar de ***questões próprias de regimento interno***. Em regra, elas não podem sequer ser objeto de apreciação pelo judiciário. Em regra, pois recentemente foi mitigado pelo STF: quando for questão interna *corporis* envolvendo violações de direitos constitucionais, sobretudo fundamentais.

g) Leis suspensas pelo Senado

h) Medidas provisórias revogadas, rejeitadas ou havidas por prejudicadas

E os direitos violados, por exemplo, durante a vigência de uma lei revogada? Ora, como dito, a ADI/ADC não visa tutelar direitos subjetivos, estes poderão ser objeto de controle difuso, ADPF.

ADPF

Em relação à ADPF, o objeto será qualquer ato do poder público (muito mais amplo), nos termos do art. 1º da Lei 9.882/99, observe:

> ***Art. 1º*** *A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.*
> *Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:*
> *I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;*

A doutrina interpreta o parágrafo único e o *caput* do art. 1º em conjunto, entendendo que o objeto será qualquer ato do poder público que viole diretamente a Constituição.

Não podem ser objeto da ADPF:

a) Atos tipicamente regulamentares – a violação deve ser direta.

b) Normas constitucionais originárias – princípio da unidade da constituição impede.

c) Súmulas comuns e súmulas vinculantes

Obs.: é entendimento antes do NCPC (valorização dos precedentes).

d) Propostas de emenda à Constituição – pois não é ato do poder público pronto e acabado. É algo que está sendo formado no parlamento.

e) Veto – tanto o veto jurídico (por inconstitucionalidade) quando o veto político (que contraria o interesse público, na visão do Presidente), pois devem ser analisados no âmbito político.

f) Decisões judiciais **transitadas em julgado** – caberá ação rescisória. Não tendo transitado em julgado, o STF tem admitido (ADPF 101: importação de pneus usados).

g) Leis revogadas

Gilmar Mendes – sempre defendeu a possibilidades.

Celso de Melo – não pode, pois não há mais ameaça à supremacia constitucional.

No final de 2017, o STF, por maioria, admitiu que lei revogada pode ser objeto de ADPF.

> *STF – ADI 2.028/DF: "[...] por coerência com os precedentes do Tribunal, as ações diretas ora em exame devem ser conhecidas como Ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, já que estas admitem a impugnação de atos normativos já revogados.*

4.1.2. Temporal

a) ADC

Norma posterior ao parâmetro invocado.

ADC: foi criada pela EC 03/93, mesmo assim as normas anteriores a ela podem ser objeto de ADC (já existia ADI ação ambivalente), porém não poderão se forem antes da CF/88, de acordo com o STF (porque aí seriam anteriores à própria ADI).

b) ADI

Norma posterior ao parâmetro.

Ser posterior a 05/10/88, se anteriores, mesmo se forem contrários não poderão ser considerados inconstitucionais, apenas revogados ou não recepcionados pela CF. O mesmo ocorre no caso de emendas posteriores ao parâmetro por ela definido, posteriores a entrada em vigor da emenda. Como já mencionado, não existe inconstitucionalidade superveniente no BR. Enfim, o ato deve ser **posterior ao parâmetro constitucional invocado.**

c) ADPF

Para que um ato possa ser objeto dessa ação, ele pode ser anterior ou posterior ao parâmetro.

A ADPF é uma arguição de descumprimento de preceito fundamental, por isso pode ser anterior.

4.1.3. Espacial

a) ADC

Só pode ter como objeto lei ou ato normativo da esfera FEDERAL.

*_Justificativa_: Quando a ADC foi criada (antes da EC/45) somente eram legitimados a propor a ADC autoridades **federais** (por isso, somente "lei ou ato normativo **federal**"): mesa do senado, câmara, PGR e presidente. Com a EC/45, foram ampliados os legitimados a propor a ADC, sendo igualada a ADI, mas o objeto não foi alterado.

b) ADI

Lei ou ato normativo tanto da esfera FEDERAL ou da esfera ESTADUAL.

> *Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*
> *I - processar e julgar, originariamente:*
> *a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;*

Uma lei no Distrito Federal pode ser objeto de ADI? Esta lei trata tanto de matéria de competência dos estados, como dos municípios. Se tratar de matéria de competência municipal não poderá, porém se for de matéria de conteúdo de lei estadual, PODERÁ.

> ***STF*** *- SÚMULA Nº 642 NÃO CABE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI DO DISTRITO FEDERAL DERIVADA DA SUA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL*

b) ADPF

Ato do poder público federal, estadual ou municipal.

5. PARTICIPAÇÃO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES

5.1. AMICUS CURIE

5.1.1. Conceito

Amicus curiae (amici curiae no plural), em uma tradução literal do latim, significa "amigo da corte" ou "amigo do tribunal". É alguém que, mesmo sem ser parte, em razão de sua representatividade, é chamado ou se oferece para intervir em processo relevante. Com o objetivo de apresentar ao Tribunal a sua opinião sobre o debate que está sendo travado nos autos, fazendo

com que a discussão seja amplificada e o órgão julgador possa ter mais elementos para decidir de forma legítima.

Alguns autores afirmam que esta figura surgiu no direito processual penal inglês, enquanto outros identificam uma origem mais remota, lembrando que havia figura assemelhada no direito romano.

5.1.2. Papel

Visa conferir legitimidade social às decisões proferidas pelo STF, pluralizando suas decisões, tornando o debate mais democrático.

Seu papel está relaciono ao método concretista da constituição aberta (Peter Häberle).

5.1.3. Natureza

Existe muita polêmica sobre este ponto, mas prevalece, entre os Ministros do STF, que o amicus curiae é uma forma de intervenção anômala de terceiros.

No CPC/15, a figura da amicus curiae é tratada dentro da intervenção de terceiros.

Obs.: O Ministro Fux entende que o amicus curiae não é parte e nem terceiro, mas apenas um agente colaborador.

5.1.4. Admissibilidade

O amicus curiae pode ser convocado de ofício pelo Tribunal, ou, então, pleitear sua participação no processo.

O STF já decidiu que o pedido de admissão do amicus curiae deve ser assinado por advogado constituído, sob pena de não ser conhecido (ADPF 180/SP). Além disso, o amicus curiae não poderá intervir se o processo já foi liberado pelo Relator para que seja incluído na pauta de julgamentos (STF ADI 4071).

Por fim, é o relator, em despacho irrecorrível, que irá admitir (não cabe recurso) ou inadmitir (caberia agravo interno) a participação.

5.1.5. Forma de manifestação

1) ***O amicus pode apresentar memoriais***?

SIM. O amicus curiae tem a prerrogativa de apresentar memoriais, pareceres, documentos etc. com o objetivo de subsidiar os julgadores com dados técnicos sobre a causa.

2) ***O amicus pode aditar o pedido contido na inicial***?

NÃO. O amicus curiae, uma vez admitido seu ingresso no processo objetivo, tem direito a ter seus argumentos apreciados pelo Tribunal, inclusive com direito a sustentação oral, mas NÃO

TEM direito a formular pedido ou de aditar o pedido já delimitado pelo autor da ação (AC 1362 / MG).

3) ***O amicus tem direito de fazer sustentação oral***?

• Nos processos perante o STF: SIM. Para o STF, o amicus curiae, uma vez formalmente admitido no processo tem o direito de fazer sustentação oral (ADI 2777/SP).

• Nos processos perante o STJ: NÃO. A Corte Especial do STJ definiu, em Questão de Ordem examinada no REsp 1.205.946/SP (Rel. Min. Benedito Gonçalves, sessão de 17.8.2011), que o amicus curiae NÃO TEM direito à sustentação oral. Excepcionalmente, o STJ poderá convocá-lo para sustentação oral se assim entender necessário.

4) ***O amicus curiae pode intervir em mandado de segurança***?[9]

Trata-se de tema polêmico.

1ª corrente: NÃO. No processo de mandado de segurança não é admitida a intervenção de terceiros nem mesmo no caso de assistência simples. Se fosse admitida a intervenção do amicus curiae, isso poderia comprometer a celeridade do mandado de segurança (STF. 1ª Turma. MS 29192/DF, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 19/8/2014. Info 755).

Obs.: vale ressaltar que a 1ª e 2ª Turma do STJ também já se manifestaram pela impossibilidade de intervenção de terceiros no Mandado de Segurança em razão do rito procedimental ainda que na modalidade de assistência litisconsorcial, vide: STJ. 2ª Turma. EDcl-RMS 49.896/ RS; Rel. Min. Og Fernandes; DJE 13/12/2017; STJ. 1ª Turma AgInt-EDcl-RMS 52.066/BA; Rel. Min. Gurgel de Faria; Julg. 03/05/2018; DJE 07/06/2018

2ª corrente: SIM. A doutrina defende que, com o novo CPC, é possível a intervenção de amicus curiae em processo de mandado de segurança (Enunciado nº 249 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). No mesmo sentido: STF. Decisão monocrática. MS 32451, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 27/06/2017.STF. Decisão monocrática. MS 35785, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 09/03/2020.

5) ***O amicus curiae pode formular pedido de concessão liminar***?[10]

O amicus curiae não tem legitimidade para propor ação direta; logo, também não possui legitimidade para pleitear medida cautelar. Assim, a entidade que foi admitida como amicus curiae em ADPF não tem legitimidade para, no curso do processo, formular pedido para a concessão de medida cautelar (STF ADPF 347 – Info 970).

9 https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/735b90b4568125ed6c3f678819b6e058?palavra-chave=amicus+curiae

10 https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/dac32839a9f0baae954b41abee610cc0?palavra-chave=amicus+curiae

5.1.6. Requisitos

A Lei prevê apenas para os casos de ADI. No entanto, o STF tem admito para ADC e para ADPF, por analogia.

a) Objetivo – relacionado à relevância da matéria.

b) Subjetivo – representatividade dos postulantes.

Ademais, o STF exige, no controle concentrado, mais dois requisitos, quais sejam:

- Pertinência temática

> *STF – ADI 3.931/DF: "A pertinência temática também é requisito para a admissão de amicus curiae e a Requerente não o preenche. Reduzir a pertinência temática ao que disposto no estatuto das entidades sem considerar a sua natureza jurídica colocaria o Supremo Tribunal Federal na condição submissa de ter que admitir sempre qualquer entidade em qualquer ação de controle abstrato de normas como amicus curiae, bastando que esteja incluído em seu estatuto a finalidade de defender a Constituição da República."*

- Somente órgãos ou entidades. Não pessoas físicas ou pessoa natural.

> *STF – ADI 4.178/GO: "[...] 4. Não assiste razão ao pleito de [...], que requerem admissão na condição de amici curiae. É que os requerentes são pessoas físicas, terceiros concretamente interessados no feito, carecendo do requisito de representatividade inerente à intervenção prevista pelo art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, o qual, aliás, é explícito ao admitir somente a manifestação de outros "órgãos ou entidades" como medida excepcional aos processos objetivos de controle de constitucionalidade."*

De acordo com o STF (ADI 3396), a pessoa física não tem representatividade adequada para intervir na qualidade de amicus curiae em ação direta. Salienta que o art. 138 do CPC/15, que prevê a possibilidade de pessoa física, não se aplica às ações de controle concentrado de constitucionalidade.

5.1.7. Prazo para ingresso

Em regra, deve ser solicitado antes de ser pautado para julgamento.

> *STF - RE 597.064/RJ: "[...] hodiernamente, o prazo para admissão dessa intervenção anômala passou a ser a liberação do feito pelo relator para julgamento em plenário ou a apresentação em mesa em caso de julgamento de medida cautelar. Todavia, excepcionalmente, mesmo após a liberação pelo relator, admite-se, em casos pontuais, que se permita essa intervenção tendo em vista a relevância da questão discutida e a representatividade da entidade postulante."*

5.1.8. Interposição de recursos

O amicus curiae não pode recorrer porque não é parte. Não pode nem mesmo opor embargos de declaração. Essa é a posição do STF (ADI 3615 ED/PB).

> *STF – ADI 3.615 ED/PB: "1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é assente quanto ao não cabimento de recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. 2. Exceção apenas para impugnar decisão de não admissibilidade de sua intervenção nos autos. 3. Precedentes. 4. Embargos de declaração não conhecidos."*

Em relação ao cabimento de recurso contra a decisão que admite ou inadmite a participação do amicus curiae, temos:

- Da decisão que ADMITE: o art. 138 do CPC/2015 expressamente prevê que se trata de decisão irrecorrível:

> *Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação*

- Da decisão que INADMITE: o STF, em julgado notificado no Info 985 (ADI 3396/DF), decidiu que SIM. É recorrível a decisão denegatória de ingresso no feito como amicus curiae. É possível a impugnação recursal por parte de terceiro, quando denegada sua participação na qualidade de amicus curiae.

Essa posição é pacífica[11]? NÃO. Em 17/10/2018, o Plenário do STF (RE 602584 AgR/DF, - Info 920) decidiu que tanto a decisão do Relator que ADMITE como a que INADMITE o ingresso do amicus curiae é irrecorrível.

Neste novo julgado (ADI 3396 AgR/DF – Info 985), a decisão foi tomada por uma apertada maioria:

- 5 Ministros votaram pela recorribilidade: Celso de Mello, Rosa Weber, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.
- 4 Ministros votaram pela irrecorribilidade: Luiz Fux, Dias Toffoli, Edson Fachin e Cármen Lúcia.

Os Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso não votaram.

O Ministro Celso de Mello (relator) esclareceu que se posicionou, no caso concreto, pelo conhecimento do recurso, pois ele foi interposto em 2011 e, nessa época, havia precedentes que admitiam o cabimento do recurso. Logo, o Ministro Celso de Mello afirmou que votou baseado na realidade daquela época. Vale ressaltar, no entanto, que o Ministro explicou que, atualmente, o Plenário do STF tem entendido que é irrecorrível a decisão do relator que

11 https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c9dd73f5cb96486f5e1e0680e841a550?palavra-chave=amicus+curiae

admite ou inadmite o ingresso de amicus curiae em processos de controle concentrado. De igual modo, que o colegiado tem considerado inaplicável o art. 138 do CPC/2015 aos processos do controle concentrado de constitucionalidade.

Isso significa que o entendimento atual do Ministro Celso de Mello é o de a decisão que inadmite o amicus é irrecorrível. Assim, de acordo com Márcio Cavalcante, a maioria dos Ministros, se chamada novamente a se manifestar, irá afirmar que a decisão que admite ou inadmite amicus curiae é irrecorrível.

5.1.9. Principais diferenças em relação ao CPC/2015

	LEI 9868/99	CPC/2015
POSTULANTES	Apenas órgãos ou entidades. Não admite pessoa física.	Pessoa natural ou jurídica, bem como órgão ou entidade especializada.
INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS	NÃO cabe recurso, nem mesmo contra a decisão que negar a participação. Info 985 (2020) – STF entendeu que cabe (não é pacífico)	Embargos de declaração e recurso da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.
REQUISITOS	Objetivo: relevância da matéria. Subjetivo: representatividade dos postulantes	Objetivo: Relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda ou repercussão social da controvérsia Subjetivo: representatividade adequada.

Lei 9.868/99,
Art. 7º. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.
[...]
§ 2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

CPC/2015, Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.
§ 1º. A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º;
§ 3º. O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

5.2. PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

A função do PGR nestes processos é de "***custos constitutionis***", ou seja, atua como fiscal da ordem constitucional objetiva.

> *Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:*
> *VI - o Procurador-Geral da República;*
> *§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser* ***previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.***

Em todas as ações de controle concentrado (ADI, ADC, ADPF, ADO), obrigatoriamente deve ser ouvido previamente pelo STF, emitindo um parecer.

Demais ações.

STF: o PGR não precisa se manifestar formalmente em todos os processos de competência do STF, nos demais, basta que tenha conhecimento da TESE discutida nos processos.

Se o PGR entrar com ação, poderá desistir? Não poderá desistir, pois não é interesse próprio.

Poderá dar um parecer na mesma ação que ajuizou? Sim, inclusive em sentido contrário (se outro PGR assume, por exemplo, ou se ele depois tem outro entendimento sobre o assunto), ele só não poderá desistir.

5.3. ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

O AGU possui uma função especial, prevista no art. 103, §3º e uma função geral, prevista no art. 131.

1) **Função Geral:** chefe da AGU, representa o Poder Executivo. Nesta função, ele tem status de Ministro de Estado, por exemplo: se praticar crime comum vai ser julgado pelo STF, responsabilidade pelo Senado.
   Como chefe da AGU, está subordinado ao Presidente da República.

> ***CF*** *Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado,* ***representa a União****, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento,* ***as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo****.*

2) **Função Especial** (art. 103, §3º): função de "***DEFENSOR LEGIS***" enquanto o PGR atua como "custos constitutionis", o AGU vai defender que a lei é constitucional, sua função é defender a lei impugnada. É o curador do *princípio de presunção de constitucionalidade.*

> *CF 103, § 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a* ***INconstitucionalidade****, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União,* ***que defenderá o ato ou texto impugnado****.*

Se o Presidente da República ajuíza uma ADI, pelo AGU, questionando a constitucionalidade de uma lei, quando o AGU for citado pelo Supremo, deverá ainda assim defender a constitucionalidade da lei, não interessando se foi o "chefe" que ajuizou a ação, ele deverá defendê-la. Visto que, estará atuando em funções diferentes, quando ele ajuíza pelo Presidente da República, está na **função geral**, quando defende a lei, está na sua obrigação de *"**defensor legis**" (função específica).*

Ele é obrigado a defender também lei ou ato normativo estadual? **Sim.** Ele defenderá tanto a constitucionalidade de lei federal como de lei estadual, já que aqui ele não está na função de chefe da AGU, mas como defensor legis.

A participação do AGU se restringe apenas a ADI, ele só vai ser citado na ADI, não será na ADC nem ADPF.

*Explicação: na ADI se quer a inconstitucionalidade da lei, se defende a inconstitucionalidade. Neste caso, como o legitimado ativo está defendendo a inconstitucionalidade, o AGU trará, no polo oposto os argumentos de constitucionalidade – aqui temos os dois argumentos. O STF terá a tese e antítese para decidir. Entretanto, em uma ADC é diferente: o legitimado ativo defenderá a constitucionalidade, trará os argumentos de constitucionalidade, que é compatível com a constituição. Ou seja, os argumentos que seriam trazidos pelo AGU já são trazidos pelo legitimado. Nessas ações, o AGU vai manifestar-se sobre o tema, se for o caso, complementando os argumentos já elencados, mas **não será citado** para defender o ato.

Onde ele se **manifestará**: ADC, ADO e ADPF. Na ADI **é citado para defender o ato impugnado.**

O AGU está SEMPRE obrigado a defender o ato impugnado?

> *Art. 103 § 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que **defenderá** o ato ou texto impugnado.*

A princípio sim. Em tese = controle abstrato, mais especificamente na ADI.

Exceções (AGU não é obrigado a defender que a norma é constitucional)

1) **STF:** o AGU não é obrigado a defender uma tese jurídica considerada inconstitucional pelo STF.

Se o AGU for citado, deve defender. Mas se já tiver sido apreciada a tese pelo STF, (no caso de controle difuso anterior, por exemplo) não está obrigado a defender.

2) **STF:** Quando a lei contrariar interesse da União.

3) Ato cuja defesa seja inviável (impossibilidade de sanção).

6. LIMINAR

6.1. QUÓRUM

Em regra, no controle concentrado abstrato, a liminar deve ser analisada pelo Plenário do STF e não de maneira monocrática.

A concessão deve ser dada pela maioria absoluta dos ministros (seis), sendo necessária a presença de, no mínimo, oito ministros.

Há, contudo, algumas exceções, são casos em que será possível a concessão de liminar em decisão monocrática, pelo relator. São eles:

a) ADC – não possui exceção (DPE/PR), apenas o plenário poderá conceder;

> *Lei 9.868/99, Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação.*

Contudo, o STF já admitiu em alguns casos a concessão de liminar de forma monocrática. Observe:

> *STF – ADC 48 MC/DF, Rel. Min. Roberto Barroso: "(…) Diante do exposto, defiro a cautelar para determinar a imediata suspensão de todos os feitos que envolvam a aplicação dos artigos 1º, caput, 2º, §§ 1º e 2º, 4º, §§ 1º e 2º, e 5º, caput, da Lei 11.442/2007. Determino, por fim, a inclusão do processo em pauta, para referendo da cautelar e concomitante julgamento do mérito pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.*
>
> *STF – ADC 54 MC/DF, Rel. Min. Marc Aurélio: "(…) Convencido da urgência da apreciação do tema, aciono os artigos 10 da Lei nº 9.868/1999, 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 e 21, inciso V, do Regimento Interno e defiro a liminar para, reconhecendo a harmonia, com a Constituição Federal, do artigo 283 do Código de Processo Penal, determinar a suspensão de execução de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual."*

Novelino crítica o posicionamento do Supremo, principalmente na ADC 54, tendo em vista que:

- A decisão de Marco Aurélio foi contrária, à época, à jurisprudência do STF, contrariando de modo diverso ao que preceitua a lei.
- A decisão monocrática de Dias Toffoli (cassando a decisão do Min. Marco Aurélio), também não encontra amparo legal.
- O Min. Marco Aurélio, além de conceder a liminar, conferiu a ela um efeito sem previsão legal: "suspensão de execução de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos"

b) ADI – possui duas exceções, uma prevista na lei (Presidente do STF poderá durante o período de recesso conceder a liminar) e outra prevista no regimento interno do STF (o relator poderá conceder a liminar no caso de extrema urgência).

> *Lei 9.868/99, Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.*
>
> *Art. 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.*

> *STF - ADI 4.638 MC/DF: "Reconheço que, conforme o preceito do artigo 21, inciso IV, do Regimento Interno, incumbia-me submetê-lo ao Colegiado Maior. Fi-lo, observando a Lei interna. Encerrados os trabalhos, abre-se a oportunidade para o acionamento do disposto no inciso V do referido artigo do Regimento Interno, a sinalizar ser* ***atribuição do relator 'determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior****, ad referendum do Plenário ou da Turma'. Daí a providência que ora implemento, presente a circunstância de o processo ter sido incluído na pauta de várias sessões do Plenário, no total de treze, isso sem considerar as outras que ocorreram após a liberação para o crivo do Colegiado."*

c) ADPF – a lei prevê três exceções:

- Recesso – Presidente ou Vice-Presidente poderão conceder;
- Extrema urgência – Relator
- Perigo de grave lesão – Relator

> *Lei 9.882/99, Art. 5º. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.*
> *§ 1º. Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno*

6.2. EFICÁCIA OBJETIVA E SUBJETIVA

Inicialmente, destaca-se que toda decisão liminar, em processo constitucional objetivo, possui efeito *erga omnes* (para todos) e eficácia vinculante (embora não esteja previsto expressamente na lei).

6.2.1. ADC

A liminar na ADC serve para:

- Suspender o julgamento de processos. Assim, nos processos em que a matéria objeto de ADC está sendo discutida, não pode haver o julgamento. É necessário aguardar o julgamento da ADC pelo STF;
- Suspensão de decisões;
- Proibição de afastamento da aplicabilidade da norma;

> *Lei 9.868/99, Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.*
> *Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.*

6.2.2. ADI

Na ADI a lei não prevê expressamente os efeitos. O professor afirma que serve para:

- Suspender a vigência e eficácia da norma;
- Suspender o julgamento de processos, STF aplica por analogia o art. 21 (visto acima), a fim de evitar decisões contraditórias.

Obs.: O indeferimento da liminar não gera nenhum efeito. Destaca-se que a não concessão de limitar não significa que o STF considera a lei constitucional, bem como que os tribunais e juízes não podem decidir de modo contrário. Significa apenas que o STF pode, simplesmente, ter entendido que os requisitos para o deferimento não estavam presentes.

6.2.3. ADPF

A liminar na ADPF serve para:

- Suspender a tramitação de processos;
- Suspender os efeitos de decisões judiciais e os efeitos de medidas, salvo se decorrentes da coisa julgada

> *Lei 9.882/99, Art. 5º, § 3º. A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.*

6.3. EFICÁCIA TEMPORAL

6.3.1. ADC

Como visto, na ADC a liminar suspende o julgamento de processos e pode proibir que a lei tenha sua aplicabilidade afastada.

Em regra, o efeito temporal será *ex nunc*, ou seja, de agora em diante. Lembrar: *nunc* NUNCA retroage. Contudo, é possível que o STF conceda efeito *ex tunc*, a fim de que ocorra a retroatividade, como ocorreu na ADC 12.

> *STF - ADC 12/DF: "[...] Medida liminar deferida para, com efeito vinculante: a) emprestar interpretação conforme para incluir o termo "chefia" nos inciso II, III, IV, V do artigo 2° do ato normativo em foco; b) suspender, até o exame de mérito desta ADC, o julgamento dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça c) obstar que juízes e Tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma Resolução nº 07/2005, do CNJ; e d) suspender, com eficácia ex tunc, os efeitos daquelas decisões que, já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação.*

6.3.2. ADI

Tratando-se de ADI, no mérito, a regra é o efeito *ex tunc*, tendo em vista que a lei inconstitucional possui natureza jurídica de ato nulo (já nasceu morta), a decisão irá apenas declarar. Contudo, na liminar, não há declaração, o STF apenas suspende a eficácia e a vigência. Por isso, em regra, a decisão será *ex nunc*, a decisão vale daquele momento em diante.

> *Lei 9.868/99, Art. 11. § 1º. A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.*

Ressalta-se que a concessão da liminar pode gerar o efeito repristinatório tácito, ou seja, uma lei anteriormente revogada, caso não tenha manifestação expressa do STF, voltará a produzir efeitos novamente.

> *Lei 9.868/99, Art. 11. § 2º. A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.*

6.3.3. ADPF

Por analogia, aplica-se o mesmo entendimento da ADI. Ou seja, em regra, o efeito será *ex nunc*.

6.4. OBRIGATORIEDADE

A decisão, seja em liminar seja no mérito, torna-se obrigatória após a publicação no Diário Oficial.

Lei 9.868/99, Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

7. DECISÃO DE MÉRITO

No controle concentrado abstrato a decisão é irrecorrível, não cabe nenhum recurso da decisão de mérito em ADI, ADC, ADPF e ADO, salvo embargos declaratórios.

Lei 9.868/99, Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

Lei 9.882/99, Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

7.1. QUÓRUM

O quórum de votação é 2/3, mesmo da liminar. Assim, para que haja o julgamento, pelo menos, oito ministros devem estar presentes.

Já para que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade ocorra, é necessário o voto de seis ministros (maioria absoluta). Caso o quórum não seja alcançado, a decisão não irá produzir efeitos.

Lei 9.868/99, Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

STF – ADI 4.167/DF: [...] o Tribunal julgou a ação improcedente, por maioria. Quanto à eficácia erga omnes e ao efeito vinculante da decisão em relação ao § 4º do art. 2º da Lei nº 11.738/2008, o Tribunal decidiu que tais eficácias não se aplicam ao respectivo juízo de improcedência, contra os votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa (Relator) e Ricardo Lewandowski.

- STF – ADI 4.066/DF: [...] No mérito, o Tribunal computou cinco votos (...) pela procedência da ação, e quatro votos (...) pela improcedência da ação, e, ***por não se ter atingido o quórum exigido pelo artigo 97 da Constituição****, não se pronunciou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995,* ***em julgamento destituído de eficácia vinculante****. Impedidos os Ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli.*

7.2. EFICÁCIA OBJETIVA E SUBJETIVA

Efeito contra todos e efeito vinculante.

Quando se fala em eficácia objetiva, fala-se em partes da decisão que irá produzir efeitos contra todos e efeito vinculante. Já eficácia subjetiva refere-se aos sujeitos que estão vinculados à decisão do STF.

> *CF/88, Art. 102, § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.*
>
> *Lei 9.868/99, Art. 28, Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.*
>
> *Lei 9.882/99, Art. 10, § 3º. A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.*

7.2.1. <u>Quanto à eficácia subjetiva</u>

A eficácia *erga omnes* atinge a todos, tanto particulares quanto os Poderes Públicos.

O efeito vinculante será apenas em relação aos Poderes Públicos (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário). Os particulares não são atingidos, pelo menos diretamente, pelo efeito vinculante.

a) Poder Judiciário

A CF refere-se a efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário. Assim, o Pleno do STF está excluído da decisão, ou seja, não fica vinculado a sua própria decisão.

Obs.: Os Ministros e os órgãos fracionados ficam vinculados à decisão anterior.

> *RISTF, art. 101. A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, **aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário**, salvo o disposto no art. 103; [...]*
>
> *Art. 103. Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário.*

b) Poder Legislativo e Poder Executivo

A atividade legiferante não pode ficar vinculada à decisão do STF, não importa se for praticada pelo Poder Executivo, em sua função atípica, ou pelo Poder Legislativo, em sua função

típica. Assim, o Chefe do Poder Executivo não fica vinculado para iniciativa de projeto de lei, sanção ou veto de projeto de lei, edição de medidas provisórias, leis delegadas, celebração de tratados de leis, pois fazem parte da sua atividade legiferante. Obviamente, fica vinculado nas questões administrativas.

Igualmente, o Parlamento não fica impedido de legislar sobre determinados temas, mesmo que o STF entenda que é inconstitucional. Ficam vinculados nas atividades administrativas, a exemplo da SV 13 e na atividade jurisdicional (ADPF 378).

A não-vinculação seja do STF seja da atividade legiferante é para evitar a **FOSSILIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO**, ou seja, evitar a petrificação das suas normas, que impediria a sua modificação por novos entendimentos.

7.2.2. Quanto à eficácia objetiva

Toda decisão judicial pode ser dividida em três partes, quais sejam:

a) Relatório

b) Fundamentação

Pela Teoria Extensiva os **motivos determinantes** para que se chegue à decisão terão efeitos vinculantes.

Denomina-se de *transcendência dos motivos*. Assim, as razões (***ratio decidendi***) que levaram o Tribunal a tomar determinada decisão são vinculantes. Já as questões acessórias (***obiter dicta***), não são vinculantes.

O STF não aplica a teoria da transcendência dos motivos determinantes, pelo menos de maneira formal, pois alguns Ministros (Barroso) adotam em decisões monocráticas, geralmente, em reclamações.

> *STF - RCL 2.990-AgR: "EMENTA: I. Reclamação. Ausência de pertinência temática entre o caso e o objeto da decisão paradigma. Seguimento negado. II. Agravo regimental. Desprovimento. Em recente julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das decisões de ações de controle abstrato de constitucionalidade (RCL 2475-AgR, j. 2.8.07)." (g.n.)*

O Supremo acolhe a teoria restritiva, de forma que somente o dispositivo da decisão produz efeito vinculante. Os motivos invocados na decisão (fundamentação) não são vinculantes.

c) Dispositivo

Possui efeito *erga omnes* e vinculante.

7.3. EFICÁCIA TEMPORAL

Assim como na liminar, a obrigatoriedade da decisão ocorrerá a partir da publicação da ata de sessão de julgamento.

Em regra, o efeito é *ex tunc*, ou seja, eficácia retroativa, tendo em vista que se adota o princípio da nulidade.

> *STF – ADI 875/DF: [...] "o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a forma de interesse social relevante."*

Em determinados casos, haverá a modulação dos efeitos da decisão, podendo ser:

- *Ex nunc* – na ADI 4.029 o STF analisou uma MP que criou o Instituto Chico Mendes e, incidentemente, declarou inconstitucional uma resolução do Congresso Nacional que tratava sobre a forma de aprovação da MP. Para não gerar efeitos em outras medidas provisórias, aprovadas seguindo o rito da resolução, modulou os efeitos, após questão de ordem.

  > *STF – ADI 4.029/AM: "[...] O Tribunal acolheu questão de ordem suscitada pelo Advogado-Geral da União, para, alterando o dispositivo do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029, ficar constando que o Tribunal julgou improcedente a ação, com declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 5º, caput, artigo 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 01/2002, do Congresso Nacional,* ***com eficácia ex nunc*** *em relação à pronúncia dessa inconstitucionalidade...".*

- *Pro futuro* – na ADI 1842, que trava de saneamento básico, para que não houvesse uma lacuna no ordenamento jurídico, o STF declarou inconstitucional, mas fixou o prazo de 24 meses para que uma nova lei fosse editada.

  > *- STF – ADI 1.842/RJ: "[...] 6. Modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Em razão da necessidade de continuidade da prestação da função de saneamento básico, há excepcional interesse social para vigência excepcional das leis impugnadas, nos termos do art. 27 da Lei n. 9868/1999, pelo prazo de 24 meses, a contar da data de conclusão do julgamento, lapso temporal razoável dentro do qual o legislador estadual deverá reapreciar o tema.*

Para que seja possível a modulação de efeitos, é necessário o preenchimento de certos requisitos, são eles:

- Quórum de 2/3;
- Razões de segurança jurídica ou razões de excepcional interesse social.

> *Lei 9.868/99, Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros,* ***restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado****.*

> *Lei 9.882/99, Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*

7.4. TÉCNICAS DE DECISÃO JUDICIAL

7.4.1. Declaração de inconstitucionalidade com redução parcial/total de texto

Na redução total de texto, todo o texto da lei é declarado inconstitucional. Por exemplo, uma lei de um Estado que usurpa a competência da União, toda a lei será inconstitucional, será reduzida a nada.

Por outro lado, na redução parcial apenas parte da lei será inconstitucional. Ressalta-se que poderá incidir sobre apenas uma palavra ou expressão, desde que não altere o sentido do texto remanescente. Nesse sentido, ADI 508/MG:

> *STF - ADI 508/MG: "Ação Direta julgada procedente, pelo STF, para declarar a **inconstitucionalidade das expressões** "e da Constituição da República" e "em face da Constituição da República", constantes do art. 106, alínea "h", e do parágrafo 1° do art. 118, todos da Constituição de Minas"*

Aqui, o tribunal atua como um legislador negativo (Kelsen em "Jurisdição Constitucional"), pois é como se estivesse revogando a lei inconstitucional. Caso altere o sentido, o Tribunal atuará como legislador positivo, por isso não será admitido.

> *STF - ADI 2645 MC/TO: "[...] II. Ação direta de inconstitucionalidade parcial: incindibilidade do contexto do diploma legal: impossibilidade jurídica. 1. Da declaração de inconstitucionalidade adstrita à regra de aproveitamento automático decorreria, com a subsistência da parte inicial do art. 170, a inversão do sentido inequívoco do pertinente conjunto normativo da L. 1284/01.*

7.4.2. Declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto x interpretação conforme à Constituição

Como, muitas vezes, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme à CF são usadas como equivalentes, iremos abordar seus pontos em comum e suas distinções.

Ressalta-se que a jurisprudência do STF, na maioria das vezes, mistura as duas técnicas.

PONTOS EM COMUM:

a) **Normas polissêmicas** – são normas que possuem vários significados. É possível mais de uma interpretação, tendo em vista que o texto não é unívoco.

b) **Redução do âmbito de aplicação do dispositivo** – como é possível mais de um significado, o tribunal exclui um determinado sentido atribuível ao dispositivo, sem que haja qualquer alteração no seu texto. O texto permanece igual, mas a interpretação sobre ele é alterada. Para que um dispositivo constitucional se transforme em uma norma jurídica, ele deve ser interpretado (a norma é o produto da interpretação – é a técnica mais admitida pela dogmática jurídica). Esse dispositivo pode ter uma interpretação "A" e gerar uma "norma A", ou pode-se interpretá-lo do modo "B", que vai gerar a "norma B". Se a norma B for incompatível com a Constituição, o tribunal irá excluir o sentido atribuído à norma "B".

c) **Ausência de alteração no texto normativo** – o texto não sofre qualquer tipo de modificação, permanece exatamente o mesmo. Altera-se o significado do dispositivo.

DIFERENÇAS:

DECLARAÇÃO DE NULIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO	INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO
Técnica de decisão	Técnica de decisão E Princípio interpretativo
Em tese, pode ser utilizado apenas no controle concentrado. Obs.: STF utiliza no controle difuso incidental.	Pode ser utilizado tanto no controle difuso quanto no controle concentrado.
Afasta o sentindo inconstitucional e permite os demais significados.	Confere um sentido constitucional e afasta os demais significados.

O STF utiliza, em alguns casos, como técnicas distintas e, em outras, como técnicas equivalentes. Observe:

I – Exemplos de decisões como técnicas distintas

> *STF – RE 704.292/PR: "Declaração de inconstitucionalidade material sem redução de texto, por ofensa ao art. 150, I, da Constituição Federal, do art. 2º da Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, de forma a excluir de sua incidência a autorização dada aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas para fixar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas...".*

ADI 3685 (objeto: EC 56/2006) – o TSE fez resolução dizendo que as coligações feitas no âmbito federal deveriam ser respeitadas no âmbito estadual, nas eleições para governador (verticalização). Essa resolução foi questionada no STF, que entendeu ser constitucional. O legislador, não satisfeito com a decisão do Supremo, editou a EC 56/2006 (art. 17, § 1º, CF: "e para adotar os critérios de escolha e regime de suas coligações eleitoral, sem obrigatoriedade...municipal"). Só que essa EC foi feita no mesmo ano das eleições, e existe o princípio da anterioridade eleitoral (art. 16, CF). Supremo entendeu que esse dispositivo era cláusula pétrea. O STF excluiu a aplicação da EC 56/2006 das eleições que ocorreram em 2006. Essa interpretação de que ela se aplicaria às eleições de 2006 foi excluída, porque incompatível com o princípio da anterioridade. Só passou a vigorar nas eleições de 2010.

> *STF - ADI 3.685/DF: "Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência."*

II – Exemplos de decisões como técnicas equivalentes

Na ADI 4.815/DF, a rigor o STF fez uma declaração de nulidade sem redução de texto e não uma interpretação conforme.

> *STF – ADI 4.815/DF: "Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes...".*

Na ADPF 132/RJ, o STF utilizou a interpretação conforme para excluir um significado.

> *STF - ADPF 132/RJ: "[...] Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de 'interpretação conforme à Constituição'. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva."*

Obs.: Em prova objetiva, geralmente, não há distinção entre as duas técnicas. Em uma eventual segunda fase ou prova oral, o ideal é apontar os pontos em comum, as diferenças e, ainda, destacar o posicionamento do STF**.**

7.4.3. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade

Aqui, o STF faz uma modulação temporal dos efeitos da decisão, conferindo um efeito *pro futuro*. Ou seja, o STF declara que a norma é inconstitucional, mas não pronuncia sua inconstitucionalidade. Fixa um prazo para que a nulidade se estabeleça, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

O objetivo é evitar que haja um vácuo jurídico, ou seja, evitar que a supressão, pura e simples do ato normativo do Poder Público, possa gerar um vácuo jurídico que concretamente seria muito mais danoso ao texto constitucional do que a manutenção da norma invalidada.

> *STF - ADI 429/CE: "[...] 12. Pedido de inconstitucionalidade julgado parcialmente procedente para declarar: (i) inconstitucional o parágrafo 2º do art. 192, sem a pronúncia de nulidade, por um prazo de doze meses (ii) parcialmente inconstitucional o caput do art. 193, dando-lhe interpretação conforme para excluir de seu âmbito de incidência o ICMS;".*

> *STF - ADI 2.240/BA: "[...] LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CRFB. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO.*

SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA (...) 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado (...) 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia."

CONTROLE DIFUSO CONCRETO

1. ASPECTOS GERAIS

1.1. COMPETÊNCIA

O controle difuso é o exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário. Não se confunde com controle concreto, no qual o judiciário é motivado em virtude de caso concreto.

Aqui se trata de processo constitucional SUBJETIVO, pois o pedido da ação é um direito subjetivo. A inconstitucionalidade está na causa de pedir. Logo, a inconstitucionalidade é decidida na fundamentação da sentença (questão incidental, *incidenter tantum*), uma vez que no dispositivo será decidido apenas a procedência ou não do pedido (direito subjetivo).

LEMBRANDO: no Brasil todo controle difuso é concreto.

1.2. FINALIDADE

O controle concreto ou incidental é aquele que se contrapõe ao controle abstrato ou principal, este visa assegurar a supremacia da constituição, trata-se de um processo constitucional objetivo.

Por outro lado, no controle concreto a finalidade é a proteção de direitos subjetivos (processo constitucional subjetivo). Portanto, aplicam-se aqui todas as regras de processo subjetivo, a inconstitucionalidade é questionada de forma incidental, podendo ser declarada em um *habeas corpus*, em um mandado de segurança, em uma ação ordinária e em uma reclamação trabalhista.

O STF admite que a inconstitucionalidade seja declarada, inclusive, de ofício. Nesse sentido:

> *STF – AI 666.523 AgR/BA: Todo e qualquer órgão investido do ofício judicante tem competência para proceder ao controle difuso de constitucionalidade. Por isso, cumpre ao Superior Tribunal de Justiça, ultrapassada a barreira de conhecimento do especial, apreciar a causa e, surgindo articulação de inconstitucionalidade de ato normativo envolvido na espécie, exercer, provocado ou não, o controle difuso de constitucionalidade.*

Imagine, como exemplo, o caso de um cidadão que requer ao INSS benefício de prestação continuada, mas o benefício é negado, por ter renda *per capita* superior a ¼ do salário mínimo. Ao recorrer ao Judiciário, declarando que sua renda é inferior ao exigido pela lei, o juiz pode entender que, realmente, a renda é superior a ¼, mas que o dispositivo legal é incompatível com a Constituição.

Obs.: se a questão envolvendo a inconstitucionalidade surge no âmbito de um TRF ou TJ, devem ser interpostos, simultaneamente, o REsp para o STJ e o RE para o STF. Se a questão constitucional surge apenas no STJ, tendo a parte interpôs apenas o REsp, nada impede que o STJ, ao apreciar a questão, ultrapassada a barreira da admissibilidade do recurso, entenda que a lei é incompatível com a Constituição. Nesta hipótese, como a discussão sobre a questão constitucional nasceu no STJ, caberá um RE da decisão proferida pelo STJ.

1.3. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA

No controle abstrato, como o objetivo é assegurar a supremacia da Constituição, é necessário que haja previsão na lei ou na Constituição dos legitimados tanto ativos como passivos. Por outro lado, no controle difuso, como a finalidade é assegurar direitos subjetivos, a lei não traz nenhum rol de legitimados. Assim, qualquer pessoa que se alegue titular do direito, possui legitimidade ativa.

A legitimidade passiva é de quem irá arcar com o ônus da decisão.

1.4. PARÂMETRO

No controle difuso incidental, assim como no controle concentrado abstrato, só pode ser invocado como parâmetro uma norma formalmente constitucional (exclui apenas o preâmbulo da CF).

Ademais, também podem ser invocadas as normas formalmente constitucionais que não se encontram no texto constitucional, como, por exemplo, o Tratado de Marraquexe (e-books para pessoas com deficiência visual) e a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Além dessas normas expressas, também os princípios implícitos podem ser invocados.

No controle abstrato, como o objetivo principal é assegurar a supremacia da Constituição, a Constituição deve estar vigente. Assim, caso a Constituição tenha sido revogada por outra ou se aquela norma invocada como parâmetro tiver sido modificada por uma emenda, a ação perde o objeto, pois não há mais ameaça à supremacia da Constituição.

No controle difuso incidental é diferente. Como o objetivo é proteger direitos subjetivos, pode ser que uma norma tenha sido revogada, mas durante o período em que ela esteve em vigor, tenha violado direitos subjetivos. Portanto, o que importa não é se a norma está vigente ou não, no momento da propositura da ação, mas se a norma estava vigente ao tempo em que o fato ocorreu (t*empus regit actum*).

1.5. OBJETO

Pode ser qualquer ato emanado dos poderes públicos, o importante é que esteja vigente na época dos fatos.

> *STF - RE 556.664/RS: [...] Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69.*

Ressalta-se que o Decreto-Lei não estava sendo questionado em face da Constituição de 1988, mas sim em face da Constituição da época em que foi editado (1967/1969).

1.6. EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA

1.6.1. Quanto ao aspecto objetivo

Refere-se às partes da decisão que são atingidas pela declaração de inconstitucionalidade.

- Relatório
- Fundamentação – é aqui que se analisa a inconstitucionalidade, tendo em vista que é uma questão incidental (*incidenter tantum*). É uma questão prejudicial de mérito, pois para julgar procedente ou improcedente o pedido, deve-se, obrigatoriamente, analisar a inconstitucionalidade.
- Dispositivo

1.6.2. Quanto ao aspecto subjetivo

Refere-se aos sujeitos atingidos pela decisão.

Em regra, produz efeitos apenas *inter parts*, ou seja, apenas para as partes que estão envolvidas no processo, não ultrapassa. Contudo, cogita-se no STF uma exceção a esta regra, quando o próprio STF é quem decide o caso.

Inicialmente, na Reclamação n. 4.335/AC, a maioria dos Ministros não adotou a tese do Gilmar Mendes de mutação constitucional do papel do Senado e de que a decisão do Supremo teria efeito *erga omnes*. Contudo, prevaleceu o entendimento de que as decisões do Supremo tinham uma eficácia expansiva, ou seja, *ultra partes* e não apenas *inter partes*". Além disso, caso o precedente não fosse observado pelos juízes de primeiro grau, não caberia reclamação.

No final do ano de 2017, o Supremo aparentemente concordou com o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que os efeitos da decisão, no controle difuso concreto, têm que ser equivalentes aos efeitos da decisão no controle concentrado abstrato (não justifica a diferença). Portanto, a decisão do Supremo teria efeito *erga omnes*.

Vejamos três decisões que mostram a evolução da questão no STF:

> *STF - Rcl 10.403/RJ: "[...] 3.Ineficácia em relação a terceiros do que decidido em controle difuso de constitucionalidade. A jurisprudência do STF, desde muito tempo, faz a distinção entre o juízo de constitucionalidade concentrado e o difuso, para fins de invocação do decisum como paradigma da reclamação."*
>
> *STF - RCL 4.335/AC: "Ementa: Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5.* ***Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão****. 6. Reclamação julgada procedente."*
>
> *STF - ADI 3.406/RJ e ADI 3.470/RJ (29.11.2017): "A partir da manifestação do ministro Gilmar Mendes, o Colegiado entendeu ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma*

tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental." (Informativo 886/STF).

Mesmo com essa decisão, continua não cabendo a reclamação sem o prévio esgotamento das vias ordinárias.

STF - RCL 28.623 AgR/BA, Primeira Turma (12/12/2017): "[...] 3. A alegação de descumprimento de tese firmada em repercussão geral exige o esgotamento das vias ordinárias (art. 988, § 5º, II, do CPC/2015)."

1.6.3. Quanto ao aspecto temporal

É a mesma regra do controle abstrato. Assim, em regra, a decisão possui efeito *ex tunc* (retroativo), tendo em vista que a lei inconstitucional, no Direito brasileiro, é considerada um ato nulo. O Tribunal declara que a lei já nasceu morta, incompatível com a CF.

No entanto, aqui, também, é possível fazer a modulação dos efeitos da decisão, a fim de conceder uma eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*.

Indaga-se: qualquer juiz ou tribunal pode fazer a modulação? Em relação aos juízes e aos tribunais, a questão não é pacífica. Novelino entende que não há impedimento (prevalece), mas há na doutrina entendimento contrário. Em relação ao STF, a questão é pacífica, pode fazer, usa por analogia o art. 27 da Lei 9.868/99. Portanto, exigem-se razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social e a modulação só pode ser feita por 2/3 dos membros do Tribunal.

Observe algumas decisões do STF acerca do assunto:

STF - RE 556.664/RS: "MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento."

STF - RE 197.917/SP: "[...] 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido."

*STF - RE 600.885/RS: "[...] 5. O princípio da segurança jurídica impõe que, mais de vinte e dois anos de vigência da Constituição, nos quais dezenas de concursos foram realizados se observando aquela regra legal, modulem-se os efeitos da não-recepção: manutenção da validade dos limites de idade fixados em editais e regulamentos fundados no art. 10 da Lei n. 6.880/1980 **até 31 de dezembro de 2011**. 6. Recurso extraordinário desprovido, com modulação de seus efeitos."*

STF - RE 600.885/RS: [...] 1. Embargos de declaração acolhidos para deixar expresso que a modulação da declaração de não recepção da expressão "nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica" do art. 10 da Lei n. 6.880/1980 não alcança os candidatos com ações ajuizadas nas quais

se discute o mesmo objeto deste recurso extraordinário. 2. Prorrogação da modulação dos efeitos da declaração de não recepção até 31 de dezembro de 2012.

2. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (*FULL BENCH*)

2.1. PREVISÃO

Está prevista no art. 97 da CF, vejamos:

> *CF, art. 97: Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.*

a) Maioria absoluta = mais da metade dos membros. Diferencia-se da maioria relativa que é mais da metade dos presentes;

b) É reservada ao plenário do tribunal

c) Órgão especial, quando houver.

2.2. ÓRGÃO ESPECIAL

É um órgão que pode ser criado nos Tribunais com mais de vinte e cinco membros, nos termos do art. 93, XI da CF.

Exercerá algumas funções delegadas pelo Plenário, como administrativas (realização de concurso público) ou jurisdicionais.

Função de eleição de presidente de tribunal, por ser política, não pode ser delegada pelo pleno ao órgão especial. Elaboração de regimento interno pode ser delegada? Não, pois é função legislativa.

> *CF, art. 93, XI nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.*

2.3. CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO

Aplica-se tanto ao controle difuso quanto ao controle concentrado.

A diferença é que no caso do controle concentrado, a Lei 9.868/99 expressamente prevê a maioria absoluta para a declaração, não só de constitucionalidade, mas também de inconstitucionalidade. No controle difuso não há previsão legal específica (apenas a Constituição).

2.4. TRIBUNAIS

O dispositivo constitucional refere-se expressamente a tribunais. Assim, juízes de primeiro grau não precisam observar, até porque não é possível, já que decidem monocraticamente.

Indaga-se: turma recursal dos juizados especiais precisa observar a cláusula de reserva de plenário? Nos casos de declaração de inconstitucionalidade por turma de juizado especial, não há a necessidade da observância da regra da full bench, conforme jurisprudência sólida do Supremo Tribunal Federal. Vejamos as palavras do Min. Cezar Peluso no julgamento do RE AgR 453.744:

> *"A regra da chamada reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade (art. 97 da CF) não se aplica às turmas recursais do Juizado Especial. Mas tal circunstância em nada atenua nem desnatura a rigorosa exigência da juntada de cópia integral do precedente que tenha, ali, pronunciado inconstitucionalidade de norma objeto de recurso extraordinário fundado no art. 102, III, b, da Constituição da República, pela mesmíssima razão por que, a igual título de admissibilidade do recurso, não se dispensa juntada de cópia integral de acórdão oriundo do plenário. [...] Nesse sentido, a Corte já assentou que, a despeito da inaplicabilidade da regra da reserva de plenário a turmas recursais de Juizado Especial, a admissibilidade de recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, III, b, da Constituição da República, 'não dispensa a declaração formal de inconstitucionalidade'."*

O Tribunal de Contas não é órgão do Poder Judiciário. Logo, não está obrigado a observar a reserva de plenário, nada impede que se observe.

Indaga-se: o STF precisa observar a reserva de plenário ou pode através de suas turmas declarar a inconstitucionalidade de uma lei, em um RE, por exemplo? Como, por excelência, o STF exerce o controle no RE, essa análise poderia ser feita pelas Turmas. Assim, o Supremo não precisaria observar a reserva de plenário, vejamos o RE 361.829:

> *RE 361.829-ED: "[...] 3. O encaminhamento de recurso extraordinário ao Plenário do STF é procedimento que depende da apreciação, pela Turma, da existência das hipóteses regimentais previstas e não, simplesmente, de requerimento da parte. 4. O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da Constituição Federal."*

Em seu Regimento Interno, o STF trata o tema da seguinte forma:

> *RISTF, Art. 176,*
> *§ 1º: Feita a arguição [de inconstitucionalidade] em processo de competência da Turma, e considerada relevante, será ele submetido ao Plenário, independente de acórdão, depois de ouvido o Procurador-Geral.*
> *§ 2º De igual modo procederão o Presidente do Tribunal e os das Turmas, se a inconstitucionalidade for alegada em processo de sua competência.*

2.5. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Para declaração de constitucionalidade não é necessário observar a cláusula. Apenas quando for considerada inconstitucional é que deve ser observada.

Súmula vinculante 10 (ou enunciado de súmula com efeito vinculante)

> ***SÚMULA VINCULANTE Nº 10 -*** *viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.*

Súmula criada em virtude da situação de os órgãos dos TJs não estarem obedecendo à regra óbvia, afastando a incidência de norma (inconstitucionalidade disfarçada) sem declarar expressamente a inconstitucionalidade.

Considerações:

1) Declaração da não recepção de determinada norma pelo Supremo Tribunal Federal

Nestes casos, também não há a necessidade de se observar a regra da *full bench*. Isso porque não há uma declaração de inconstitucionalidade propriamente dita, mas sim o exercício de um juízo de recepção ou não recepção de determinada norma pré-constitucional. Logo, não há como se falar em aplicação da cláusula da reserva de plenário na hipótese em análise, posto que o art. 97 da Constituição Federal de 1988 fala em "declaração de inconstitucionalidade", o que não pode ser confundido com "juízo de não recepção".

Contudo, o STF admitiu a existência de repercussão geral sobre este tema, pode ser que mude o seu entendimento.

> *STF - AI 838.188 RG/RS: "Apresenta repercussão geral recurso extraordinário que verse sobre a exigência de observância da regra constitucional da reserva de plenário quando, eventualmente, for o caso de negar-se aplicação de norma anterior à Constituição Federal de 1988".*

2) Utilização da técnica da interpretação conforme a constituição

Embora exista uma pequena controvérsia doutrinária acerca deste ponto, o STF entende pela desnecessidade de aplicação da regra da *full bench* nos casos em que se utiliza a técnica da interpretação conforme a constituição (afinal, trata-se de técnica interpretativa).

> *RE 579.721/MG: "[...] A interpretação conforme a Constituição, por veicular juízo afirmativo da constitucionalidade da norma interpretada, dispensa, quando exercida no âmbito do controle concreto e difuso de constitucionalidade, a instauração do incidente processual atinente ao princípio da reserva de plenário ('full bench') de que trata o art. 97 da CR/88".*

3) Julgamento de medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal

Neste caso, em virtude de não se afastar a incidência de determinada norma e tampouco declarar sua inconstitucionalidade, não há a necessidade de se observar a regra do art. 97.

2.6. PROCESSO E JULGAMENTO

Decisão de juiz de primeiro grau vai para o TJ. Vai para 1ª Câmara do Tribunal, por exemplo, órgão fracionário. O órgão tem duas possibilidades: ou entende ser constitucional a lei, ou entende inconstitucional. Se entender que a lei é constitucional não precisa submeter ao plenário.

No entanto, se a maioria dos membros do órgão entender ser inconstitucional, eles não poderão fazer essa declaração. Devem lavrar um acórdão submetendo essa questão ao pleno, ou se houver, ao órgão especial. Nesse caso, o pleno (ou órgão especial) não decide o caso concreto. O pleno só analisa EM TESE (abstratamente) se aquela lei é ou não inconstitucional (como se fosse uma "espécie de análise de ADI", pelo Supremo).

Ocorre uma **repartição funcional de competências**, entre o órgão fracionário (julga caso concreto) e o pleno (julga a constitucionalidade). É como se a análise do pleno é o antecedente, para o julgamento do consequente, qual seja, o caso concreto. A decisão do pleno, seja declarando a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, será vinculante ao órgão fracionário, ou seja, este só pode decidir o caso concreto baseado na decisão do pleno (deve usar como premissa a decisão do pleno). **E mais, essa decisão é vinculante para todos os órgãos fracionários do tribunal e para todos os julgamentos futuros que questionem a mesma lei.**

2.7. DISPENSA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO OU "*FULL BENCH*"

O art. 949, parágrafo único do CPC/2015, encampando jurisprudência do STF, d**ispensa a cláusula** de reserva de plenário em duas situações:

1) Próprio tribunal já houver apreciado a inconstitucionalidade: Não é necessário que a mesma questão seja sempre levada ao pleno. Pode haver nova apreciação do pleno caso o STF decida de forma contrária sobre a constitucionalidade.
2) Se o STF já houver se manifestado (no controle difuso concreto): Privilegia a força normativa da Constituição. STF é o guardião da Constituição, cabendo a ele dar a última palavra. Já vimos que interpretações divergentes enfraquecem a força normativa da CF. Então o órgão fracionário não precisa submeter ao pleno, pode decidir de acordo com o entendimento do Supremo.

> ***Art. 948***. *Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.*
>
> ***Art. 949.*** *Se a arguição for:*
> *I - rejeitada, prosseguirá o julgamento;*
> *II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.*
> *Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.*

Alguns autores dizem que estes artigos são inconstitucionais, visto que a lei não poderia firmar exceções não previstas na CF. Esta lei apenas consolidou o que já era dominante na jurisprudência do STF. O pensamento destes autores não procede.

Inobservância da cláusula de reserva é válida? Não. **Gera nulidade absoluta da decisão**. Entendimento do STF. Isto porque, viola uma regra constitucional de competência, competência *funcional – absoluta.* Deve-se devolver os autos ao órgão fracionário para que submeta ao plenário.

Embora a cláusula da reserva de plenário seja usualmente discutida no controle difuso de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal entende pela necessidade de sua observância no controle concentrado de constitucionalidade.

3. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE LEI PELO SENADO

Prevista no art. 52, X, da CF:

> *Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:*
> *X - suspender a execução (ATO DISCRICIONÁRIO), no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;*

Essa suspensão **só se aplica em decisões proferidas no CONTROLE DIFUSO**. Isso está previsto expressamente no regimento interno do STF (RISTF, art. 178). Não ocorre no controle concentrado, porque a decisão do Supremo, nesse caso, tem efeito vinculante, sendo desnecessária a suspensão da lei pelo Senado.

> *Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII*, da Constituição. (* Atual dispositivo da CF/1988: art. 52, X).*

A decisão que antes só produzia efeitos entre as partes, com a suspensão pelo Senado, passar a ter **efeitos para todos** (*erga omnes*).

3.1. ATO DE SUSPENDER: DISCRICIONÁRIO OU VINCULADO?

Zeno Veloso defende que é um ato vinculado, estando o Senado obrigado a realizar a suspensão. Já a maioria da doutrina e o próprio STF entendem que o ato de suspender é discricionário. Desta forma, o Senado suspende SE e QUANDO quiser.

3.2. NO TODO OU EM PARTE

O Senado pode suspender a execução de TODA a LEI ou de apenas PARTE dela?

A suspensão deve ater-se aos exatos limites da decisão proferida pelo STF, ou seja, o Senado não pode ir além da decisão, nem ficar aquém. Se o Supremo disser que toda a lei é

inconstitucional, o Senado só pode suspender toda a lei; mas se o STF disser que apenas parte da lei é inconstitucional, o Senado só poderá suspender a execução de parte da lei (ele não pode fazer o controle de constitucionalidade, que já foi feito pelo Supremo).

3.3. LEI

O Senado pode suspender não só leis federais, mas também LEIS ESTADUAIS e LEIS MUNICIPAIS.

Isso não violaria o princípio federativo, já que não há hierarquia entre União, Estados e Municípios? Não violaria, porque o Senado não atua como órgão federal; funciona, na verdade, como órgão nacional, defendendo o Estado brasileiro.

O que dá legitimidade ao Senado, e não à Câmara, para suspender outras leis que não só as federais? O fato de ele ser composto por representantes dos estados da federação. Por isso, possui natureza de órgão federal e nacional.

3.4. INCONSTITUCIONALIDADE ≠ NÃO RECEPÇÃO

Lei anterior à CF/88 que não é compatível com a CF/88 = NÃO-RECEPÇÃO → no caso de ato pré-Constituição de 1988, o Senado não pode suspender a lei, porque não se trata de inconstitucionalidade, mas de não recepção da lei.

> ***RE 387.271:*** *SEPARAÇÃO JUDICIAL - DIVÓRCIO - CONVERSÃO - PRESTAÇÕES ALIMENTÍCIAS - INADIMPLEMENTO - NEUTRALIDADE. O inadimplemento de obrigação alimentícia assumida quando da separação judicial não impede a transformação em divórcio. NORMA - CONFLITO COM TEXTO CONSTITUCIONAL SUPERVENIENTE - RESOLUÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, vencido o relator,* ***o conflito de norma com preceito constitucional superveniente resolve-se no campo da não recepção, não cabendo a comunicação ao Senado prevista no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal****. (RE 387271, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2007, publicado em 01-02-2008).*

3.5. EFEITOS DA RESOLUÇÃO DO SENADO

O **efeito** dessa suspensão seria ***ex tunc*** ou **ex nunc?**

Gilmar Mendes entende ser *ex tunc,* a fim de evitar que as pessoas entrem com ações judiciais relativas ao período anterior à suspensão da execução da lei.

Para José Afonso da Silva, como o ato é de suspensão, o efeito deve ser *ex nunc*.

Não há impedimento para que a Administração Pública reconheça, no âmbito interno, que a declaração de inconstitucionalidade e a suspensão pelo Senado produzam efeitos retroativos. Nesse sentido, o Decreto 2.346 (âmbito federal), vejamos:

> *Dec. n. 2.346, art. 1º: "(...).*

> *§ 1º: Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicia".*
> *§ 2º: O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.*

4. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE

As **ações coletivas**, dentre elas a *Ação Civil Pública*, **podem** ser utilizadas como instrumento de controle **DIFUSO CONCRETO** de constitucionalidade.

A ACP não pode ser utilizada como sucedâneo da ADI, pois neste caso haveria uma usurpação da competência do STF. Ou seja, na ação civil pública, **a inconstitucionalidade só pode estar na causa de pedir**. Havendo essa usurpação, caberia uma reclamação diretamente no STF, dizendo que aquela ACP estaria sendo usada como espécie de ADI. Não pode.

Mas a ACP não tem efeitos erga omnes? Sim, mas o que vai ter efeito *erga omnes* é o **conteúdo** da decisão (o pedido, o dispositivo), que no caso **não é a inconstitucionalidade,** eis que esta é analisada *incidenter tantum*, ou seja, ela é analisada incidentalmente na causa de pedir. O pedido é de efeito concreto.

Exemplo: ACP no RJ em que se pediu a inconstitucionalidade dos bingos. Ajuizaram uma reclamação, o STF decidiu que não havia usurpação, pois **o pedido** era o fechamento dos bingos.

> *PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA ERGA OMNES. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES. 1.* ***O STJ vem perfilhando o entendimento de que é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos em sede de ação civil pública****, nos casos em que a controvérsia constitucional consista no fundamento do pedido ou na questão prejudicial que leve à solução do bem jurídico perseguido na ação. 2. Tratando-se de controle difuso, portanto exercitável incidentalmente no caso concreto, apenas a esse estará afeto, não obrigando pessoas que não concorreram para o evento danoso apontado na ação coletiva; ou seja****, a decisão acerca da in/constitucionalidade não contará com o efeito erga omnes, de forma que não se verifica a hipótese de ludibrio do sistema de controle constitucional.*** *3. Recurso especial provido.*

Observe alguns precedentes do STF acerca do tema:

> *RE 424.993/DF: "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que se pode pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que incidenter tantum. Veda-se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes".*

REsp 557.646/DF: "3. O efeito erga omnes da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material erga omnes no âmbito da vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado."

RCL 2.353/MT: "1. A pretensão deduzida nos autos da ação civil pública se destina a dissimular o controle abstrato de constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 39/2002, que incluiu o art. 149-A na Constituição Federal de 1988, instituindo a competência tributária dos municípios e do Distrito Federal para a cobrança de contribuição de custeio do serviço de iluminação pública. [...] 3. Reclamação julgada procedente."

5. TENDÊNCIA DE ABSTRATIVIZAÇÃO

5.1. CONCEITO

Consiste em conferir os efeitos típicos do controle concentrado abstrato ao processo constitucional subjetivo, em que ocorre o controle difuso.

Várias nomenclaturas são possíveis: "objetivação" do controle difuso; "verticalização" (porque se impõe do Supremo para os demais tribunais).

5.2. "COMMON LAW": "STARE DECISIS"

Segundo a doutrina do *stare decisis*, deve ser dado o devido peso aos precedentes dos Tribunais Superiores. Em outras palavras, os precedentes dos Tribunais superiores devem ser observados pelos Tribunais inferiores (*binding effect*). Portanto, no sistema da *common law*, embora seja adotado o controle difuso, as decisões vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário.

5.3. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA

Essa tendência pode ser constatada, basicamente, no âmbito constitucional, legislativo e jurisprudencial. A seguir veremos cada uma delas.

5.3.1. Âmbito constitucional

Pode ser verificada com a EC 45/2004, que introduziu a exigência de repercussão geral como requisito de admissibilidade do RE, pois se a questão não interessar a todos, o Supremo não irá analisá-lo. Deverá haver o interesse da instituição (do Supremo) e de várias pessoas.

Além do RE, a EC 45/2004 trouxe a Súmula Vinculante. O Supremo profere várias decisões reiteradas sobre determinada matéria (se são várias decisões, então o controle só pode ser difuso). A partir disso, o STF confere efeito vinculante as várias decisões, através da súmula vinculante (isso é abstrativização).

5.3.2. Âmbito legislativo

Pode-se citar os seguintes artigos do CPC/2015:

CPC, art. 525, § 12: Para efeito do disposto no inciso III do § 1o deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

CPC, art. 927: Os juízes e os tribunais observarão:
I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade [eficácia vertical]
II – os enunciados de súmula vinculante [eficácia vertical];
III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos [eficácia vertical];
IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional [eficácia vertical];
V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados [eficácia horizontal]. .

CPC, art. 332: Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:
I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

CPC, art. 932: Incumbe ao relator:
(...)
IV – negar provimento ao recurso que for contrário a:
a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

5.3.3. Âmbito jurisprudencial

Quando é feito controle em HC, esse controle é difuso, em regra, sua decisão tem efeitos *inter partes*. Contudo, a decisão no HC 82.959 aparentemente teve efeitos *erga omnes*.

O caso: o juiz da execução no Acre proferiu entendimento contrário ao do STF. A Defensoria Pública ajuizou reclamação – **Gilmar Mendes (defendendo uma mutação constitucional) disse que a decisão fora dada com efeitos *erga omnes***, assim como o Min. Eros Grau. Barbosa e demais ministros entenderam que o efeito não era *erga omnes*.

RE 197.917/SP: o Supremo deu a atender que o posicionamento adotado não valeria apenas para o município de Mira Estrela, mas para todos os municípios da Federação. Inclusive, o TSE, a partir da decisão do Supremo, editou uma resolução estendendo aos demais municípios aquele entendimento adotado pelo Supremo.

MI 708: o mandado de injunção é um instrumento de controle difuso e de controle incidental. No MI n. 708, que trata do direito de greve, o Supremo conferiu efeitos "erga omnes" à decisão expressamente.

Rcl 4.335/AC: o Supremo declarou que as decisões teriam efeitos "ultra partes" (eficácia expansiva).

ADI 3.406/RJ e ADI 3.470/RJ:

O STF decidiu que, mesmo se ele declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma lei, essa decisão também terá efeito vinculante e *erga omnes*. A fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, deve-se atribuir à decisão proferida em sede de controle incidental (difuso) a mesma eficácia da decisão tomada em sede de controle abstrato.

O § 5º do art. 535 do CPC/2015 reforça esse tratamento uniforme:

> *Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:*
> *III - inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;*
> *§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.*

O Min. Gilmar Mendes afirmou que é preciso fazer uma releitura do art. 52, X, da CF/88. Essa nova interpretação deve ser a seguinte: quando o STF declara uma lei inconstitucional, mesmo em sede de controle difuso, a decisão já tem efeito vinculante e *erga omnes* e o STF apenas comunica ao Senado com o objetivo de que a referida Casa Legislativa dê publicidade daquilo que foi decidido.

O Min. Celso de Mello afirmou que o STF fez uma verdadeira mutação constitucional com o objetivo de expandir os poderes do Tribunal com relação à jurisdição constitucional.

Assim, a nova intepretação do art. 52, X, da CF/88 é a de que o papel do Senado no controle de constitucionalidade é simplesmente o de, mediante publicação, divulgar a decisão do STF. A eficácia vinculante, contudo, já resulta da própria decisão da Corte.

A Min. Cármen Lúcia afirmou que o STF está caminhando para uma inovação da jurisprudência, no sentido de não ser mais declarado inconstitucional cada ato normativo, mas a própria matéria que nele se contém.

Por fim, o Min. Edson Fachin concluiu que a declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria. Isso evita que se caia numa dimensão semicircular progressiva e sem fim.

Em suma, qual é a eficácia da decisão do STF que declara, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma lei?

Concepção tradicional	Concepção moderna (atual)
Eficácia inter partes Efeitos não vinculantes	Eficácia erga omnes Efeitos vinculantes

Pode-se dizer que o STF passou a adotar a teoria da abstrativização do controle difuso?

SIM. Apesar de essa nomenclatura não ter sido utilizada expressamente pelo STF no julgamento, o certo é que a Corte mudou seu antigo entendimento e passou a adotar a abstrativização do controle difuso.

Em uma explicação bem simples, a teoria da abstrativização do controle difuso preconiza que, se o Plenário do STF decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso, essa decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, eficácia erga omnes e vinculante.

Para essa corrente, o art. 52, X, da CF/88 sofreu uma mutação constitucional e, portanto, deve ser reinterpretado. Dessa forma, o papel do Senado, atualmente, é apenas o de dar publicidade à decisão do STF. Em outras palavras, a decisão do STF, mesmo em controle difuso, já é dotada de efeitos erga omnes e o Senado apenas confere publicidade a isso.

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A representação de inconstitucionalidade nada mais é do que uma ação direta de inconstitucionalidade, só muda a denominação, mas o sentido é o mesmo.

A Constituição de 1967/1969 utilização a denominação "representação de inconstitucionalidade", a qual foi substituída na CF/88 pelo termo ação direta de constitucionalidade.

No entanto, no art. 125, § 2º, ao tratar da competência dos Tribunais de Justiça, a CF trata esta ação como uma representação de inconstitucionalidade e não como uma ação direta de inconstitucionalidade. Trata-se apenas de questão terminológica, pois as duas ações não se diferem.

> *Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.*
> *§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.*
> *§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de **representação de inconstitucionalidade** de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, **vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.***

Obs.: na Constituição anterior (1967/69) apenas um legitimado poderia propor ADI perante o STF (Procurador-Geral da República). Com a Constituição de 1988, o rol de legitimados foi ampliado e o legislador constituinte originário, receoso de que as Constituições estaduais adotassem o modelo antigo e atribuíssem apenas ao Procurador Geral de Justiça a legitimidade, vedou a legitimação para agir a um único órgão.

2. COMPETÊNCIA

Trata-se de um instrumento de controle abstrato concentrado, a competência é **exclusiva** do TJ.

A Constituição Estadual poderia atribuir ao STF? A competência não pode ser atribuída a **nenhum** outro órgão do Poder Judiciário, nem ao próprio STF (ADI 717).

> *ADI 717 MC/AC: "[...] Incompetência do Supremo Tribunal Federal para a apreciação e julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de textos normativos locais, frente a Constituição do Estado-Membro. Não conhecimento da ação."*

3. LEGITIMIDADE

> *CF Art. 125, § 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual,* ***vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.***

Qual o ***fundamento dessa vedação***? A CF/88 inaugura a chamada democracia participativa, ou seja, um alargamento da participação do cidadão na organização do Estado. Exemplo da demonstração dessa nova democracia: mandado de segurança coletivo; mandado de injunção coletivo.

Tudo isso forma a sociedade aberta de intérpretes constitucionais: significa que a CF por ser tão importante, deve ser debatida por toda sociedade. Peter Häberle é quem fala em sociedade aberta de intérpretes constitucionais.

A CF não diz quem são os legitimados, apenas veda a atribuição para agir a um único órgão. Seria o art. 103 (legitimados da ADI) uma norma de observância obrigatória? **O STF já decidiu que NÃO.**

> *ADI 558 MC/RJ:"[...] : Arguição de invalidade, em face do modelo federal do art. 103 CF, da outorga de legitimação ativa a deputados estaduais e comissões da Assembleia Legislativa, assim como aos procuradores-gerais do Estado e da Defensoria Pública: suspensão cautelar indeferida, a vista do art. 125, par. 2., da Constituição Federal."*

Os estados podem adotar o modelo de legitimação que quiserem:

a) Modelo de **introversão**: atribui apenas a órgãos do poder público o ajuizamento de ADI em âmbito estadual.

a) Modelo de **extroversão**: atribui legitimidade a órgãos que NÃO são poderes públicos. Como por exemplo, partido político, seccional da OAB, entidade de classe.

Nesse sentido, fica a cargo da CE definir seus legitimados. Quando a CE repete um dispositivo da Constituição Federal por mera liberalidade, ou seja, por mera opção do Poder Constituinte estadual, estamos diante de norma de mera repetição, a exemplo do art. 103, in verbis:

> ***Art. 103****. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade*
> *I - o Presidente da República;*
> *II - a Mesa do Senado Federal;*
> *III - a Mesa da Câmara dos Deputados*
> *IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;*
> *V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;*
> *VI - o Procurador-Geral da República;*
> *VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;*
> *VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;*
> *IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.*

Dessa forma, temos como legitimados da ADI no âmbito dos estados (que repetem o art. 103, a exemplo da CE/MG):

Constituição Estadual de Minas Gerais, art. 118: São partes legítimas para propor ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, em face desta Constituição:
I – o Governador do Estado;
II – a Mesa da Assembleia;
III – o Procurador-Geral de Justiça;
IV – o Prefeito ou a Mesa da Câmara Municipal;
V – o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado de Minas Gerais;
VI – partido político legalmente instituído;
VII – entidade sindical ou de classe com base territorial no Estado
VIII – a Defensoria Pública

Obs.: Em relação à legitimidade passiva, não há exigência de simetria.

ADI 119/RO: "Não é inconstitucional norma da Constituição do Estado que atribui ao procurador da Assembleia Legislativa ou, alternativamente, ao procurador-geral do Estado, a incumbência de defender a constitucionalidade de ato normativo estadual questionado em controle abstrato de constitucionalidade na esfera de competência do Tribunal de Justiça. Previsão que não afronta a CF, já que ausente o dever de simetria para com o modelo federal, que impõe apenas a pluralidade de legitimados para a propositura da ação (art. 125, § 2. º, CF/1988)."

4. PARÂMETRO

Constituição Estadual, em regra. Não é possível estabelecer como parâmetro uma lei orgânica municipal (a do DF pode).

Ressalta-se que a CF não pode servir como parâmetro no âmbito estadual, salvo no caso de normas de reprodução obrigatória pelos Estados, pois é como se estivesse consagrada de maneira implícita na CE.

CE contém:

a) **Normas de mera repetição ou imitação**: a CE reproduz por mera liberalidade, não é algo compulsório.

Serve de parâmetro no âmbito estadual? Sim!

b) **Normas de observância obrigatória**: devem ser obrigatoriamente seguidas, desde que a CE consagre o tema, a exemplo do art. 62 da CF que trata da MP. As CE não são obrigadas a prever medidas provisórias em seus textos, mas se trouxerem tal previsão, obrigatoriamente deverão observar o modelo estabelecido no âmbito federal.

Serve de parâmetro no âmbito estadual? Sim, mas apenas se estiverem previstas.

c) **Normas de reprodução obrigatórias:** são as normas que obrigatoriamente devem ser reproduzidas na CE, caso não estejam, são consideradas implícitas. Cita-se, como exemplo, o art. 61, § 1º da CF que elenca as matérias de iniciativa privativa do Presidente da República. No âmbito estadual, obrigatoriamente, essas matérias têm que ser

atribuídas ao Governador, mesmo que não haja previsão no texto. Igualmente, o art. 75 da CF (Tribunal de Contas).

Serve de parâmetro no âmbito estadual? Sim, mesmo que implícitas.

> *RE 650.898/RS: "Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados.*
>
> *RE 598.016 AgR/MA: "A omissão da Constituição estadual não constitui óbice a que o Tribunal de Justiça local julgue a ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal que cria cargos em comissão em confronto com o art. 37, V, da Constituição do Brasil, norma de reprodução obrigatória."*

d) Normas remissivas: não estabelece o conteúdo da norma, faz mera remissão ao conteúdo da CF.

> *Constituição Estadual do Piauí, art. 5º: "O Estado assegura, no seu território e nos limites de sua competência, a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país".*
>
> *Constituição Estadual da Bahia, art. 149: "O sistema tributário estadual obedecerá ao disposto na Constituição Federal, em leis complementares federais, em resolução do Senado Federal, nesta Constituição e em leis ordinárias".*

Serve como parâmetro no âmbito estadual? Sim.

A CE do RS, no art. 95, XII, d, prevê que compete ao TJ processar e julgar originariamente ADI de lei estadual em face da CE, e **de lei municipal em face da CE e em face da CF, inclusive por omissão.** Veja que o constituinte estadual instituiu ADI de lei municipal em face de CF, e atribuiu competência para julgá-la ao TJ.

O STF já declarou a inconstitucionalidade da CE da RS. Nesta parte, apenas quando diz "e em face da CF". Firmou seu entendimento na ADI 409, primeiro porque a CF não prevê, e o modelo estadual não pode se desviar do modelo federal. E num segundo momento, porque a CE acabou por dar ao TJ poder para ser intérprete da CF, usurpando, assim, a jurisdição do STF.

Obs.: A ADPF analisando lei municipal não a analisa em face da CF, mas sim em face de um preceito da CF.

5. OBJETO

Leis ou atos normativos ESTADUAIS e MUNICIPAIS.

Destaca-se que, em relação às leis, a violação deve ser direta (não pode ser indireta). Ademais, a norma precisa estar vigente e ter eficácia. Portanto, quando as leis violarem diretamente a CE, mesmo que sejam de efeitos concretos, servirão como objeto.

Já em relação aos atos normativos, precisam ter generalidade e abstração. Devem ser do mesmo estado e, em hipótese nenhuma, lei federal.

Em outras palavras, NUNCA o TJ julgará em controle CONCENTRADO lei ou ato normativo federal. Esses somente são apreciados perante o STF em controle concentrado.

Obs.: Não há hierarquia entre normas federais e estaduais. Porém, os campos materiais estabelecidos pela CF são distintos. Cita-se, como exemplo, as normas das CE que tratavam de crime de responsabilidade do Governador e que foram consideradas inconstitucionais, não porque tinham que obedecer a uma lei federal, mas porque os Estados invadiram o âmbito de competência da União**.**

5.1. *SIMULTANEUS PROCESSUS*

Outro ponto importante, refere-se à simultaneidade de processos no STF e no TJ, por exemplo quando uma lei estadual é impugnada em ambos, é o que se chama de ***simultaneus processus*** (tema já cobrado em várias provas, inclusive de segunda fase). Ocorre quando uma lei estadual pode ser objeto de uma representação de inconstitucionalidade no TJ, tendo como parâmetro uma norma da Constituição Estadual e, ao mesmo tempo, pode ser objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade, tendo como parâmetro uma norma da CF.

O STF entende que no caso de simultaneidade de processos, em que há o mesmo objetivo, o processo no TJ deverá ser suspenso até a decisão proferida pelo Supremo. De acordo com a decisão do STF, é que o processo no TJ será decidido. Assim quando:

a) A lei for declarada inconstitucional pelo STF, a ação que tramita no TJ perderá o objeto, uma vez que a lei é inválida desde sua origem;

b) A lei for declarada constitucional pelo STF, poderá o TJ decidir de forma diversa (salvo norma de observância obrigatória), uma vez que os parâmetros são diversos. Ou seja, quando o STF declara a constitucionalidade está analisando em relação à CF; já o TJ terá como parâmetro a CE que pode tratar de forma diversa (desde que não seja de observância obrigatória).

> *STF - ADI 3.482/DF: "EMENTA: Ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade tanto perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, i, "a") quanto perante tribunal de justiça local (CF, art. 125, § 2º). Processos de fiscalização concentrada nos quais se impugna o mesmo diploma normativo emanado de estado-membro ou do distrito federal, não obstante contestado, perante o tribunal de justiça, em face de princípios inscritos na carta política local impregnados de predominante coeficiente de federalidade. Ocorrência de "simultaneus processus". Hipótese de suspensão prejudicial do processo de controle normativo abstrato instaurado perante o tribunal de justiça local. Necessidade de se aguardar, em tal caso, a conclusão, pelo Supremo Tribunal Federal, do julgamento da ação direta. Doutrina. Precedentes (STF)".*

6. DECISÃO DE MÉRITO

Como visto, o controle abstrato caracteriza-se pela ausência de partes, trata-se de um processo constitucional objetivo. Assim, não havendo partes formais, não há se falar em efeito *inter parts*, a eficácia será sempre *erga omnes*, tanto na liminar quanto na decisão de mérito, mesmo que não haja previsão na CE.

A CE da Bahia afirmava que para que a decisão do TJ (*controle abstrato concentrado)* tivesse efeito *erga omnes*, deveria o TJ comunicar à Assembleia Legislativa para que suspendesse a lei (análogo ao 52, X, da suspensão pelo Senado na CF*).* Segundo o STF, **não há necessidade** de comunicação do TJ à Assembleia Legislativa, as CEs que exigem isso são inconstitucionais.

No âmbito estadual, não se fala em eficácia vinculante.

6.1. RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Excepcionalmente admite-se, das decisões em controle concentrado no TJ, a interposição de RE perante o STF. São os casos de parâmetro inconstitucional e de parâmetro interpretado de forma contrária ao sentido de norma de observância obrigatória.

A decisão do STF terá efeito *erga omnes* nacional.

6.1.1. Parâmetro inconstitucional

Imagine a seguinte hipótese: o PGJ ajuíza uma ADI, perante o TJ, questionando uma lei municipal em face da Constituição Estadual. Ao analisar a ADI, o TJ verifica que a inconstitucionalidade é da própria CE que tratou sobre matéria que não poderia. Neste caso, o TJ, mesmo sem ser provocado, pode declarar o parâmetro inconstitucional por violar CF, caberá RE ao STF, pois é o guardião da CF.

O RE poderá ser interposto pelos mesmos legitimados

6.1.2. Parâmetro for dispositivo interpretado contrariamente à norma de observância obrigatória

São os casos em que o TJ confere uma interpretação diversa da do STF, caberá RE pois, claramente, haverá violação à CF.

A decisão do STF terá eficácia *erga omnes* nacional (TJ/CE).

> *STF - Rcl 383/SP: "[...] Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta...".*

> *STF - AI 694.299 AgR/RJ: "[...] 1. Para que seja admissível recurso extraordinário de ação direta de inconstitucionalidade processada no âmbito do Tribunal local, é imprescindível que o parâmetro de controle normativo local corresponda à norma de repetição obrigatória da Constituição Federal.*

2. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação local. Incidência da Súmula nº 280 do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento."

7. ADO, ADC E ADPF ESTADUAIS?

Só é explicito quanto à

ADI. Mas no que diz respeito à ADO, ADC e ADPF: seria possível sua criação no âmbito da Constituição Estadual?

a) Quanto à ADO, O STF entende que é possível a criação.

Os Estados RJ, SC, SP, MG, PB, PR, PE, PI, RN, RS, GO, MA, MT, MS, AC, AL, AM, SE, CE, ES, RO trazem tal previsão em suas Constituições.

RE 148.283/MA: "[...] AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO DE MEDIDA PARA TORNAR EFETIVA NORMA DA CARTA ESTADUAL. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DECLINATÓRIO DA COMPETÊNCIA PARA O STF. [...] Ação que a Carta Política do Estado do Maranhão, na conformidade do art. 125, § 2º, da CF, incluiu na competência do Tribunal de Justiça (art. 80, § 1º, I). Recurso extraordinário conhecido e provido."

b) Quanto à ADC, o STF não se manifestou. Entretanto, pode-se fundamentar que, sendo a ADC e a ADI a mesma ação com o sinal trocado, vale dizer, ambivalentes, pode dizer que é razoável sua criação pela CE.

A CE de Minas Gerais traz a previsão.

c) Quanto à ADPF, o STF não se manifestou.

Argumentos contrários quanto à inviabilidade:

- "Preceito fundamental": quais seriam os preceitos fundamentais da CE? Há uma dificuldade em relação a delimitação do parâmetro. Alguém poderia dizer que os preceitos fundamentais são apenas os da CF.
- O estado não tem competência para legislar sobre matéria processual. O estado não pode legislar sobre normas gerais de matéria processual. Como ele iria criar uma lei regulamentando o processamento da ADPF no âmbito estadual? Não seria possível.
- Caráter subsidiário da ADPF. A ADPF é uma ação subsidiária, ou seja, só cabe quando não houver outro meio eficaz para sanar a lesividade. Se couber a federal, não caberá a estadual e vice-versa. As duas serão subsidiárias?

Duas CE trazem tal previsão, vejamos os dispositivos:

CE/AL, Art. 133: "Compete ao Tribunal de Justiça, precipuamente, a guarda da Constituição do Estado de Alagoas, cabendo-lhe, privativamente:
(...) IX – processar e julgar, originariamente:

(...) r) a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição".

CE/RN, Art. 71. O Tribunal de Justiça tem sede na Capital e Jurisdição em todo o território estadual, competindo-lhe, precipuamente, a guarda desta Constituição, com observância da Constituição Federal, e:
I – processar e julgar, originariamente:
a) a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição, na forma de lei".

8. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE LEI (CONTROLE DIFUSO)

No caso de controle difuso de constitucionalidade, quando realizado pelo TJ, pode a assembleia legislativa ou a câmara municipal suspenderem a lei declarada inconstitucional.

Tratando-se de lei estadual, o TJ deve comunicar à Assembleia Legislativa

No caso de lei municipal, deve ser feita comunicação à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal?

Há no Brasil a adoção de dois modelos. Vejamos:

1º - O TJ comunica sempre à Assembleia Legislativa, que poderá suspender tanto a lei municipal quanto a lei estadual. É o que ocorre no RS, RN, MS, TO, SE e AM.

2º - O TJ comunica à Assembleia quando for lei ou ato normativo estadual e à Câmara quando for lei ou ato normativo municipal. É o que ocorre nos demais estados.

O STF entende que os dois modelos são constitucionais, cada estado pode adotar à medida que achar mais conveniente.

REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

1.1. BASE NORMATIVA

Tanto a representação interventiva estadual quanto a representação interventiva federal estão previstas na CF, art. 35, VI e art. 36, III, respectivamente.

Ademais, a Lei 12.562/2011 trata das duas espécies.

1.2. SURGIMENTO

A representação interventiva surgiu com a Constituição de 1934, em seu art. 12, §2º.

Obs.: A representação interventiva é um instrumento de controle concentrado, pois só pode ser julgada pelo STF ou pelo TJ, surgiu com a CF/1934. O que surgiu com a Emenda 16/65 foi o controle normativo abstrato (representação de inconstitucionalidade/ação direta de inconstitucionalidade).

1.3. NATUREZA

É controle concentrado-concreto, uma vez que existem partes formais (União X Estados; Estados X Municípios), trata-se de um processo constitucional subjetivo.

2. ESPÉCIES

2.1. REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA FEDERAL

2.1.1. Previsão constitucional

Está prevista no art. 36, III da CF, observe:

> *CF, art. 36: A decretação da intervenção dependerá:*
> *III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.*

2.1.2. Legitimidade ativa

Apenas o Procurador-Geral da República pode ajuizar a representação interventiva federal. Irá atuar como substituto processual, visando a defesa da sociedade.

2.1.3. Parâmetro de controle

Princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VIII) são aqueles que, se violados, podem gerar uma intervenção federal no Estado.

> *CF, art. 34: A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:*
> *VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:*
> *a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;*
> *b) direitos da pessoa humana;*
> *c) autonomia municipal;*
> *d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;*
> *e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.*

Recusa à execução de lei federal (art. 34, VI).

Obs.: Nos dois casos acima, não pode o Presidente da República decretar a intervenção diretamente, como ocorreu no Estado do RJ. A decretação de intervenção no RJ foi espontânea, pois não foi necessária a autorização do Poder Judiciário, nem de solicitação do legislativo e executivo locais.

Aqui, só poderá ocorrer se o STF der provimento.

Por fim, destaca-se que a recusa à execução de lei federal é objeto de controvérsia na doutrina, observe:

1ºC (Gilmar Mendes) – é hipótese de representação interventiva.

2ºC (José Afonso da Silva) – é hipótese de ação de executoriedade de lei.

2.1.4. Liminar

Para a concessão de liminar, exige-se o quórum de maioria absoluta, não pode ser concedida monocraticamente (não há exceções), nos termos do art. 5º da Lei 12.562/2011:

> *Art. 5º: O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na representação interventiva.*

Obs.: A jurisprudência do STF não admitia a concessão de liminar em ADI interventiva, passou a ser admitida com o advento da Lei 12.562/2011.

Os efeitos da limitar são parecidos com os da liminar em ADPF, não havendo ressalva quanto à coisa julgada, vejamos §2º do art. 5° da Lei 12.562/2011.

> *Lei n. 12.562/11, art. 5º, § 2º: "A liminar poderá consistir na determinação de que se suspenda o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais ou administrativas ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da representação interventiva*

2.1.5. Decisão de mérito

Possui natureza político-administrativa, ou seja, leva-se em consideração aspectos políticos e administrativos para julgar procedente ou não a representação. Sendo procedente, haverá comunicação aos órgãos responsáveis pela medida e ao Presidente da República para que dê cumprimento à decisão.

Indaga-se: o ato do Presidente da República é vinculado ou discricionário? Se o STF der provimento, o Presidente está obrigado a decretar a intervenção ou decretará se quiser? O Prof. Marcelo Novelino entende que é um ato vinculado, por duas razões:

- Na Lei 1.079/50, que trata acerca dos crimes de responsabilidade, possui dispositivo prevendo que é crime de responsabilidade do PR deixar de dar cumprimento às requisições feitas pelo STF e pelo TSE. Trata-se, aqui, de uma requisição. Portanto, não dando cumprimento incorrerá em crime de responsabilidade. Logo, é um ato vinculado;
- A Lei 12.562/2011, em seu art. 11, dispõe que o PR possui prazo improrrogável de 15 dias para dar cumprimento à requisição.

> *Lei n. 12.562/11, art. 11: Julgada a ação, far-se-á a comunicação às autoridades ou aos órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, e, se a decisão final for pela procedência do pedido formulado na representação interventiva, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, publicado o acórdão, levá-lo-á ao conhecimento do Presidente da República para, no prazo improrrogável de até 15 (quinze) dias, dar cumprimento aos §§ 1º e 3º do art. 36 da Constituição Federal*

Por fim, da decisão proferida pelo STF não cabe qualquer espécie de recurso e nem ação rescisória, nos termos do art. 12.

> *Lei n. 12.562/11, art. 12: A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido da representação interventiva é irrecorrível, sendo insuscetível de impugnação por ação rescisória.*

Obs.: Embargos declaratórios são admitidos, pois servem para complementar a decisão.

2.2. REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA ESTADUAL

2.2.1. Previsão constitucional e considerações

> *CF, art. 35: O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:*
> *IV - o Tribunal de Justiça [**competência**] der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual [**parâmetro**], ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial [**parâmetro**]*

Devido a inexistência de hierarquia entre os entes políticos, existe a regra de não intervenção da União nos estados e dos estados nos municípios. No entanto, tal regra comporta exceções, como

já vimos. Convém mencionar que a regra da **não intervenção da União nos municípios dos estados-membros não tem exceção.**

Assim temos:

- A União só pode intervir, excepcionalmente, nos Municípios de seus territórios.
- A União só pode intervir, excepcionalmente, nos Estados, assim como estes, excepcionalmente, podem intervir em seus municípios.

O inciso IV, por sua vez, apresenta três motivos para intervenção:

1) Garantir observância dos princípios estabelecidos na CE;
2) Garantir a execução de lei;
3) Prover ordem ou decisão judicial.

2.2.2. Legitimidade ativa

Somente o PGJ (art. 129, IV), princípio da simetria.

Súmula 614 STF: Somente o Procurador-Geral da Justiça tem legitimidade para propor ação direta interventiva por inconstitucionalidade de lei municipal.

2.2.3. Competência

Tribunal de Justiça.

2.2.4. Cabimento de RE

A natureza da decisão é político-administrativa.

O Tribunal de Justiça, assim como o STF, vai analisar politicamente a viabilidade ou não da decretação da intervenção. Por isso, o STF sumulou o entendimento de que não cabe RE da decisão do TJ.

Súmula 637 STF: Não cabe recurso extraordinário contra acórdão de Tribunal de Justiça que defere pedido de intervenção estadual em município.

2.2.5. EFEITOS DA DECISÃO

O TJ julga procedente a ação ajuizada pelo PGJ e requisita ao governador a intervenção. O governador ***fica vinculado*** a expedir o decreto.

O decreto tem a função primária de suspender a lei ou ato que ensejou a ADI interventiva. Em não sendo eficaz essa suspensão, cabe ao governador decretar a intervenção, nomeando um interventor e afastando as autoridades responsáveis de seus cargos.

Percebe-se que a ADI interventiva tem uma ***dupla função***:

1) Suspender a lei ou ato que ofenda os princípios ou impeça a execução de lei (**função jurídica**);

2) Nomear interventor para restabelecer a situação de normalidade federativa (**função política**).

OBS: A lei orgânica do DF tem natureza constitucional, portanto ela é paradigma de controle da lei distrital. Sempre lembrando que essas leis distritais podem tratar de matérias municipais ou estaduais, dada a natureza híbrida desse ente federativo.

CONTROLE DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

1. INSTRUMENTOS

O ordenamento jurídico brasileiro consagra dois instrumentos de controle das omissões inconstitucionais, são eles:

a) Ação direita de inconstitucionalidade por omissão (ADO) – instrumento de controle abstrato, prevista no art. 103, §2º da CF e regulamenta pela Lei 12.063/2009;

> *CF, art. 103, § 2º: "Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional **[finalidade]**, será dada ciência **[efeito da decisão]** ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias*

b) Mandado de injunção (MI) – previsto no art. 5º, LXXI, da CF e regulamentado pela Lei 13.300/2016, com aplicação subsidiária da Lei do MS e do CPC.

> *CF, art. 5º, LXXI: "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício **[finalidade: viabilizar o exercício]** dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".*
>
> *Lei n. 13.300/16, art. 14: Aplicam-se subsidiariamente ao mandado de injunção as normas do mandado de segurança, disciplinado pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, e do Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, observado o disposto em seus arts. 1.045 e 1.046.*

Com o intuito de facilitar a compreensão do tema, faremos uma análise comparativa entre ADO e MI, em relação a:

a) Finalidade

b) Tipo de pretensão deduzida em juízo

c) Competência

d) Legitimidade ativa

e) Legitimidade passiva

f) Parâmetro

g) Objeto

h) Liminar

i) Decisão de mérito

2. FINALIDADE

Na **ADO** a finalidade é tornar efetiva a norma constitucional, ou seja, não visa assegurar direitos subjetivos, mas sim proteger a ordem constitucional objetiva. Desta forma, a Supremacia da Constituição será assegurada e suas normas terão a devida efetividade, cumprindo a função social para as quais foram criadas. Portanto, trata-se de um instrumento de **controle abstrato de constitucionalidade**.

O **MI** possui como objetivo viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais. Isto é, sua finalidade principal é a proteção de direitos subjetivos. Assim, trata-se de um instrumento de **controle concreto ou incidental**.

3. TIPO DE PRETENSÃO DEDUZIDA EM JUÍZO

Na **ADO** a pretensão é deduzida em juízo por meio de um **processo constitucional objetivo**.

No **MI** a pretensão é deduzida em juízo através de um **processo constitucional subjetivo**.

4. COMPETÊNCIA

A **ADO** é um instrumento de controle concentrado ou reservado (assim como ADI, ADC e ADPF). Por isso, só pode ser processada e julgada pelo **STF (na esfera federal)** e pelo **TJ (na esfera estadual).**

Em relação ao **MI**, parte considerável da doutrina, afirma que a competência será definida **expressamente pela CF** (previu STF, STJ, TSE e TRF), **por lei federal** (não regulamentou) ou **pela CE** (cada uma trata de uma maneira, alguns afirmam que é do TJ; outras que será o TJ ou juiz estadual).

Como há necessidade de previsão expressa, a doutrina costuma classificar o MI como um instrumento de controle difuso-limitado, pois não será qualquer juiz ou tribunal que terão competência.

A seguir colacionamos os dispositivos constitucionais que preveem a competência para processo e julgamento do MI: ao STF, ao STJ ao TSE e ao TRE.

a) STF

> *CF, art. 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*
> *I - processar e julgar, originariamente:*
> *q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal [**critério de fixação da competência do STF: órgão ou autoridade responsável pela omissão**];*

CF, art. 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
II - julgar, em recurso ordinário ***[apenas quando a decisão for denegatória]****:*
*a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores [****atribuição indireta de competência aos Tribunais Superiores****], se denegatória a decisão [****caso concedida a ordem não caberá recurso ordinário para o STF****].*

b) STJ

CF, art. 105: Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
I - processar e julgar, originariamente:
*h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta [****competência residual, pois dependerá da análise se o órgão, entidade ou autoridade federal devam ser, originariamente, processados e julgados por outros tribunais****], excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal [****atribuição indireta de competência aos órgãos de Justiça no âmbito federal****];*

c) TSE e TRE:

CF, art. 121: § 4º: Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:
V - ***denegarem*** *habeas corpus, mandado de segurança, habeas data ou mandado de injunção.*

Em relação à Justiça Federal, o STF possui precedentes conferindo à competência para o julgamento do MI.

STF - MI 571 QO/SP: "EMENTA: Mandado de injunção: omissão normativa imputada a autarquia federal (Banco Central do Brasil): competência originária do Juiz Federal e não do Supremo Tribunal, nem do Superior Tribunal de Justiça: inteligência da ressalva final do art. 105, I, h, da Constituição.";

STF- MI 193/DF: "Tratando-se de mandado de injunção diante de omissão apontada em relação à norma emanada do Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN, órgão autônomo vinculado ao Ministério das Cidades e presidido pelo titular do Departamento Nacional de Trânsito, a competência para processar e julgar o mandado de injunção é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal. 2. Mandado de injunção não conhecido."

Como já mencionado, as CE podem prever dentro do âmbito do TJ como bem entenderem. Cita-se, como exemplo, as CE de MG.

Constituição do Estado de Minas Gerais:

Art. 106: Compete ao Tribunal de Justiça:
f) mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, de entidade ou de autoridade estadual da administração direta ou indireta;
Art. 113, parágrafo único: "Compete ao Juiz de Direito julgar mandado de injunção quando a norma regulamentadora for atribuição do Prefeito, da Câmara Municipal ou de sua Mesa Diretora, ou de autarquia ou fundação pública municipais".

Sistematizando:

COMPETÊNCIA	QUANDO A ATRIBUIÇÃO PARA ELABORAR A NORMA FOR DO(A)(S) ...
STF (art. 102, I, "q")	• Presidente da República • Congresso Nacional • Câmara dos Deputados • Senado Federal • Mesas da Câmara ou do Senado • Tribunal de Contas da União • Tribunais Superiores • Supremo Tribunal Federal.
STJ (art. 105, I, "h")	órgão, entidade ou autoridade federal, excetuados os casos de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.
Juízes e Tribunais da Justiça Militar, Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho	órgão, entidade ou autoridade federal nos assuntos de sua competência.
Juízes Federais e TRFs	órgão, entidade ou autoridade federal, se não for assunto das demais "Justiças" e desde que não seja autoridade sujeita à competência do STJ. Ex: compete à Justiça Federal julgar MI em que se alega omissão do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) na edição de norma de trânsito que seria de sua atribuição (STJ MI 193/DF).
Juízes estaduais e TJs	órgão, entidade ou autoridade estadual, na forma como disciplinada pelas Constituições estaduais.

5. LEGITIMIDADE ATIVA

Na **ADO**, por ser uma ação de controle abstrato, sem partes formais, é necessário que a haja previsão legal, o art. 12-A da Lei 9.868/99, prevê os **mesmos legitimados da ADI e da ADC**. É uma norma remissiva.

Lei 9.868/99, art. 12-A: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Obs.: não terá legitimidade para propor a ação a autoridade que for responsável pela omissão inconstitucional. Deverá suprir a omissão e não propor uma ação direita de inconstitucionalidade por omissão.

O **MI**, por ser um instrumento de controle concreto, poderá ser impetrado, em regra, por quem tiver o direito violado pela impossibilidade de exercê-lo. Contudo, há dois tipos de MI:

MI **individual** – pessoa física ou pessoa jurídica que se declarar titular do direito e for inviabilizada de exercer determinado direito, previsto no texto constitucional, terá legitimidade ativa.

> *Lei n. 13.300/16, art. 3º: São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.*

O art. 3º da Lei do MI, ao reconhecer legitimidade ativa às pessoas "que se afirmam titulares", adota a "teoria da asserção". Para essa teoria, a legitimidade *ad causam* deve ser analisada à luz das afirmações feitas pelo autor na petição inicial, devendo o julgador considerar a relação jurídica deduzida em juízo *in status assertionis*, isto é, à vista do que se afirmou. Em outras palavras, se o autor afirma que é titular daquele direito, para fins de legitimidade deve-se tomar essa afirmação como sendo verdadeira. Ao final do processo, pode-se até reconhecer que ele não é realmente titular, mas aí já será uma decisão de mérito. Para fins de reconhecimento de legitimidade e processamento da ação, basta que o autor se afirme titular.

MI **coletivo** – é necessária a previsão legal. Até 2016, os legitimados eram os mesmos do MS. A partir da Lei 13.300/2016 houve regulamentação específica, sendo legitimado o MP, partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação constituída e em funcionamento há pelo menos um ano e pela DP, nos termos do art. 12

> *Lei n. 13.300/16, art. 12: O mandado de injunção coletivo pode ser promovido*
> *I - **pelo Ministério Público**, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis; [a]*
> *II - **por partido político com representação no Congresso Nacional**, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária; [b]*
> *III - **por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano**, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial; [c]*
> *IV - **pela Defensoria Pública**, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.*
> *Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria"*

a) Embora o Ministério Público não esteja previsto na CF (art. 5º, LXX), a doutrina majoritária, mesmo antes da Lei 13.300/16, admitia a sua legitimidade.

b) A legitimidade do partido político não é universal, há necessidade de pertinência temática.

c) Exigência de pertinência temática.

O requisito legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1ano, será aplicado, segundo parte da doutrina, com exclusividade às associações, sob os seguintes fundamentos:

- interpretação gramatical: "constituída";
- em razão da maior liberdade de criação, a associação poderia ser criada tão somente para impetrar MI coletivo – o requisito evitaria tal situação.
- Ademais, a organização sindical e a entidade de classe possuem requisitos rígidos para serem criadas.

Nesse sentido:

> *STF - RE 198.919: "Legitimidade do sindicato para a impetração de mandado de segurança coletivo **(mesmo raciocínio para o MI)** independentemente da comprovação de um ano de constituição e funcionamento";*

No MI 689/PB, a decisão foi diversa, Novelino entende que pode ser interpretado de três maneiras:

- Houve superação do precedente anterior (não concorda);
- Trata de situações diversas, um do sindicado (não exigido) e outro da entidade de classe (exigido). Não concorda, não faz sentido;
- Não houve superação, uma vez que em nenhum momento foi objeto de deliberação a questão envolvendo o requisito. Foi colocado apenas na ementa pelo Ministro Eros Grau, sem explicação. Por isso, Novelino entende que se trata de entendimento pessoal do Ministro.

> *STF - MI 689/PB: "O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano".*

Ainda em relação ao inciso III, do art. 12, destaca-se que não é necessário que todos os membros da organização sindical, da entidade de classe ou da associação sejam atingidos pelo direito ou tenham interesse com relação a este direito - o interesse pode ser de apenas uma parte da categoria, nos termos da S. 630 do STF

> *Súmula 630 STF: A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria*
> .

Ademais, é dispensada a autorização dos membros ou associados, conforme a Súmula 629 STF

Súmula 629 STF A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes

Segundo o STF, ela é dispensada porque se trata de uma hipótese de legitimação extraordinária ou substituição processual, a autorização é dada pela própria Constituição.

A hipótese é distinta da presente na CF, art. 5º, XXI: representação processual, a qual depende de autorização dos membros, ainda que dada em assembleia.

Em suma:

- Regra geral, associação só pode representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente se houver autorização (CF, art. 5º, XXI).
- Exceção: quando a associação for impetrar mandado de segurança coletivo ou mandado de injunção coletivo.

Sistematizando:

Legitimado	Situação
I - MINISTÉRIO PÚBLICO	quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis.
II - PARTIDO POLÍTICO (com representação no Congresso Nacional)	para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária.
III - ORGANIZAÇÃO SINDICAL, ENTIDADE DE CLASSE OU ASSOCIAÇÃO (legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 ano)	para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.
IV - DEFENSORIA PÚBLICA	quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da CF/88.

6. LEGITIMIDADE PASSIVA

Na **ADO** qualquer autoridade ou órgão responsável pela omissão inconstitucional deverá figurar no polo passivo.

No **MI** será o poder, órgão ou autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.

O STF não admite litisconsórcio no polo passivo, nem na ADO e nem no MI.

7. PARÂMETRO

Não é qualquer norma da CF que servirá como parâmetro nas omissões inconstitucionais. É necessário que seja uma norma que necessite de intermediação, a fim de que o direito seja exercido ou que a constituição tenha efetividade.

Quando a norma é autoaplicável (não depende de intermediação), não se justifica a impetração do MI e nem o ajuizamento da ADO.

Na **ADO** não pode ser norma autoaplicável. Assim, somente **normas de eficácia limitada** podem ser parâmetro.

Importante consignar que existem normas na CF que, embora sejam autoaplicáveis, impõem aos poderes públicos o dever de agir para proteger e promover o direito fundamental consagrado. Quando o poder público cria a lei, mas não é suficiente para a proteção do direito; ou quando o poder executivo atua no plano administrativo, mas as suas ações não são suficientes, há uma omissão parcial do poder público. A omissão parcial, nesses casos, pode ocorrer ainda que a norma parâmetro não seja norma de eficácia limitada, ou seja, pode ocorrer frente às normas autoaplicáveis.

Como exemplo, podemos citar os arts. 5º, XLI (a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais) e XLII (a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei). Quando a discriminação for homofóbica ou transfóbica, não há previsão legal para criminalização. Diante disso, o STF reconheceu uma omissão constitucional.

> *STF – ADO 26 e MI 4.733/DF: A maioria entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia. Reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT e votou pelo enquadramento da homofobia como tipo penal definido na Lei de Racismo (Lei 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria.*

No caso do **MI**, há divergência, tendo em vista a redação constitucional e legal, que preveem norma não autoaplicável, relacionada ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A seguir veremos a posição de quatro doutrinadores acerca do tema:

a) **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**: não alcança os direitos sociais, servindo para garantir apenas os direitos, liberdades e prerrogativas diretamente vinculados ao status de nacional (CF, arts. 5º e 12) e de cidadão (CF, arts. 14 a 17).

b) **Celso Bastos**: a expressão “direitos e liberdades constitucionais” abrange não somente os direitos e garantias individuais, mas também os coletivos e sociais.

c) **José Afonso da Silva**: visa assegurar o exercício (a) de “qualquer direito constitucional (individual, coletivo, político ou social) não regulamentado; (b) de liberdade constitucional não regulamentada (...); (c) das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, também quando não regulamentadas”.

d) **Carlos Ari Sundfeld**: são tuteláveis pela injunção não apenas os direitos, liberdades e prerrogativas do artigo 5º ou do Título II ("Dos Direitos e Garantias Fundamentais"), mas também os "previstos em qualquer dispositivo da Constituição".

O STF não possui precedentes claros a respeito do tema. Em várias decisões isoladas, reconheceu como parâmetro normas que não são de direitos fundamentais. Portanto, a partir dessas várias decisões, a leitura é que o Supremo adotada uma interpretação mais extensiva, como a proposta por Carlo Ari Sundfeld.

- Fixação dos limites dos juros reais em 12% (CF/88, Art. 192, § 3º) (MI 361);
- Reparação de natureza econômica aos cidadãos impedidos de exercer atividade profissional específica durante o regime militar (ADCT, Art. 8º, § 3º) (MI 284);
- Isenção de contribuição para a seguridade social de determinadas entidades beneficentes (CF/88, Art. 195, § 7º) (MI 232).

8. OBJETO

Na **ADO** o objeto pode ser **a ausência total** (inexiste norma regulamentadora) ou **parcial de norma** (norma é insuficiente para proteger ou assegurar de forma adequada o direito). Está previsto expressamente no era. 12-B da Lei 9.868/99, observe:

> *Lei n. 9.868/99, Art. 12-B: A petição indicará:*
> *I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa.*

No **MI** a ausência também poderá ser **total ou parcial**, conforme disposto no art. 2º da Lei 13.300/2016.

> *Lei n. 13.300/2016, Art. 2º. "Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.*
> *Parágrafo único. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente".*

Obs.: O MI só será cabível quando o direito estiver previsto na Constituição. Não caberá MI para regulamentação de direito previsto em lei, o direito deve estar consagrado na CF, com exercício inviabilizado devido à ausência da norma regulamentadora.

Perceba, portanto, que o objeto da ADO e do MI é exatamente o mesmo: ausência TOTAL ou PARCIAL de norma regulamentadora.

9. LIMINAR

Na **ADO** a jurisprudência do STF, em regra, não admitia a concessão de liminar, salvo nos casos de omissão parcial. Com a lei que regulamentou a ADO, em 2009, passou a ser admitida tanto para os casos de omissão parcial quanto para os casos de omissão total.

> *Lei n. 9.868/99, Art. 12-F: Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22* **(2/3 dos membros)**, *poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.*
> *§ 1º: A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.*

Os efeitos da liminar a ADO, quando a omissão for total, são parecidos com os efeitos da ADPF e da ADI interventiva. Salienta-se que na ADPF não há suspensão dos efeitos de decisão ou de medidas decorrentes de coisa julgada, já na ADO pode haver a suspensão tanto de processos como de procedimentos administrativos ou ainda de outra providência que venha a ser fixada pelo Tribunal.

No **MI** a Lei 13.300/2016 não trouxe nenhuma previsão expressa em relação à liminar. Isso não impede que o STF ou qualquer juiz ou tribunal exercem o poder geral de cautela. Contudo, a jurisprudência do STF, desde a época que se conferia ao MI os mesmos efeitos da ADO (corrente não concretista), não se admite concessão de liminar.

Obs.: O STF não adota mais a corrente não concretista, mas ainda NÃO admite a concessão de liminar em MI.

> *STF - AC 124 AgR/PR: "Os pronunciamentos da Corte são reiterados sobre* ***a impossibilidade de se implementar liminar em mandado de injunção*** *[...] AÇÃO CAUTELAR - LIMINAR. Descabe o ajuizamento de ação cautelar para ter-se, relativamente a mandado de injunção, a concessão de medida acauteladora."*

10. DECISÃO DE MÉRITO

10.1. ADO

Em relação à ADO, nunca houve polêmica acerca dos efeitos da decisão de mérito, eis que a CF (art. 103, §2°), expressamente, prevê que a decisão dará ciência ao poder competente de sua omissão. A Lei 9.868/99, em seu art. 12-H, dispõe que:

> *Lei n. 9.868/99, Art. 12-H: Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.*

A polêmica girou em relação a outros dois aspectos:

a) O STF poderia fixar prazo para o legislador suprir a omissão? Ou seja, o Poder Judiciário poderia fixar prazo para o Poder Legislativo legislar? O Judiciário não pode obrigar o legislador a legislar.

Na ADI 3.682/MT, o STF chegou a estipular um prazo. O Congresso não recebeu bem e foi feita uma ponderação pelo STF, afirmando que estava apenas sugerindo um prazo.

> *STF - ADI 3.682/MT: "4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão (...) Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n°s 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios".*

Todavia, o STF adotou uma corrente diferente em relação à questão do prazo, utilizou o mesmo tipo de procedimento do MI (Lei n. 13.300/16), no qual há a fixação de um prazo para que a omissão seja suprida, mas não obriga o legislador a legislar. Contudo, se dentro daquele prazo fixado pelo Tribunal o legislador não fizer a lei, o Tribunal poderá fixar as condições nas quais o direito será exercido.

> *STF - ADO 25/DF: "O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que seja sanada a omissão, vencido, no ponto, o Ministro Marco Aurélio. Na hipótese de transcorrer in albis o mencionado prazo, o Tribunal, por maioria, deliberou que caberá ao Tribunal de Contas da União: a) fixar o valor do montante total a ser transferido aos Estados-membros e ao DF, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT para fixação do montante a ser transferido anualmente, [...]; b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ;..."*

b) O prazo de 30 dias, conferido aos órgãos administrativos, poderia ser relativizado quando não fosse possível cumpri-lo? O Ministro Gilmar Mendes, em alguns votos, alertava para a impossibilidade fática de cumprimento do prazo em algumas hipóteses. O legislador, atento a essa impossibilidade, relativizou o prazo de trinta dias (art. 12-H, §1º).

Não há que se falar em inconstitucionalidade, uma vez que o legislador fez uma ponderação que poderia ser feita pelo próprio Poder Judiciário (caso concreto).

> *§ 1º: Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido*

10.2. MI

Em relação ao MI, como desde a CF/88 até 2016 (quando foi criada a Lei 13.300) não havia norma regulamentadora, sempre houve divergência na doutrina e na jurisprudência acerca dos efeitos da decisão de mérito.

A seguir iremos analisar cada uma das correntes sobre os efeitos da decisão de mérito no MI.

10.2.1. Corrente não-concretista

Segundo esta posição, o Poder Judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção, deverá apenas comunicar o Poder, órgão, entidade ou autoridade que está sendo omisso.

Para os defensores desta posição, o Poder Judiciário, por conta do Princípio da Separação dos Poderes, não pode criar a norma que está faltando nem determinar a aplicação, por analogia, de outra que já exista e que regulamente situações parecidas.

O Poder Judiciário apenas dá ciência da decisão. Possuía o mesmo efeito da ADO.

É uma posição considerada mais conservadora e foi adotada pelo STF (MI 107/DF) até por volta do ano de 2007.

> *STF - MI 588/MS: "EMENTA: Mandado de Injunção. Taxa de juros reais. Limite constitucional de 12%. Mandado de injunção parcialmente deferido para que se comunique ao Congresso Nacional a mora em que se encontra na regulamentação do artigo 192, § 3º da Constituição, cabendo-lhe tomar as providências para suprir a omissão".*

10.2.2. Corrente concretista

Para esta corrente, o Poder Judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção e reconhecer que existe a omissão do Poder Público, deverá editar a norma que está faltando ou determinar que seja aplicada, ao caso concreto, uma já existente para outras situações análogas.

É assim chamada porque o Poder Judiciário irá "concretizar" uma norma que será utilizada a fim de viabilizar o direito, liberdade ou prerrogativa que estava inviabilizada pela falta de regulamentação.

I – Quanto à necessidade ou não de concessão de prazo para o impetrado, a posição concretista pode ser dividida em:

a) ***Corrente concretista direta***: o Judiciário deverá implementar uma solução para viabilizar o direito do autor e isso deverá ocorrer imediatamente (diretamente), não sendo necessária nenhuma outra providência, a não ser a publicação do dispositivo da decisão.

b) ***Corrente concretista intermediária***: ao julgar procedente o mandado de injunção, o Judiciário, antes de viabilizar o direito, deverá dar uma oportunidade ao órgão omisso para que este

possa elaborar a norma regulamentadora. Assim, a decisão judicial fixa um prazo para que o Poder, órgão, entidade ou autoridade edite a norma que está faltando.

Caso esta determinação não seja cumprida no prazo estipulado, aí sim o Poder Judiciário poderá viabilizar o direito, liberdade ou prerrogativa.

> *STF - MI 232/RJ: "Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providencias legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida"*

II – Quanto às pessoas atingidas pela decisão, a corrente concretista pode ser dividida em:

a) ***Corrente concretista individual***: a solução "criada" pelo Poder Judiciário para sanar a omissão estatal valerá apenas para o autor do MI.

Ex: na corrente concretista intermediária individual, quando expirar o prazo, caso o impetrado não edite a norma faltante, a decisão judicial garantirá o direito, liberdade ou prerrogativa apenas ao impetrante.

> *STF MI 721 "Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. [...] inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.*

b) ***Corrente concretista geral***: a decisão que o Poder Judiciário der no mandado de injunção terá efeitos *erga omnes* e valerá para todas as demais pessoas que estiverem na mesma situação. Em outras palavras, o Judiciário irá "criar" uma saída que viabilize o direito, liberdade ou prerrogativa e esta solução valerá para todos.

Ex.: na corrente concretista intermediária geral, quando expirar o prazo assinalado pelo órgão judiciário, se não houver o suprimento da mora, a decisão judicial irá garantir o direito, liberdade ou prerrogativa com eficácia *ultra partes* ou *erga omnes.*

> *STF - MI 708/DF: "... Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.*

10.2.3. Posição adotada no direito brasileiro

Qual é a posição adotada pelo STF?

A Corte inicialmente consagrou a corrente não concretista. No entanto, em 2007 houve um *overruling* (superação do entendimento jurisprudencial anterior) e o STF adotou a corrente concretista direta geral (STF. Plenário. MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25/10/2007).

A Lei nº 13.300/2016 tratou sobre o tema?

SIM. Aumentando a polêmica em torno do assunto, a Lei nº 13.300/2016 determina, como regra, a aplicação da **corrente concretista individual intermediária**. Acompanhe:

Primeira providência é fixar prazo para sanar a omissão:

Se o juiz ou Tribunal reconhecer o estado de mora legislativa, será deferida a injunção (= ordem, imposição) para que o impetrado edite a norma regulamentadora dentro de um prazo razoável estipulado pelo julgador.

Segunda etapa, caso o impetrado não supra a omissão:

Se esgotar o prazo fixado e o impetrado não suprir a mora legislativa, o juiz ou Tribunal deverá:

- estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados; ou
- se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los.

Exceção em que a primeira providência poderá ser dispensada:

O juiz ou Tribunal não precisará adotar a primeira providência (fixar prazo) e já poderá passar direto para a segunda etapa, estabelecendo as condições, caso fique comprovado que já houve outro(s) mandado(s) de injunção contra o impetrado e que ele deixou de suprir a omissão no prazo que foi assinalado nas ações anteriores.

Em outras palavras, se já foram concedidos outros mandados de injunção tratando sobre o mesmo tema e o impetrado não editou a norma no prazo fixado, não há razão lógica para estipular novo prazo, devendo o juiz ou Tribunal, desde logo, estabelecer as condições para o exercício do direito ou para que o interessado possa promover a ação própria.

Em suma:

Desse modo, em regra, a Lei nº 13.300/2016 determina a adoção da corrente concretista intermediária (art. 8º, I). Caso o prazo para a edição da norma já tenha sido dado em outros mandados de injunção anteriormente propostos por outros autores, o Poder Judiciário poderá veicular uma decisão concretista direta (art. 8º, parágrafo único).

Veja o texto do art. 8º, que é o ponto mais importante da Lei nº 13.300/2016:

> *Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:*
> *I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;*
> *II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.*

> *Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.*

E quanto à eficácia subjetiva, a Lei nº 13.300/2016 adotou a corrente individual ou geral?

Em regra, a corrente individual.

- No mandado de injunção individual, em regra, a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes (art. 9º).
- No mandado de injunção coletivo, em regra, a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante (art. 13).

Excepcionalmente, será possível conferir eficácia *ultra partes* (corrente concretista transindividual) ou *erga omnes* (correte concretista geral)

A Lei nº 13.300/2016 afirma que poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração (art. 9º, § 1º).

Essa possibilidade se aplica tanto para o MI individual como para o coletivo (art. 13).

Em relação ao aspecto temporal, em regra, a decisão produz efeitos *pro futuro* (Lei n. 13.300/16, art. 8º, I). Contudo, a Lei também prevê a possibilidade de efeito *ex nunc* (art. 8º, parágrafo único).

Obs.: existe a possibilidade de revisão da decisão proferida quando houver a modificação das circunstâncias fáticas ou jurídicas:

> *Lei n. 13.300/2016, art. 10 Sem prejuízo dos efeitos já produzidos, a decisão poderá ser revista, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito.*
> *Parágrafo único. A ação de revisão observará, no que couber, o procedimento estabelecido nesta Lei.*

Por fim, destaca-se que os efeitos da norma superveniente são *ex* nunc, salvo se for mais benéfica.

> *Lei n. 13.300/2016, art. 11 - A norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos ex nunc em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.*
> *Parágrafo único. Estará prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito.*

11. PARA FIXAR

MANDADO DE INJUNÇÃO	ADI POR OMISSÃO
Natureza e finalidade Trata-se de processo no qual é discutido um direito subjetivo. A finalidade é viabilizar o exercício de um direito. Há, portanto, controle concreto de constitucionalidade.	Natureza e finalidade. A finalidade é declarar que há uma omissão, já que não existe determinada medida necessária para tornar efetiva uma norma constitucional. Estamos diante, portanto, de processo objetivo, em que há controle abstrato de constitucionalidade.
Cabimento Cabível quando faltar norma regulamentadora de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.	Cabimento Cabível quando faltar norma regulamentadora relacionada com qualquer norma constitucional de eficácia limitada.
Legitimados ativos MI individual: pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas. MI coletivo: estão previstos no art. 12 da Lei nº 13.300/2016.	Legitimados ativos Os legitimados da ADI por omissão estão descritos no art. 103 da CF/88.
Competência A competência para julgar a ação dependerá da autoridade que figura no polo passivo e que possui atribuição para editar a norma.	Competência Se relacionada com norma da CF/88: STF. Se relacionada com norma da CE: TJ.
Efeitos da decisão Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado. Obs.: será dispensada a determinação a que se refere o inciso I quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.	Efeitos da decisão Declarada a inconstitucionalidade por omissão, o Judiciário dará ciência ao Poder competente para que este adote as providências necessárias. Se for órgão administrativo, este terá um prazo de 30 dias para adotar a medida necessária. Se for o Poder Legislativo, não há prazo.

TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

1.1. APLICABILIDADE

Art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Refere-se à aplicabilidade das normas de direitos e garantias fundamentais, ou seja, de acordo com este dispositivo a aplicabilidade dos direitos fundamentais deve ser imediata. Isso significa que não dependem de nenhuma condição para serem aplicados.

Alguns autores, a exemplo de Eros Grau, Dirley da Cunha Jr., sustentam que este dispositivo deve ser interpretado à maneira de uma regra, ou seja, o dispositivo diz que tem aplicação imediata, então devem ser aplicados de imediato ("tudo ou nada"), aplica-se na medida exata de suas proporções.

Segundo Novelino, deve ser interpretado como uma regra geral, salvo quando a própria CF exigir lei para regulamentar, a exemplo do que prevê o art. 5º, XXIX da CF.

Outra parte da doutrina, baseando-se no art. 5º, LXXI, CF, refere-se ao mandado de injunção, sendo este destinado aos direitos fundamentais (segundo maioria). Segundo este entendimento, se a própria constituição reconhece um instrumento para suprir a omissão legislativa, não parece claro que todos os direitos fundamentais seriam aplicados imediatamente, a exemplo do salário mínimo.

Surge a dúvida de como compatibilizar quais direitos teriam aplicação imediata e quais precisariam de uma norma regulamentadora. Ingo Sarlet defende que o § 1º, do art. 5º, da CF, deve ser interpretado como um princípio e não como uma regra, sendo um mandamento de otimização.

Obs.: A interpretação deste dispositivo ficaria da seguinte forma: as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais devem ser interpretadas no sentido que lhes confira a maior efetividade possível para que cumpram a sua finalidade, de acordo com as circunstâncias fáticas existentes. (Entendimento adotado pelo CESPE).

1.2. LOCALIZAÇÃO TOPOGRÁFICA

Os direitos e garantias fundamentais não se restringem ao título II, encontram-se espalhados por todo o texto constitucional. Adota-se a Teoria Material dos Direitos Fundamentais, conforme prevê o art. 5º, §2º da CF.

Art. 5º, § 2º, CF: Os direitos e garantias expressos (direitos fundamentais) nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Destaca-se que os direitos humanos e os direitos fundamentais são ligados aos valores liberdade e igualdade e possuem como fundamento a dignidade da pessoa humana. A diferença é o local onde esses direitos estão consagrados:

- Direitos humanos: consagrados no plano internacional (tratados e convenções).
- Direitos fundamentais: consagrados no plano interno (Constituição).

O art. 5º, § 2º da Constituição consagra uma espécie de cláusula aberta permitindo que outros direitos não expressamente previstos no texto constitucional sejam considerados também direitos fundamentais.

Com base nesse dispositivo, alguns internacionalistas (Flávia Piovesan, Celso Lafer e Cançado Trindade) sustentaram que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos teriam status constitucional. Segundo eles, os tratados internacionais de direitos humanos teriam o mesmo status e hierarquia dos direitos fundamentais previstos na Constituição. E, caso houvesse um conflito entre eles, prevaleceria a norma mais benéfica.

Contudo, o STF sempre foi refratário a essa perspectiva de que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos teriam status constitucional.

1.3. HIERARQUIA DOS TRATADOS

> *Art. 5º, § 3º, CF "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."*

Tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais estão ligados aos valores liberdade e igualdade e visam à proteção da dignidade da pessoa humana. A diferença é que os primeiros (direitos humanos) estão localizados no plano internacional, ao passo que os direitos fundamentais estão consagrados no plano interno, em geral, nas constituições.

O dispositivo foi inserido na Constituição pela EC n. 45/04 porque os internacionalistas vinham sustentando que qualquer tratado internacional de direitos humanos seria equivalente às normas constitucionais. No entanto, o Supremo sempre entendeu que qualquer tratado internacional, fosse ele de direitos humanos ou não, seria equivalente à lei ordinária.

Os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados em dois turnos, por três quintos de votos, conforme art. 5º, § 3º, CF, à medida que passam a fazer parte do plano interno transformam-se em direitos fundamentais e não existe hierarquia. Caso o tratado trate de direitos humanos, mas não siga o rito do artigo, terá natureza supralegal.

Tratados internacionais, que não são de direitos humanos, possuem natureza de lei ordinária.

Após o advento desta Emenda, o Supremo passou a adotar uma terceira hierarquia em relação aos tratados internacionais. Segundo o entendimento, caso os tratados e convenções internacionais tratassem de direitos humanos, mas não fossem aprovados por 3/5 e dois turnos, não teriam o status de emenda constitucional, mas supralegal.

> *STF - RE 466.343/SP (voto Min. Gilmar Mendes): "[...] parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade".*

A tese acima, sustentada pelo Ministro Gilmar Mendes, já vinha sendo defendida pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

> *STF - RHC 79.785-RJ (voto Min. Sepúlveda Pertence): "Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo [...] com o entendimento, então majoritário - que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais - preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis (...) Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos."*

Em suma:



2. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. CLASSIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Para a CF, no Título II, há o gênero dos direitos fundamentais, sendo que as espécies são:

2.1.1. Direitos individuais

Previstos no art. 5º, CF.

Ressalta-se que o art. 60, IV, CF, consagrou estes direitos como cláusulas pétreas.

Segundo o STF, os direitos e garantias individuais, apesar de sistematicamente consagrados no art. 5º, não se restringem apenas a ele, podendo ser encontrados em várias partes do Texto Constitucional.

O próprio art. 16, da CF, consagrado pelo STF como cláusula pétrea é uma garantia individual do cidadão; art. 150, III, b, CF, ocorre o mesmo (garantia individual – cláusula pétrea).

> ***Art. 16.*** *A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.*
>
> *Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
> *III - cobrar tributos:*
> *b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;*

2.1.2. Direitos coletivos

Apesar de a CF falar em direitos coletivos no art. 5º, são encontrados, de forma muito mais extensa, nos arts. 6º e seguintes, quando se refere aos direitos sociais.

2.1.3. Direitos sociais

Previstos no art. 6º e seguintes. Nem todos os países e Constituições consagram os direitos sociais como fundamentais. Muitos autores entendem que estes direitos não são fundamentais, no entanto, são pressupostos para o exercício de liberdade.

2.1.4. Direitos de nacionalidade

Previsto no art. 12, CF.

> *Art. 12. São brasileiros:*
> *I - natos:*
> *a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;*
> *b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;*

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;
II - naturalizados:
a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;
b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.
§ 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.
§ 2º - A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.
§ 3º - São privativos de brasileiro nato os cargos:
I - de Presidente e Vice-Presidente da República;
II - de Presidente da Câmara dos Deputados;
III - de Presidente do Senado Federal;
IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;
V - da carreira diplomática;
VI - de oficial das Forças Armadas.
VII - de Ministro de Estado da Defesa
§ 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:
I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;
*II - adquirir outra nacionalidade, **salvo no casos**:*
a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;
b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis;

2.1.5. Direitos políticos

Previstos no art. 14, da CF (Partidos Políticos para alguns).

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
I - plebiscito; antes
II - referendo; depois
III - iniciativa popular.
§ 1º - O alistamento eleitoral e o voto são:
I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;
II - facultativos para:
a) os analfabetos;
b) os maiores de setenta anos;
c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.
§ 2º - Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.
§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I - a nacionalidade brasileira;
II - o pleno exercício dos direitos políticos;
III - o alistamento eleitoral;
IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;
V - a filiação partidária;
VI - a idade mínima de:
a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;
b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;
c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;
d) dezoito anos para Vereador.
§ 4º - São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.
§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.
§ 6º - Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.
§ 7º - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.
§ 8º - O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:
I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;
II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.
§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.
§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.
§ 11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

A principal relevância desta classificação refere-se às cláusulas pétreas

2.2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA (JOSÉ CARLOS VIEIRA ANDRADE)

É uma classificação inspirada em Jellinek, referente ao *status* (quatro espécies).

2.2.1. Direito de defesa

Quando os direitos fundamentais surgiram, no sec. XVIII, seu objetivo era proteger o indivíduo em face do Estado. Assim, sua finalidade era defender o particular contra o poder absoluto do Estado, por isso, é relacionado ao valor **LIBERDADE.**

Os direitos de 1ª Geração que entram nesta classificação são apenas os direitos civis ou individuais. Lembrando que estes direitos possuem um status negativo, exigem uma abstenção por parte do Estado.

2.2.2. Direito a prestações

Exigem do Estado alguns tipos de prestações (positivas), estão ligados à **IGUALDADE (material)**. E principalmente aos direitos sociais, a exemplo do direito à saúde (construir hospitais, contratar médicos, fornecer medicamentos). Da mesma forma, há direitos individuais, como AJG, que exigem uma prestação do Estado

2.2.3. Direitos de participação

Não possuem caráter negativo e nem positivo. Estes aspectos acabam se confundindo, eis que possuem um equilíbrio destas dimensões.

Obs.: todo direito terá tanto um caráter positivo quanto um negativo, não há exclusividade. Quando se fala que tal direito tem um caráter negativo ou positivo refere-se àquele que predomina.

São direitos que permitem a participação do indivíduo na vida política do Estado, são os chamados direitos políticos. Nota-se que os direitos políticos, apesar de serem de 1ª geração, são de participação, portanto, esta classificação não se confunde com a das dimensões.

Os direitos políticos pressupõem os direitos de nacionalidades, assim, também, podem ser enquadrados como de participação, salvo os portugueses equiparados (podem ter direitos políticos)

2.3. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO JELLINEK (TEORIA DOS QUATRO STATUS)

George Jellinek desenvolveu uma teoria que se denomina Teoria dos Quatro Status. Essa teoria levou os direitos fundamentais a cumprirem diferentes funções dentro do ordenamento jurídico.

2.3.1. Status passivo (“status subjectiones”)

O ***status* passivo** é aquele em que o indivíduo se encontra em posição de **subordinação com relação aos poderes públicos**. Dessa forma, o Estado tem competência para vincular o indivíduo, através de mandamentos e proibições. Em verdade, o indivíduo estaria subordinado aos poderes estatais, sujeito a um conjunto de deveres, e não de direitos. O estado, nessa relação, tem o poder de vincular juridicamente o indivíduo por meio de ordens e proibições.

Ex.: alistamento eleitoral e voto (presentes no art. 14, §1º). Não exige nada do Estado, está em posição de subordinação perante Estado.

2.3.2. Status negativo ("status negativus" ou "status libertatis")

Direitos de defesa do indivíduo em face do Estado. São os direitos fundamentais clássicos de 1ª geração. São os direitos individuais ligados à liberdade.

Ex.: não censurar; não interceptação de correspondências; impedir a liberdade de culto. Localizados, em maioria, no art. 5º da CF

Esses direitos de defesa têm um caráter negativo, pois exigem uma ABSTENÇÃO do Estado; um "não fazer" estatal.

***Gilmar Mendes:** Analisando as posições jurídicas fundamentais que integram os direitos de defesa, importa consignar que estes não se limitam às LIBERDADES e IGUALDADES (direito geral de liberdade e igualdade, bem como suas concretizações), abrangendo, ainda, as mais diversas posições jurídicas que os direitos fundamentais intentam **proteger contra ingerências dos poderes públicos** e **também contra abusos de entidades particulares** (eficácia horizontal), de forma que se cuida de garantir a livre de manifestação da personalidade, assegurando uma esfera de autodeterminação do indivíduo.

Gilmar Mendes diz que se o Estado viola esse princípio, dispõe o indivíduo da correspondente pretensão que pode consistir, fundamentalmente, em uma:

(1) pretensão de abstenção (*Unterlassungsanspruch*);

(2) pretensão de revogação (*Aufhebungsanspruch*), ou, ainda, em uma

(3) pretensão de anulação (*Beseitigungsanspruch*).

Os direitos de defesa ou de liberdade legitimam, ainda, duas outras pretensões adicionais:

(4) pretensão de consideração (*Berücksitigungsanspruch*), que impõe ao Estado o dever de levar em conta a situação do eventual afetado, fazendo as devidas ponderações; e

(5) pretensão de defesa ou de proteção (*Schutzanspruch*), que impõe ao Estado, nos casos extremos, o dever de agir contra terceiros.

2.3.3. Status positivo ("status positivus" ou "status civitatis")

O indivíduo tem o direito de exigir do Estado determinadas prestações materiais ou jurídicas. Para que os direitos sejam assegurados o Estado deve atuar positivamente.

Ex.: direitos sociais.

Os direitos com caráter positivo são apenas os direitos sociais? Não, por exemplo, a assistência judiciária gratuita - Estado deve estruturar as defensorias e isso não é direito social.

Existe direito social de abstenção do Estado? Sim. Liberdade de associação sindical ou direito de greve. São direitos sociais com status negativo.

Aqueles que não exigem do Estado uma simples abstenção, mas uma atuação positiva. Exigem **prestações materiais ou jurídicas do Estado**. Tem um caráter positivo, no sentido de o Estado libertar os indivíduos das suas necessidades básicas.

As **prestações jurídicas** referem-se à edição de atos normativos que deem eficácia às normas constitucionais garantidoras de direitos.

Já as **prestações materiais** referem-se à atuação do Estado no sentido de garantir os direitos sociais previsto na CF, como direito à saúde, educação, através de políticas públicas.

O objeto da prestação material consiste numa utilidade concreta (bem ou serviço).

Políticas públicas: Diretrizes e princípios que dirigem as ações públicas.

***Gilmar Mendes:** Os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também **da liberdade por intermédio do Estado**, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos. Assim, enquanto direitos de defesa ("*status libertatis*" e "*status negativus*") se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao "*status positivus*" de Jellinek, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material.

Essas prestações têm um problema quanto ao custo, e sua efetividade depende dos recursos estatais. Além disso, estão consagrados em normas de eficácia limitada, por isso diz-se que têm menos eficácia e menos efetividade que os direitos de defesa, em sua maioria consagrados em normas de eficácia plena ou contida.

Basicamente, os direitos prestacionais são os Direitos Sociais **(segunda dimensão).**

Os direitos de defesa possuem uma eficácia e uma efetividade maior que os direitos a prestações. Isto porque, geralmente, os direitos a prestações precisam sempre de uma intermediação (norma ou política pública regulando a norma constitucional, esta não é autoaplicável).

2.3.4. Status ativo ("status activus" ou "status de cidadania ativa")

São aqueles que vão permitir a participação do indivíduo na vida política do Estado. São os direitos ligados à cidadania.

Esses direitos têm tanto um caráter positivo (realização de eleições periódicas do Estado) quanto negativo (se abster de impedir o exercício da cidadania).

Seriam os **direitos de nacionalidade** e **direitos políticos**, sendo aqueles pressupostos destes.

No Brasil, para que a pessoa possa exercer direitos políticos, ela deve ser brasileira nata ou naturalizada (com a exceção dos portugueses prevista na CF). Por isso, **direitos de nacionalidade** também.

São os direitos de primeira dimensão.

Obs.: no fim das contas, sempre se precisa de uma prestação estatal, isto porque, por exemplo, para exercermos a liberdade (sair de casa), o estado deve não só não intervir (direito de defesa), também dar condições para que eu possa exercer a liberdade (ruas, rodovias, segurança pública – direitos à prestação).

2.3.5. Conclusão sobre a Teoria dos Quatro Status de Jellinek

A teoria proposta corresponde, de certo modo, ao processo histórico de emancipação da pessoa humana. No início, os homens conquistam a liberdade e passam da condição de mero objeto do Estado à condição de sujeitos de direitos frente a esse Estado. Depois, adquirem uma posição jurídica perante o Estado, do qual recebem prestações. Enfim, posteriormente, estão habilitados a participar ativamente do processo político, tornando-se sujeitos do próprio Estado (Jorge Miranda).

3. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1. UNIVERSALIDADE

Os direitos fundamentais devem ser aplicados independentemente da nacionalidade, procedência do indivíduo.

Os DF's, por serem imprescindíveis a convivência e existência digna, livre e igual da pessoa humana, destinam-se a todos os seres humanos. É da essência dos DF's a sua generalidade, vale dizer, a sua universalidade.

Crítica: são os direitos que a cultura ocidental ACREDITA serem fundamentais. Segundo Novelino, há um **núcleo essencial** que deve ser, independentemente da cultura, respeitado - universal. Lembrar de multiculturalismo (características especificas de cada nação) não estaria sendo ferido com a universalidade dos direitos fundamentais.

Sobre essa observação, destaca Dirley da Cunha Jr.: "*Convém, esclarecer, contudo, que essa universalidade deve ser compreendida em termos, uma vez que, conquanto existam direitos de todos os seres humanos (como o direito à vida), há direitos que só interessam a alguns (como os direitos dos trabalhadores) ou só pertencem a poucos (como os direitos políticos). Ademais, a fixação do conteúdo dos DF's fica a cargo da consciência geral e do consenso desenvolvido por determinada comunidade em cada momento histórico e cada lugar, de modo que a universalidade não deve ignorar o diferente significado que um "mesmo" direito fundamental assume em contextos distintos, o que impõe uma consideração constitucional das diferentes realidades, como a dos Estados 'periféricos' ou 'subdesenvolvidos'*".

3.2. HISTORICIDADE

Os direitos fundamentais são considerados direitos históricos, eis que surgem em determinado período e se transformam com o passar do tempo (defendida pelos positivistas)

Para os positivistas, estes direitos são conquistados através de lutas, a exemplo dos direitos à liberdade, à igualdade e, após a 2ª GM, dos direitos de 3ª, 4ª geração, por isso as diferentes gerações.

3.3. INALIENABILIDADE, IMPRESCRITIBILIDADE, INDISPONIBILIDADE E IRRENUNCIABILIDADE

Possuem origem jusnaturalista.

Para melhor se entender estas características, é necessária uma distinção entre titularidade do direito e o exercício do direito.

- Na titularidade do direito, a pessoa renunciaria total e definitivamente ao direito;
- A renúncia ao exercício de um direito é temporária.

Ex: pode-se renunciar determinada herança (específica), mas não se renuncia ao direito de herança (ampla – qualquer herança futura)

Desta forma, quando se fala nestas características afirma-se que a pessoa não pode renunciar à titularidade de direitos, mas em determinados casos pode renunciar ao exercício de determinado direito. Somente com a análise do caso concreto é que se pode auferir a legitimidade de renúncia de direitos fundamentais.

Existe uma distinção entre renúncia, não exercício, exercício negativo e perda do direito.

RENÚNCIA: consiste no enfraquecimento voluntário de uma posição jurídica de direito fundamental, com o objetivo de obter algum tipo de vantagem. A pessoa renuncia ao exercício deste direito para receber um tipo de benefício, a exemplo do reality show, renuncia-se ao direito à privacidade em razão de uma exposição ou de um benefício financeiro.

NÃO EXERCÍCIO: possibilidade de um determinado direito fundamental não ser exercido pelo seu titular, a exemplo de contrato de plano de saúde quando o cliente não questiona, no judiciário, a violação de uma cláusula do contrato.

EXERCÍCIO NEGATIVO: fica claro na liberdade de associação, uma vez que abrange o exercício positivo de associar-se e o negativo de não se associar.

PERDA DE DIREITO: caso de restrição heterônoma de direito, ou seja, não é uma autolimitação voluntária como na renúncia, a exemplo da perda de nacionalidade (casos específicos em lei).

3.4. RELATIVIDADE OU LIMITABILIDADE

Está diretamente relacionado ao princípio da relatividade. Significa que não existem direitos fundamentais absolutos, pois todos encontram limites em outros direitos também consagrados na CF. Para que os direitos fundamentais possam conviver entre si não podem ser considerados absolutos.

Alguns autores afirmam que a dignidade da pessoa humana é um VALOR absoluto, isto é, não existe diferença de gradação entre a dignidade das pessoas. Assim, não existem diferentes níveis de dignidade da pessoa humana, todos os seres humanos possuem. Sendo que NÃO é um PRINCÍPIO ABSOLUTO, em alguns casos terá que ser relativizado.

Segundo sustenta Bobbio, em seu livro A Era dos Direitos, em regra, os direitos fundamentais não são absolutos, existindo dois valores absolutos (direito a não ser escravizado e direito a não ser torturado). Porém, no nosso ordenamento tais valores são regras, assim, não são princípios a serem ponderados. São resultados da ponderação do princípio da dignidade da pessoa humana.

4. AS DIMENSÕES/PERSPECTIVAS SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Reconhecer uma dupla dimensão aos direitos fundamentais é considerar que eles se apresentam como direitos subjetivos individuais, essenciais à proteção da pessoa humana, bem como expressão de valores objetivos de atuação e compreensão do ordenamento jurídico.

4.1. PERSPECTIVA SUBJETIVA

É a dimensão clássica, tendo seu correspondente filosófico-teórico na teoria liberal dos direitos fundamentais, a qual os vislumbra como forma de proteção do indivíduo contra a intervenção estatal em seus direitos e liberdades.

Essa perspectiva tem foco principal no sujeito, no titular do direito. Desta forma, os direitos fundamentais geram direitos subjetivos aos seus titulares, permitindo que estes exijam comportamentos, negativos ou positivos, dos destinatários.

De acordo com a formulação de Vieira de Andrade, o reconhecimento de um direito subjetivo está ligado: “à proteção de uma determinada esfera de auto-regulamentação ou se um espaço de decisão individual: tal como é associado a certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos”.

Não obstante a perspectiva subjetiva ser a de maior realce dos direitos fundamentais, eles não devem ser apurados apenas sob a ótica dos direitos conferidos a seus titulares. Assim, ela convive com a dimensão objetiva, com a qual mantém uma relação de complementaridade recíproca.

4.2. PERSPECTIVA OBJETIVA

Os direitos fundamentais estão ligados a interesses essenciais da sociedade, necessários a uma salutar convivência e para a proteção da dignidade da pessoa humana. **As normas de direitos fundamentais funcionam como LIMITES ao poder estatal, bem como uma DIRETRIZ para a sua atuação.**

Os direitos fundamentais, consagrados nas constituições democráticas, renderiam um esclarecimento, apontando quais são os bens jurídicos mais importantes para a sociedade. Assim, indicam os valores básicos em torno dos quais todo o sistema jurídico está construído.

A dimensão objetiva também dá ensejo a uma EFICÁCIA DIRIGENTE, criando para o Estado o dever de permanente concretizar e realizar o conteúdo dos direitos materiais. O Estado existe para realizar o bem comum. Se os bens mais importantes para a sociedade estão consagrados nos direitos fundamentais, então eles indicam os valores que o Estado deve atuar para sempre proteger e incrementar.

A doutrina ainda aponta mais uma consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, gerar um DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO, o qual deve atuar para defender os valores – mesmo que ainda não titularizados por um sujeito. Esta proteção se dará não só contra agressões estatais, mas também contra-ataques de particulares. Cita-se, como exemplo, o direito à vida.

Paulo Bonavides enumera as principais inovações trazidas pela dimensão subjetiva, são elas:

a) IRRADIAÇÃO e PROPAGAÇÃO dos direitos fundamentais a toda esfera de Direito Privado;

b) **Elevação de tais direitos à categoria de PRINCÍPIOS**, de tal sorte que se convertem no mais importante polo de eficácia normativa da Constituição;

c) EFICÁCIA VINCULANTE, cada vez mais enérgica e extensa, com respeito aos três Poderes, nomeadamente o Legislativo;

d) APLICABILIDADE DIRETA e a EFICÁCIA IMEDIATA dos direitos fundamentais, com perda do caráter de normas programáticas;

e) DIMENSÃO AXIOLÓGICA, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como POSTULADOS SOCIAIS que exprimem uma determinada ordem de valores, servindo de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição;

f) Aquisição de um "DUPLO CARÁTER" (Doppelcharakter; Doppelgestalt ou Doppelqualifizierung), ou seja, os direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva – qual nunca se podem apartar, pois, se o fizessem, perderiam parte de sua essencialidade – e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feitio, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo decisório;

5. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.1. INTRODUÇÃO

Antes existia apenas eficácia vertical: Estado ←→ Indivíduo. Os direitos eram aplicados na relação de subordinação existente entre Estado e indivíduo, a fim de proteger este em face daquele.

Com o passar do tempo constatou-se que o 'inimigo' não era apenas o Estado, mas também outros indivíduos (relação indivíduo ← → indivíduo). Dessa forma, surgiu a eficácia horizontal dos direitos, ou seja, sua aplicação nas relações entre particulares. É chamada de **horizontal, pois não existe subordinação, mas sim uma coordenação, uma igualdade entre as partes da relação.**

***Gilmar Mendes:** É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção, fundado nos direitos fundamentais, relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (*Austrahlungswirkung*) sobre toda a ordem Jurídica.

Há, ainda, a chamada eficácia diagonal aplicada às relações em que há um desequilíbrio entre os particulares, é um desequilíbrio fático, a exemplo das relações entre patrões e empregados, entre banco e consumidores.

5.2. TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.2.1. Teoria da ineficácia horizontal

Segundo essa teoria, os direitos fundamentais **não se aplicam nas relações entre particulares**. Atualmente, é uma teoria sem prestígio, com exceção dos EUA. Isso ocorre, pois a Constituição deles, por ser antiga, só trata da eficácia vertical, só prevê direitos aplicáveis à relação com o Estado; quando trata de direitos civis e políticos, fala-se apenas em relação a direitos públicos, por interpretação, os DF iriam se aplicar somente perante os poderes públicos. A exceção seria a 13ª Emenda: aboliu a escravidão nos EUA.

Mesmo assim, lá existe uma doutrina que questiona esse entendimento:

*Doutrina da "State Action"

Pressuposto: Direitos fundamentais só se aplicam às relações entre o particular e os poderes públicos. Não é o que a doutrina defende; é a ideia de onde a doutrina parte. É uma premissa.

Finalidade: Tentar afastar a impossibilidade de aplicação entre particulares, definindo, ainda que de forma casuística e assistemática, nas situações em que esta aplicação poderia ocorrer.

Artifício: Equiparação de determinados atos privados a atos estatais. Para contornar a proibição, eles usam esse artifício: No caso específico, o ato estatal se equipara ao ato privado.

5.2.2. Teoria da eficácia horizontal indireta (Günter Durig)

É a teoria adotada majoritariamente pelos alemães (e por todos os países que estudam o tema de forma séria, segundo Virgílio). Expoente é Günter Durig. Alexy é dissidente.

Argumento da teoria: A aplicação direta dos diretos fundamentais aniquilaria a ***autonomia da vontade*** e causaria uma desfiguração do direito privado. A relação entre particulares não é igual

à relação com o Estado, por **isso os direitos fundamentais podem ser aplicados, mas de uma forma relativizada**. Os direitos fundamentais irradiam seus efeitos nas relações entre particulares por meio de mediação legislativa. ***É o chamado efeito irradiador dos direitos fundamentais no direito privado***. Os direitos podem ser aplicados, mas mediante disposição de lei.

Os DF não entrariam na relação entre particulares como direitos subjetivos, para isso eles precisariam da intermediação legislativa.

A porta de entrada dos direitos fundamentais às relações particulares seriam as cláusulas gerais do direito privado. Ou seja, essas cláusulas devem ser interpretadas conforme os direitos fundamentais.

***Cláusula geral:** o preceito aqui precisa ser preenchido; não só quanto ao conteúdo, mas também quanto à sua aplicação, vale dizer, há uma maior discricionariedade do intérprete (contrariamente ao "conceito aberto" – no qual o preceito deve ser preenchido, mas a consequência de aplicação já é prevista pelo ordenamento, exemplo: justa causa, atividade de risco). Além disso, as Cláusulas gerais traduzem uma disposição normativa impositiva ao magistrado. É como se a cláusula geral mandasse o juiz aplicá-la. Exemplo: Função social, boa-fé, devido processo legal. Existe aqui uma carga normativa maior.

Vide decisão do STF (antes da alteração do artigo do CC das associações), na qual aplicou o direito da ampla defesa na exclusão da cooperativa.

5.2.3. Teoria da eficácia horizontal direta (Nipperdey)

Surgiu na Alemanha, na década de 50, mas lá não prevaleceu.

Quem adota essa teoria: Portugal, Espanha, Itália e Brasil.

Fundamento: Não é necessário fazer uma série de artifícios interpretativos, como nas outras duas teorias. Devem ser aplicados diretamente.

No entanto, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares não deve ocorrer com a mesma intensidade com que ocorre nas relações com o Estado. Isso porque **se deve levar em consideração o princípio da autonomia da vontade.**

Críticas à eficácia horizontal direta:

- Perda da clareza conceitual e **desfiguração do Direito Privado**.

- **Ameaça** à sobrevivência da **autonomia privada**.

- **Incompatibilidade** com os princípios **democrático**, da **separação dos poderes** (no sentido de o judiciário exercer uma função do legislador), e da segurança jurídica (no sentido de os direitos se manifestarem através de princípios, que dão uma margem subjetiva muito grande à atuação do juiz).

Rebatendo:

Nas relações em que há uma igualdade fática, a autonomia privada deve prevalecer. No entanto, quando há uma relação de inferioridade na relação, devem ser aplicados com mais vigor os direitos fundamentais.

É feita uma ponderação, quando é demonstrada uma inferioridade fática na relação, deverá prevalecer os DF, quando é demonstrada uma igualdade, se dá maior força à autonomia de vontade.

5.2.4. Teoria integradora (Robert Alexy)

Busca integrar as duas últimas. Quando um direito fundamental é aplicado a uma relação entre particulares, o ideal é que exista intermediação do legislador (em princípio concorda com a teoria indireta), no entanto, a inexistência de lei não impede a aplicação direta.

Virgílio Afonso da Silva – aponta como correta a teoria da eficácia indireta. Para Novelino, a desigualdade social é tão grande, que se não dermos a aplicação direta, os hipossuficientes não terão proteção. No Brasil, a teoria integradora ou da eficácia direta seriam as mais adequadas.

5.2.5. No Brasil qual teoria é adotada?

Na prática aplica-se a eficácia direta, mas sem muita preocupação com a fundamentação teórica. Exemplos do STF:

- Direito à ampla defesa em processo de exclusão de associado em cooperativa. Depois disso, surgiu o art. 57 do CC que regulamentou a questão, o que daria a possibilidade da adoção da teoria da aplicação indireta, por meio da atuação do legislativo.

- RE 161.243/DF. Air France. STF determinou estender o estatuto dos empregados franceses aos não franceses, pelo princípio da igualdade.

- RE 201/189/RJ – caso da expulsão da União Brasileira dos Compositores. Entendeu que a eficácia e força normativa também se impõem, ais particulares, no âmbito de suas relações privadas.

6. CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

6.1. OBJETIVO

Evitar que a regulação legal do exercício desnaturalize ou altere o direito fundamental que a Constituição reconhece.

6.2. DESTINATÁRIO

Seu principal destinatário é o legislador, protege contra a atuação desmedida dos legisladores.

6.3. TEORIAS

6.3.1. Teoria absoluta

Para esta o direito fundamental tem duas partes, a primeira é chamada de núcleo duro (intangível – não pode ser violado); a segunda não possui um nome específico, sendo tudo aquilo que não faz parte do núcleo duro, podendo inclusive ser alterada pelo legislador, em uma espécie de conformação do direito fundamental.

A definição do núcleo duro é feita através da interpretação abstrata, que identificará o núcleo duro e a parte que pode ser definida pelo legislador, sendo que esta definição é *a priori*.

6.3.2. Teoria relativa

O conteúdo essencial de um direito fundamental irá variar de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes, uma vez que a definição será feita no caso concreto e não em abstrato, seu conteúdo é definido *a posteriori.*

Aqui não existe um limite forte, um núcleo que não poderá ser restringido, mas sim um limite fraco, ou seja, o legislador pode restringir o direito fundamental, porém esta restrição só será legítima se passar pelo teste da proporcionalidade.

Em outras palavras, para a teoria relativa não há como definir *a priori* os limites ao legislador, a análise será feita pelo caso concreto, ou seja, a adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito (critérios de proporcionalidade).

7. RESTRIÇÕES

7.1. TEORIA INTERNA

Os limites de cada direito fundamental devem ser fixados por um processo interno ao próprio direito, sem a interferência de outras normas.

Sustenta que a própria CF já estabelece os limites de cada direito fundamental, os quais seriam imanentes ao próprio direito. Quando o legislador regulamenta o direito fundamental na verdade está apenas estabelecendo os contornos desse direito, estabelecidos pela CF, assim revela esses.

Quando se estabelece que o conteúdo de um direito fundamental seja definido em abstrato e a priori, tem-se que seu conteúdo será sempre uma estrutura de regra. Ou seja, se ocorrer à hipótese do núcleo duro este deverá ser aplicado, não existe ponderação de princípios, tal situação é defendida por Doworkin.

A classificação de José Afonso da Silva só faz sentido se for utilizada a teoria absoluta em relação ao conteúdo essencial e a teoria interna em relação aos limites dos direitos fundamentais.

7.2. TEORIA EXTERNA

Existem dois objetos diferentes: o direito e suas restrições que estão situadas fora dele. São os outros direitos constitucionais que irão estabelecer os limites daquele direito.

Para esta não há diferença entre regulação e restrição, qualquer regulação será uma restrição.

Obs.: apenas a teoria relativa e a teoria externa são compatíveis com a teoria dos princípios de Robert Alexy.

O suporte fático de um direito, ou seja, aquilo que o direito fundamental protege será sempre definitivo. No caso desta teoria, nunca irá estabelecer um direito definitivo, mas sim um direito *prima face*. O direito definitivo só surge após a ponderação.

O direito de informação é um direito que tem seu conteúdo definido a priori, ou seja, já está definido, a exemplo de quando o STF define o que compreende a liberdade de informação (contornos).

Ponderação de princípios – para que a prima face todos os direitos de informação são válidos. As ponderações devem ser justificadas.

8. LIMITES DOS LIMITES

8.1. CONCEITO

*****Ligados aos “Limites Imanentes dos DF”.

O termo foi, pela primeira vez, utilizado por Betterman.

Direitos fundamentais são limites à atuação dos poderes públicos. No entanto, alguns Direitos Fundamentais podem ser limitados (***normas de eficácia contida***) pelos próprios poderes públicos.

Surge então a questão: Quais os limites impostos às leis restritivas; ou seja, quais os limites das limitações aos direitos fundamentais?

A CF não fala expressamente sobre o tema, podemos abstrair esses limites dos seguintes princípios:

1) Princípio do Estado de Direito (art. 1º da CF);

2) Princípio da legalidade (art. 5º, II);

3) Princípio da segurança jurídica (art. 5º, caput; XXXVI);

4) Princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIX: **devido processo legal substantivo - STF**).

8.2. REQUISITOS PARA LIMITAÇÃO

Requisitos formais e materiais que é lei restritiva deve obedecer para que a limitação seja legítima:

8.2.1. Limites Formais às Limitações

1) Princípio da reserva legal, ou seja, somente lei pode restringir direitos. Que leis seriam essas? Lei ordinária, lei complementar, MP (direitos sociais ou individuais pode/nacionalidade e políticos **não,** vide CF), Lei delegada (*somente direitos sociais*).

2) Princípio da irretroatividade (art. 5º, XXXVI): Qualquer restrição a direito fundamental só pode ser estabelecida para o futuro. *Ex nunc.*

8.2.2. Limites Materiais às Limitações

1) Princípio da proporcionalidade: A restrição deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito (máximas da proporcionalidade).

2) Generalidade e abstração: Não pode ser restrição imposta à determinada pessoa ou caso concreto. Esse requisito é extraído do **Princípio da Igualdade**.

3) Princípio da salvaguarda do núcleo essencial**: A restrição ao direito não pode violar seu núcleo essencial, não pode inviabilizar o seu exercício**. Exemplo: Exigir que além do Exame de Ordem fosse exigido doutorado para exercício da advocacia. Iria inviabilizar o exercício do direito à profissão.

O problema é saber até onde vai o núcleo do direito. "Zona cinzenta". Deve-se aplicar ponderação!

9. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

9.1. INTRODUÇÃO

É tida como fundamento da República (art. 1º). Não se trata de um direito, pois não é conferida pelo ordenamento. A dignidade é um ATRIBUTO do ser humano, independente de condição específica, requisito ou norma jurídica.

> *Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*
> *III - a dignidade da pessoa humana;*

A DPH é considerada como ***valor constitucional supremo***. É o valor que vai informar toda a interpretação constitucional (princípio da unidade constitucional). A DPH começou a ser consagrada nas Constituições depois da 2ª Guerra (está diretamente ligada ao neoconstitucionalismo). O ser humano não existe para o estado, o estado que existe para o ser humano.

9.2. STF E OS USOS HABITUAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Tema abordado na segunda fase da DPE/PR.

É possível identificar quatro usos habituais da dignidade humana.

9.2.1. Fundamentação da criação jurisprudencial de novos direitos

Também denominado de **eficácia positiva do princípio da dignidade humana**. Por exemplo, o STF reconheceu o 'direito à busca da felicidade', sustentando que este resulta da dignidade humana: 'O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana'.

Gilmar Mendes defende que, para se reconhecer um novo direito fundamental, deve ser provado um vínculo com a dignidade humana (a chamada derivação direta) ou pelo menos ser o novo direito vinculado a direito por sua vez decorrente da dignidade humana (derivação indireta).

9.2.2. Formatação da interpretação adequada das características de um determinado direito

Por exemplo, o STF reconheceu que o direito de acesso à justiça e à prestação jurisdicional do Estado deve ser célere, pleno e eficaz. Para o STF, então: 'A prestação jurisdicional é uma das formas de se concretizar o princípio da dignidade humana, o que torna imprescindível seja ela realizada de forma célere, plena e eficaz (Rcl 5.758...).

9.2.3. Criação de limites à ação do Estado

É a chamada **eficácia negativada dignidade humana**. Por exemplo, a dignidade humana foi repetidamente invocada para traçar limites ao uso desnecessário de algemas em vários casos no STF.

9.2.4. Fundamentar o juízo de ponderação

Escolha da prevalência de um direito em prejuízo de outro. Por exemplo, o STF utilizou a dignidade humana para fazer prevalecer o direito à informação genética em detrimento do direito à segurança jurídica, afastando o trânsito em julgado de uma ação de investigação de paternidade.

9.3. DPH X DIREITOS FUNDAMENTAIS

A DPH não é um direito, é um atributo que todo ser humano possui, independentemente de qualquer condição. Não é um ordenamento jurídico que atribui dignidade às pessoas.

Se a DPH está na CF, ela deve ter alguma consequência jurídica, alguma decorrência disso. Quando a CF consagra a DPH como fundamento da República Federativa do Brasil, ordena que os

Poderes Públicos tenham o dever de zelar pela: PROTEÇÃO, RESPEITO e PROMOÇÃO da DPH, assim como para os particulares, que devem respeito.

A DPH é o núcleo em torno do qual gravitam os direitos fundamentais. É através dos direitos fundamentais que a CF promove e protege a DPH. *Os DFs surgiram para proteger a DPH, que confere a eles caráter sistêmico e unitário.*

9.4. DHP X DIREITOS DE PERSONALIDADE

9.4.1. Introdução: a personalidade jurídica

O homem não deve ser protegido somente em seu PATRIMÔNIO (como era no CC/16), mas principalmente em sua ESSÊNCIA.

Desde que vive e enquanto vive o homem é dotado de personalidade jurídica, que, consoante preconiza Clóvis Beviláqua "é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações", ou, ainda, em outros termos, como ensina, Silvio Venosa, "é o conjunto de poderes conferidos ao homem para figurar nas relações jurídicas". Todavia vale dizer, que ***a personalidade não é um direito, mas sim, um conceito sobre o qual se apoiam os direitos a ela inerentes*.**

9.4.2. Conceito de direitos de personalidade e a DPH

Constituem uma categoria especial de direitos subjetivos, reconhecida ao titular da personalidade para que ele possa desenvolvê-la plenamente, estando voltados à sua esfera privada.

Pablo Stolze conceitua direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.

São direitos básicos e fundamentais que, hoje garantidos pelo novo Código Civil, dão ao direito privado as características constitucionais impostas pela nova ordem introduzida pela Carta Política de 1988 (tábua de valores), diferente do que ocorria com o Código Civil de 1916 de caráter puramente patrimonialista.

A ***DPH*** é de aplicação universal no nosso sistema, por isso não se deve esquecer que, no que tange ao direito público, nas relações estatais, a DPH tem uma dupla face, vindo com um ***aspecto negativo,*** servindo como limite imposto à supremacia do interesse público (não se pode falar em interesse público violando a dignidade) e um ***aspecto positivo***, obrigando o poder público a implementar políticas públicas.

Os direitos da personalidade previstos no CC constituem um ROL EXEMPLIFICATIVO, porque eles tendem ao reconhecimento dos direitos fundamentais. É direito da personalidade tudo aquilo que a pessoa precisa ter para ter uma vida digna (sob o prisma de uma relação privada). Os direitos da personalidade constituem então os direitos fundamentais, as garantias fundamentais para que a pessoa titularize relações privadas.

Concurso – AGU – Redija um texto dissertativo a respeito da DPH, abordando, a DPH como limite da atividade dos poderes públicos e como tarefa imposta ao estado; relação entre a DPH e os direitos e garantia individuais.

OBS: todo direito da personalidade é um direito fundamental constitucional? Nem todo direito da personalidade é um direito fundamental e vice-versa. *Os DF são garantias aplicáveis no âmbito público e privado*, enquanto os *DP possuem uma vertente eminentemente privada*. Exemplo de direito fundamental que não é da personalidade: Direito à propriedade.

O direito brasileiro reconhece uma cláusula geral de proteção à personalidade, todos os direitos à personalidade estão atrelados a essa cláusula geral. A **cláusula geral da DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF)** é o que protege a personalidade, todos direitos da personalidade se ligam a ela, e é por isso que o rol é exemplificativo.

Dignidade da pessoa humana conforme Miguel Reale: todo princípio é um valor acolhido pelo sistema, a DPH é nossa maior opção ideológica, o maior valor da República (CF). Ela é um sistema aberto, plástico. Não se sabe o que é DPH, apenas no caso concreto se poderá construir o conceito de dignidade.

9.4.3. Direitos de Personalidade x Liberdades Públicas

Essa distinção é fundamental, visto que os **DP** são vistos por um enfoque privado, são relacionados à proteção essencial das relações existenciais da pessoa e não decorrem de positivação, porquanto são inatos ao titular.

Já as **liberdades públicas**, direitos fundamentais do indivíduo frente ao Estado, só existem mediante positivação e *refere-se eminentemente ao Direito Público* (relação Estado X indivíduo). Exemplo: liberdade de expressão.

DP domiciliados no campo privado e as LP situadas no direito público.

**Derivações de 1º grau da DPH: Liberdade e igualdade.* Os outros direitos, geralmente são concretizações, desdobramentos desses dois direitos (tanto que se confundem violações à DPH e liberdade/igualdade).

9.5. DPH: POSTULADO, PRINCÍPIO OU REGRA?

Ao ver de Novelino, pode ser visto como postulado, princípio ou regra.

9.5.1. DPH como Postulado

Pode-se dizer que atua como postulado, pois auxilia a interpretação e aplicação de outras normas, mormente os direitos fundamentais (a interpretação destes, deve ser filtrada pelo DPH!)

Exemplo:

> ***Art. 5º*** *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 à propriedade, nos termos seguintes:*

Numa análise literal, somente os estrangeiros **residentes** poderiam invocar os direitos do art. 5º (como pensa José Afonso da Silva).

No entanto, o STF e a maioria da doutrina faze uma interpretação extensiva, autorizados pelo postulado normativo da DPH. Ora, se a DPH é atributo de qualquer pessoa, qualquer estrangeiro também possui os direitos garantidos no art. 5º.

OBS: Princípio é o início, valor é o fim.

9.5.2. DPH como Princípio

É norma que aponta fins a serem alcançados. **"**É a norma que busca um **estado ideal das coisas"** (Humberto Ávila). Enquanto princípio, a DPH aponta que o Estado tem o dever de promover os meios necessários para uma vida humana digna. Nesse sentido, a ideia do "mínimo existencial", que consiste no conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma vida humana digna. Esse grupo deve ser implementado, obrigatoriamente, pelo Estado, não podendo alegar sequer a reserva do possível.

Ana Paula de Barcellos: Dentro do mínimo existencial estaria à educação fundamental (é regra), saúde (é princípio), assistência social (exemplo: LOAS), acesso ao judiciário (para o indivíduo ter a quem recorrer no caso de o Estado não prestar o mínimo existencial).

9.5.3. DPH como regra

"Fórmula do objeto" (Kant).

O que diferencia o homem da coisa é a dignidade. A dignidade é violada quando o ser humano é tratado não como um fim em si mesmo, mas como um meio para se atingir determinados fins. Ou seja, basta a pessoa ser tratada como um objeto que estaria o ato afrontando a regra da dignidade da pessoa humana.

Tribunal Alemão: Não basta a pessoa ser tratada como objeto, o tratamento deve ser fruto da "expressão do desprezo pelo ser humano".

Exemplo do arremesso de anões na França. Surgiu o questionamento: Até que ponto o poder público pode dizer quando a dignidade está sendo violada se a própria pessoa não entende assim.

10. DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL

*Dizer o Direito

10.1. CONCEITO

O Estado de Coisas Inconstitucionais ocorre quando se verifica a existência de um quadro de violação GENERALIZADA e SISTÊMICA de direitos fundamentais, causado pela inercia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional.

Obs.: conceito baseado nas lições de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural), artigo cuja leitura se recomenda.

Exemplo: no sistema prisional brasileiro existe um verdadeiro "Estado de Coisas Inconstitucional".

10.2. ORIGEM

A ideia de que pode existir um Estado de Coisas Inconstitucional e que a Suprema Corte do país pode atuar para corrigir essa situação surgiu na Corte Constitucional da Colômbia, em 1997, com a chamada "Sentencia de Unificación (SU)". Foi aí que primeiro se utilizou essa expressão.

Depois disso, a técnica já teria sido empregada em mais nove oportunidades naquela Corte.

Existe também notícia de utilização da expressão pela Corte Constitucional do Peru.

10.3. PRESSUPOSTOS

Segundo aponta Carlos Alexandre de Azevedo Campos, citado na petição da ADPF 347, para reconhecer o estado de coisas inconstitucional, exige-se que estejam presentes as seguintes condições:

a) Vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas;

b) Prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos;

c) A superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e

d) Potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário

10.4. CONSEQUÊNCIAS

O que a Corte Constitucional do país faz após constatar a existência de um ECI?

O ECI gera um “litígio estrutural”, ou seja, existe um número amplo de pessoas que são atingidas pelas violações de direitos. Diante disso, para enfrentar litígio dessa espécie, a Corte terá que fixar “remédios estruturais” voltados à formulação e execução de políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões mais tradicionais.

A Corte adota, portanto, uma postura de ativismo judicial estrutural diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, que não tomam medidas concretas para resolver o problema, normalmente por falta de vontade política.

10.5. APLICAÇÃO

É medida excepcional.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional é uma técnica que não está expressamente prevista na Constituição ou em qualquer outro instrumento normativo e, considerando que "confere ao Tribunal uma ampla latitude de poderes, tem-se entendido que a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado. São casos em que se identifica um “bloqueio institucional” para a garantia dos direitos, o que leva a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas." (Trecho da petição inicial da ADPF 347).

10.6. ADPF e o sistema penitenciário brasileiro

Em maio de 2015, o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) ajuizou ADPF pedindo que o STF declare que a situação atual do sistema penitenciário brasileiro viola preceitos fundamentais da Constituição Federal e, em especial, direitos fundamentais dos presos. Em razão disso, requer que a Corte determine à União e aos Estados que tomem uma série de providências com o objetivo de sanar as lesões aos direitos dos presos.

Na petição inicial, que foi subscrita pelo grande constitucionalista Daniel Sarmento, defende-se que o sistema penitenciário brasileiro vive um "Estado de Coisas Inconstitucional".

São apontados os pressupostos que caracterizam esse ECI:

a) violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais;

b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura;

c) situação que exige a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para resolver o problema.

A ação foi proposta contra a União e todos os Estados-membros.

4) Medidas requeridas na ação

Na ação, pede-se que o STF reconheça a existência do "Estado de Coisas Inconstitucional" e que ele expeça as seguintes ordens para tentar resolver a situação:

1.1) O STF deveria obrigar que os juízes e tribunais do país:

a) quando forem decretar ou manter prisões provisórias, fundamentem essa decisão dizendo expressamente o motivo pelo qual estão aplicando a prisão e não uma das medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP;

b) implementem, no prazo máximo de 90 dias, as audiências de custódia (sobre as audiências de custódia, leia o caderno de processo penal);

c) quando forem impor cautelares penais, aplicar pena ou decidir algo na execução penal, levem em consideração, de forma expressa e fundamentada, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro;

d) estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão;

e) abrandar os requisitos temporais necessários para que o preso goze de benefícios e direitos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando ficar demonstrado que as condições de cumprimento da pena estão, na prática, mais severas do que as previstas na lei em virtude do quadro do sistema carcerário; e

f) abatam o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são, na prática, mais severas do que as previstas na lei. Isso seria uma forma de "compensar" o fato de o Poder Público estar cometendo um ilícito estatal.

1.2) O STF deveria obrigar que o CNJ:

g) coordene um mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal em curso no País que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f” acima expostas.

1.3) O STF deveria obrigar que a União:

h) libere, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

5) O STF ainda não julgou definitivamente o mérito da ADPF, mas já apreciou o pedido de liminar. O que a Corte decidiu?

O STF decidiu conceder, parcialmente, a medida liminar e deferiu apenas os pedidos "b" (audiência de custódia) e "h" (liberação das verbas do FUNPEN).

O Plenário reconheceu que no sistema prisional brasileiro realmente há uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam sendo penas cruéis e desumanas.

Diante disso, o STF declarou que diversos dispositivos constitucionais, documentos internacionais (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais estão sendo desrespeitadas.

Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentam o aumento da criminalidade, pois transformam pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves.

Vale ressaltar que a responsabilidade por essa situação deve ser atribuída aos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União como dos Estados-Membros e do Distrito Federal.

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira "falha estrutural" que gera ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação.

Assim, cabe ao STF o papel de retirar os demais poderes da inércia, coordenar ações visando a resolver o problema e monitorar os resultados alcançados.

A intervenção judicial é necessária diante da incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas.

No entanto, o Plenário entendeu que o STF não pode substituir o papel do Legislativo e do Executivo na consecução de suas tarefas próprias. Em outras palavras, o Judiciário deverá superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar, porém, esses poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Nesse sentido, não lhe incumbe definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Com base nessas considerações, foram indeferidos os pedidos "e" e "f".

Quanto aos pedidos “a”, “c” e “d”, o STF entendeu que seria desnecessário ordenar aos juízes e Tribunais que fizessem isso porque já são deveres impostos a todos os magistrados pela CF/88 e pelas leis. Logo, não havia sentido em o STF declará-los obrigatórios, o que seria apenas um reforço.